R. BIBLIOTECA UNIVERSITARIA ALESSANDRINA
Q
O
32
ROMA

Q. O. 32

D. D.
ANT. FABRI
IVRISCONSVLTI,
RATIONALIA
IN
PANDECTAS.

Opus quinque Tomis diuiſum.

D. D.
ANT. FABRI
I.C. SEBVSIANI,
IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præſidis primarij & Sereniſſimi Sabaudiæ Ducis Conſiliarij ab Intimis,

RATIONALIA
IN PANDECTAS.

TOMVS PRIMVS.

Opus nouum, nec ab vllo antehac tentatum, in quo veræ ac genuinæ dubitandi decidendíque rationes ad ſingulos penè verſiculos adhibentur, & ſi quid obſcuri extrinſecùs occurrit dilucidè, ac breuiter quantum fieri poteſt, explicatur & ſuis Indicibus neceſſariis exornatur.

EDITIO NOVISSIMA A MENDIS EXPVRGATA.



LVGDVNI.
Sumpt. PHIL. BORDE, LAVR. ARNAVD, & CLAVD. RIGAVD.
M. DC. LIX.
CVM PRIVILEGIO REGIS.

SACRÆ CÆSAR. MAIEST.
RVDOLPHI II.
IMPERATORIS SACRATISSIMI, INVICTISSIMI SEMPER AVGVSTI.
Antonius Faber P. F.

CREDEBATVR mole ſua laborare Iuriſprudentia, cum ad ter centena vſque verſuum millia imperatore Iuſtiniano excreuiſſet, nec parùm verendum erat, ne tandem res eò recideret, vt nemo foret qui vel eam ſcientiam vellet capeſſere, quam infinitam eſſe putaret, vel non infinitam eſſe crederet, quæ nullis penè librorum finibus concluderetur. Quàm iuſtiùs liceat nobis hodie exclamare, Sacratiſſime Cæſar ſemper Auguſte, in ea nos veniſſe tempora, quibus neceſſe ſit iuriſprudentiam grauiore ſua mole non tam laborare, vt anteà quàm ruere iamiam præcipitem, ſi non præſtò ſit, qui opem & ſuppetias ferat, cùm in eam excreuerit non verſuum, aut librorum ſed voluminum quantitatem, & magnitudinem, quàm nec iuris ſtudioſus quiſquam vel oculis capere, nec ipſa iuriſprudentiæ amplitudo ferre amplius poſſit. Tantò miſeriore temporum noſtrorum conditione, quantò certiùs eſt farragine iſta ſcriptorum, non modò ſtudioſorum animos plerumque deterritos à tam præclaræ ſcientiæ ſtudiis aut inchoandis, aut etiam proſequendis reuocari, quod vnũ Iuſtinianus verebatur, ſed quod longe indigniùs eſt, ipſam quoque iuriſprudentiam ſic deformari, vt nec ſi Oedipi eſſent quotquot iura profitentur, vlla tamen veteris ſcientiæ veſtigia vel delineamenta poſſent agnoſcere in ea, quæ hodie omnium optima, & pulcherrima eſſe exiſtimatur. Poterat olim ſi quis erat tam delicatus vt tot librorum Iuliani, Pomponij, Scæuolæ, Pauli, Vlpiani, Papiniani cæterorúmque huius ordinis Iureconſultorum ſatietate fatigaretur, vnum ex omnibus eligere in quo ſibi maximè placeret, qui ſiue Papinianus fuiſſet, ſiue alius minimus inter tantos viros, tantus certè fuiſſet, vt nec alio nec meliore magiſtro ad veram iuris ſcientiam comparandam ſtudioſo cuiquam opus fuiſſe videretur. Adeò erant iis omnibus obuia & explorata Principia iuris, conſentientibus omnium ſententiis & conſpirantibus animis ad ea ſtabilienda fundamenta, quæ & rationi iuris, & quod eſt conſequens naturali æquitati apprimè conuenirent. Itaque tantæ huius tanquam vaſtæ ſcientiæ magnitudini nihil tùm oberat niſi ſua magnitudo, quàm tamen ſi quis aut excellentioris ingenij acumine aut improbi laboris pertinacia exhaurire potuiſſet, Deus bone quàm ſubtilior, quàm doctior, quàm denique prudentior euaſiſſet, qui in tot librorum millibus nihil niſi miram elegantiam, incredibilem ſubtilitatem, rerum denique omnium diuinarum & humanarum notitiam admirabilem, vidiſſet, legiſſet, didiciſſet. At quotuſquiſque hodie eſt, qui etiamſi in omnibus iuris noſtri interpretibus, ſi fieri poſſet, deuorandis, quod plerique faciunt in enoluendo vno Bartolo, ætatem totam miſerè velit conſumere, id tandem aſſequi aut ſperare poſſit, vt in eum euadat, quem Papinianus, aut Iulianus ſi reuiuiſceret, in veterum illorum prudentum ordinem poſtremoſque numeros adſciſci, & cooptari pateretur? Equidem ſoleo dicere, nec veriùs quicquam dici poſſe arbitror. Si de Bartoli aliorumque interpretum omnium qui Bartolum pro anteſignano habent eruditione Papinianus conſuleretur, nihil eum aliud pro ſua modeſtia reſponſurum, niſi quod nullam in eorum ſcriptis antiquæ prudentiæ imaginem agnoſceret, Omnia è contrario quæ prudentes illi veteres tam accuratè, luculenter, & eleganter tractauerant, non modò in fœdiſſimam degeneraſſe barbariem, ſed quod multò grauiùs eſt, denſiſſimis errorum tenebris adeò inuoluta & deprauata fuiſſe, vt in iis controuerſiisquæ vel minimam dubitationem admittunt, ſi quæratur quid verius, id vnum maximè inſpiciendum videatur, quid Bartolus, quid vulgus inter-

pretum habuerit pro falſo. Quanquam parum hoc curandum videretur, ſi nobis eſſet integrum
omiſſo Bartolo, reiectiſque interprerum ſomniis ad Papinianum redire, ac de omnibus, quæ ad
iuriſprudentiam noſtram pertinent,eos conſulere quos Bartolus ipſe ſi viueret,multò ſe meliores ac
prudentiores fuiſſe non negaret. Sed eò iam deuentum eſt & temeritatis & inſaniæ, vt is omnium
optimè ſentire exiſtimetur qui cum Bartolo, Baldóve ſentiat,is omnium rectiſſimè ac tutiſſimè iu-
dicare qui iudicet ex communiore interpretum opinione. Nec dubitatur quin litem ſuam faciat,
quiſquis audeat contra receptas interpretum concluſiones pronunciare, quantamcumque iuris ra-
tionem aut Papiniani authoritatem iudicatum prę ſe ferat.Ita fit vt cùm olim ſola iuris non etiam fa-
cti quæſtiò ad Iuriſconſulti officium & dignitatem pertinere crederetur, hodie contra nobiliſſimi
cuiúſque Doctoris opera in ſola facti inueſtigatione verſetur, dum nihil aliud ſibi inquirendum pu-
tat quiſquis ex arte ius docuiſſe aut de iure appoſitè reſpondiſſe videri velit; quàm quid Bartolus,
quidve frequentior interprerum ſchola ſenſerit, non quid ſentire debuerit. Quod cùm in Philoſo-
phia iam olim Ariſtoteles ſtultum putauerit, tum maximè in iuriſprudentia noſtra non ſolùm pe-
riculoſum,ſed etiam miſerandum,nec vnquam ferendum eſt,ne alioqnin eueniat,vt dum ius pro in-
iuria redditur,quod paſſim & quotidie fit,reſpublica quæ ſine iuriſprudenria non magis quàm ſiue
ciuibus poteſt conſiſtere,per inſaniam eorum qui ſe prudentes audent dicere, tandem ſubuertatur.
Quàm enim eſſet meliùs ac fructuoſiùs totam penitus deleri, & à Republica profligari iuriſpruden-
tiam, quàm retineri totque honoribus coli eam quæ ſolo contenta nomine nihil prætcrea niſi me-
ram oſtentet iuris ignorationem: Hinc nimirum tot iurgia non inter litigarores tantùm quod eſſet
leuiùs,ſed inter ipſos etiam Doctores, quos inuicem conciliare multò difficiliùs fuerit, quàm lites
omnes quotquot Rempublicam Chriſtianàm miſerè lacerant, componere, vt in tanta opinionum
diſſenſione parum ſit ſcire quænam ſit communis opinio, ſi quæ communior ſit ignoretur. Adeò-
que nec quæ communior,ſi quæ communiſſima euaſerit, neſciatur. Hinc tanta litigatorum perti-
nacia,dum ſibi quiſque futuram litis victoriam ſperat & aſſerit ex ea Doctorum opinione, quam
vel à minimo leguleio audierit eſſe communem. Hinc denique tot patrimoniorum & familiarum
euerſiones,condemnatis vt plurimum iis pro quorum victoria ſi Papinianum iudicem haberent,nec
Vlpianus nec Paulus quamuis gloriæ Papinianeæ alioquin æmuli ſpondere, reſpondereque dubita-
rent.Vnum hoc reſtat antiquæ ſi non prudentiæ,certè verecundiæ monumentum,quod hucuſque
tam audax & imprudens nemo fuit, qui tantam Bartolo,cæteriſque interpretibus gratiam tribuere
auſus ſit,vt non fateantur quotquot ſunt ætate noſtra Bertachinici Doctores,ſi quando communis
opinio à prudentum reſponſis,aut ab Imperarorum reſcriptis abhorreat, poriorē eſſe debere legum,
quàm interpretum,autoritatem. Quamquam hoc ipſum eludunt facilè,cùm leges ipſas,quantumuis
clarè diſertéque repugnantes,non alia interpretatione donari patiuntur quàm quæ à Bartolo,aliiſve
qui numero Bartolum vincant (quis enim autoritare vinceret?) probata inueniatur,vt dubitari non
poſſit quin mala fide faciant in eoipſo in quo id agunt,vt videantur pro vero fateri,quod falſum di-
cere,non minùs pudore,quàm conſcientia prohibeantur. Sed tamen ne iis liberum ſit hoc quoque
nobis præripere quod vnicum reſtat in tanta miſeria ſolatium,iuuat credere nihil ab iis dici fierive,
niſi ex bona fide, nec id negari de quo certè ſani iudicij nemo vnquam dubitabit, nullam Bartoli,
nullam Baldi,vt cæteros veluti minorum gentium Deos taceam,neque dignitatem neque eruditio-
nem eſſe,ſi cum veterum prudentum ſiue dignitate ſiue eruditione conferatur. Neque deſperabo,
quandiu in hoc vno docti indoctique omnes conſentient, quin profligari tandem tot errores poſ-
ſint,ſuúmque Iuriſprudentiæ noſtræ decus reſtitui, & à ſuperiorum temporum barbarie inſcitiá-
que vindicari. Vicerit enim præclarè, totúmque negotium feliciter confecerit, ipſo etiam aduer-
ſariorum iudicio,quiſquis conuincere poterit,tot ſententias interpretum, aut à prudentum reſpon-
ſis,aut ab Imperatorum reſcriptis,aut denique ab ea iuris ratione quam prudentes ipſi, & Impera-
tores pro certa lege ſemper ſecuti ſunt longè latéque abhorrere. Ingens planè opus, & multò ma-
iùs quàm vt ab vllo ætaris noſtræ Iureconſulto ſuſcipi poſſe videatur: Nec ſi nouus aliquis exorire-
tur nobis Papinianus, niſi qui, vt noſter ille magnus,& ter maximus, præcipua apud Imperatorem
autoritate fortaſſis etiam præfecturæ dignitate fulgeret. Quid enim ſperare aut ſibi adrogare poſſit
induſtria & diligentia vnius hominis,cui dimicandum ſit,cum tot hoſtium millibus, quibus fauere
nec ſcholæ ipſæ,nec tribunalia erubeſcant? Atque vtinam ſeculi noſtri felicitas ea eſſet,vt tam faci-
lè Papinianum aliquem rediuiuum haberemus, quàm magnus ſingulari Dei Opt.Max.prouidentia
nobis obtigit Imperator,qui & labanti propemodum Reipublicæ Chriſtianæ ſubueniret,& iam col-
lapſam iuriſprudentiæ maieſtatem erigere poſſet, vellétque Tibi vni, Sacratiſſime Cæſar ſemper
Auguſte,vterque hic honor debebatur, vt & veſanam Turcarum audaciam quæ toti Romano Im-
perio extremam perniciem minabatur armis comprimeres.& Romani iuris dignitatem ab alio bar-
barorum genere oppreſſam,quod ſola nominis tui autoritate fieri poteſt,vindicares. Ac quamquam
ea rerum noſtrarum condicio, tuæque & pietatis & magnanimitatis ratio eſt, vt vix vllus bello-
rum finis ſperari poſſit, quandiu Mahumetanum imperium tuo æmulum videri volet, ſatis tamen
abundéque ad gloriam tuam eſſe poſſet, quòd auitos maiorum tuorum triumphos quibus nihil
vnquam

vnquam glorioſiùs fuit aut eſſe poterit, tot victoriis, trophæiſque tuis coæquaris. Tantò feliciùs quantò grauiora fuerunt pericula, quæ iſtas tibi victorias pepererunt. Bella enim cætera, vt minùs neceſſaria fuerant, ita etiam minùs periculoſa. Tua, Cæſar Inuictiſſime hoc ipſo & periculoſiora & pientiora, quod magis neceſſaria. Vicerunt alij vt triumpharent, Triumphaſti tu, quia viciſti, Et viciſti, non vt triumphares, ſed ne de nobis, déque aris noſtris inſolens hoſtis triumpharet. Vicerunt illi vt plurimum ambitione gloriæ, Tu neceſſitate victoriæ, & eo tempore quo non vincere vinci fuiſſet. Illi copiarum magnitudine regnorúmque exterorum multitudine cæterorum etiam Principum adſcita in eam rem conſpiratione, Tu ſolis fretus & animi & Imperij patrimoniique tui viribus, ſed Religionis noſtræ potiſſimùm, quam tueris, ſanctitate. Enim verò ſi ad iſtam tot victoriarum gloriam illa etiam cogitatio curáque accedet reſtaurandæ Iuriſprudentiæ, liceat mihi quæſo per Sacram Maieſtatem tuam prædicere & augurari, non modò parem ſed multò maiorem, longiorémque fore laudem quam inde apud exteros etiam, poſteróſque roportabis: vel hoc vno maximè quod tota erit tua, nec vlla ex parte, vt illa ſuperior cum auis tuis communicanda. Fauerunt illi quidem literis, vt tantos decuit Imperatores, ſed qui ex iis literas ipſe fouerit, coluerit, ornauerit, Muſas denique omnes & totas ſuas fecerit, quod à teneris annis feciſſe te ac facere quotidiè ſciunt etiam ij qui non vident, nemo certè hucuſque fuit. Etſi verò literarum omnium, vt & virtutum communis honos iſte eſt, quod te non ſolùm fautore & Mecœnate, ſed etiam domino & poſſeſſore gloriantur. Habet tamen Iuriſprudentia noſtra quod eo nomine ſibi præcipuo quodam iure gratuletur, quod coniunctam videt dignitatem ſuam cum Romani tuique Imperij Maieſtate, ad quam certè pertinet, quod non minùs appoſitè quàm verè Iuſtinianus dixit, vt perinde legibus armata ſit, atque armis decorata. Ac cæteris quidem ſcientiis fauere cæteri Princeps & ſolent & debent, vt id tandem aſſequantur, quod vix alio, quàm Principium exemplo fieri poteſt, ne in puluere iaceant, & ſine honore. At Iuriſprudentiæ noſtræ bene eſſe etiamſi maximè omnes velint, nunquam tamen ſine te facient, vt ea in melius reformetur. Ius enim Romanum eſt, de quo tuendo, reſtituendóque agimus, non Gallicum, non Hiſpanicum, non Anglicum, aut Indicum, ne dubitare quiſquam poſſit ad Sacroſanctæ Maieſtatis tuæ curam & ſollicitudinem totum hoc quicquid eſt, non ad alios vllos Principes pertinere. Quanquam nec verendum eſt, vt ex cæteris Principibus quiſquam ſit tam inconſultus, qui hoc tuum inſtitutum probaturus non ſit, & quibus facere poterit rationibus, adiuturus. Non ob id ſolùm quòd nefas ſit aliis non placere omnibus ea quæ tantò placuerint Imperatori, ſed etiam publicæ ac priuatæ cuiuſque vtilitatis gratia, ſi modò tales erunt, quales eſſe Principes omnes debent vt populorum ſibi ſubditorum commoda quàm maximè ad ſuas rationes pertinere arbitrentur. Quàm verò feliciter accidit, nec ſine magno diuinæ prouidentiæ conſilio, vt in eadem iſta imperij tui tempora inciderit Pontificatus Clementis Octaui & Pontificis & Iureconſulti Optimi, Maximi, quo pro ſingulari ſuo erga rempublicam Chriſtianam, noſtrámque iuriſprudentiam ſtudio, ſicuti bellicos tuos in Turcas conatus, quanta poteſt & nummorum & militum copia iuuare non deſinit, ita nec quicquam haud dubiè prætermiſſurus eſt, ſi benè ominor, quod facere ille poſſit (quid verò non poterit?) vt tam præclarum tuum de reſtituenda ſcientiæ noſtræ dignitate propoſitum adiuuet, ac fortunet: Quem memini ergo cùm ſuperiore Iubileo Romæ viuerem, ita iam affectum eſſe, vt ſi qua de iure dubio ac controuerſo emergeret quæſtio, non tam Doctorum autoritatibus quàm rationibus & legibus decertari pateretur, aut ſi quando ſubſidiario iſto Doctorum auxilio res egeret, non alios nominari vellet, quàm qui proximo ſeculo ante Philippum Decium floruiſſent. Nimirum expertus compertúmque habens pro ea qua præſtat eruditione, rerúmque omnium tractandarum peritia, colluuiem iſtam ſcriptorum quæ ab eo tempore in immenſum penè creuit, indignam planè eſſe cui aliqua Iuris authoritas tribuatur. Ac rurſum, quàm ſæpe vidi, audiuique Sereniſſimum Sabaudiæ Ducem Carolum Emanuelem propinquum tuum, vt ſolet ille menſas ſuas, obſonia, iocos etiam grauiſſimis ſermonibus condire, quibus adſtantem ſibi aulicorum & lectiſſimorum virorum coronam exerceat, conquerentem de tanta Iuriſprudentiæ infelicitate, mirantémque vnde fieri hoc poſſit, vt in ea diſciplina, quæ omnia ex rationis præceptis æſtimare doceat, tantæ paſſim occurrant diſſenſiones, támque pugnantia iudicia non modò ſingulorum interpretum, ſed etiam ſupremarum Curiarum, adeóque quod certè mirabilius eſt, communium opinionum. Denique curioſiùs inquirentem, An non tanto huic malo mederi Principes poſſent ſi hanc ſuſcipere curam vellent: quam nec diſſimulabat ſe libentiſſimè ſuſcepturum in cámque rem præſtantiſſimos Iureconſultos, quibus abundat, adhibiturum, ſi tam facilè imperiis ſuis rem perfici poſſe crederet, quàm à ſe imperari: vt facilè appareret tantum Ducem imperatorios gerentem ſpiritus, & eo dignos Principe qui tot atauis Imperatoribus téque præſertim cognato glorietur, nihil non auſurum in hoc quoque tam iuſti belli genere, ſi exemplo ſuo reliquos Principes ad idem audendum inuitari poſſe ſperaret, vel quod magis credere debeat, ſi fas cuiquam eſſe putaret id ſibi adrogare, quod ſoli maieſtatis tuæ autoritati debeatur. Vt verò id & aggrediaris & perficias quod poſt Inſtinianum alius Imperator nemo ne quidem tentare cogitauit, non ea tantum ratio miſerationis mouere te debet, quòd deploranda certè ſit eorum omnium con-

ditio, qui ad hæc ſtudia accedentes, nec vnde incipiant habent, nec vbi abſoluant, vt nihil ſit de quo
magis mirer, quàm quod etiamnum tam multi ſunt, qui iuriſprudentiam ament; nihil de quo mi-
nùs, quàm quòd ex tam multis penéque innumeris amatoribus. tam pauci ſunt qui in bonos eua-
dant Iureconſultos: Sed illa etiam, quòd res planè digna ſit tanto Imperatore, nec minorem tibi
gloriam, quàm vniuerſæ Reipublicæ Chriſtianæ vtilitatem allatura. Quid enim Iuſtiniano noſtro tot
victoriis glorioſo accidit vnquam glorioſiùs, quàm quod ius noſtrum, qua ſi antea incertum & va-
gum coëgit, redegitque in ordinem? Vileſcit ſola temporis lunginquitate memoria, decúſque victo-
riarum, quarum ſcilicet nullus fructus, aut ſi aliquis, ſanè nullus ſenſus eſt poſteris quibus nec vin-
cendi neceſſitas, nec victoriæ ſpes communis vnquam fuit. Neque iam ferè quiſquam eſt, qui Iu-
ſtiniani triumphos commemuret, niſi fortè vt Belliſarium aut Narſetem potiùs, quàm vt Iuſtinia-
num laudet. At quod Iuriſprudentiam reſtauraſſe vel ſaltem reformaſſe creditur, etſi Triboniano,
Dorotheo, Theophilo, cæteriſque Anteceſſoribus, quorum ille opera & diligentia vſus eſt, acceptum
potiùs ferri debet, proprium tamen ſuæ gloriæ fecit, quia bellorum quidem ſuſcipiendorum conſilia
ex neceſſitate fuerunt, eorundem verò, vbi ſuſcepta fuerint, bene felicitérque confectorum laus to-
ta ex euentu. At de reſtauranda vel reformanda iuriſprudentia cogitare, opus fuit propriæ electio-
nis, ſummæque prudentiæ. Reſtauraſſe verò vel reformaſſe, tam magnum quiddam, tamque vtile
omnibus quotquot vnquam erunt qui Iuriſprudentiam amabunt, qua nihil eſt, vt ego quidem exi-
ſtimo, pulchrius, ſuauius, amabilius, vt mirum non ſit, ex eo conſilio quod perpetuum & im-
mortalem fructum poſteritati attulerit, immortalem quoque gloriam eſſe conſecutam. Et ta-
men fuit ille ἀναλφάβητος, ſi vera narrant hiſtoriæ, nec minùs literarum rudis, quam armorum.
Cui hoc vnum beatiſſimè contigit, quod tantos támque præſtantes in vtraque diſciplina viros ha-
buit. Ipſe verò tantum & animi, & prudentiæ, quantum neceſſe fuit, vt ex aliorum laboribus &
ſudoribus propriam ſibi gloriam compararet. Adeò facile eſt bono Principi bene imperare, nihíl-
que non præſtare, vt & belli & pacis artibus excellere videri poſſit, ſi modò didicerit lectiſſimi cu-
iuſque vel bellatoris vel Iuriſconſulti induſtriam exigere, aut quod expeditius eſt, oblatum vltrò
non recuſare. Quanquam iu hoc ipſo quod Iuſtinianus tam præclarè feciſſe prædicatur, vereor ego
ne magnam potiùs iuſtámque facti ſui incurrere debuerit reprehenſionem. Quod enim ille certo le-
gum librorúmque numeru concludi ius noſtrum voluit, bene ac prudenter planè ab eo factum
fuiſſe agnoſco, vt infinitæ pulchritudinis ſcientiam finiti laboris dulcedine & pulchriorem face-
re, & dulciorem. Sed quod tot prudentum vigilias, elegantias volumina, multorum etiam nomi-
na ipſa flammis perire voluit, nobiſque inuidit, durius certè eſt, quàm vt ferri nedum laudari poſ-
ſe videatur. Quid enim vetabat iis omnibus ſcriptis quæ extra Pandectarum corpus fuiſſent, auto-
ritatem adimere, nec eò minùs tamen ſcripta ipſa ſalua integráque conſeruare, vt ſi non legum,
ſaltem Commentariorum vim haberent? Vna quippe ratio illa erat, quæ poſſet impedire ne bar-
baris iſtis egeret poſterius, quos aliquando futuros præuiderat Iuſtinianus ſi non prohiberentur,
quóſque nec aliam ob cauſam ſuperueniſſe ac inualuiſſe credendum eſt, quàm quia meliores &
peritiores interpretes defuerunt. Neque rurſus tam rectè & ordinatè diſpoſitum fuit à Iuſtiniano
corpus hoc totum quod ex antiquæ iuriſprudentiæ reliquiis conflatum voluit, vt non melius ali-
quid fieri potuerit, ſi Papinianum ille aliquem pro Triboniano habuiſſet, non Tribonianum, pro
Papiniano. At quantò glorioſiùs tibi, & extra omnem reprehenſionis aleam futurum eſſet, Cæ-
ſar Auguſtiſſime, ſi quod ipſe in prudentum libris & imprudenter ſatis & infeliciter præſtitit, hoc
ipſum tu in Bartoli cæterorúmque vulgarium interpretum commentariis felicius fieri tandem iu-
beres? Non equidem vt igni flammiſque vouerentur: (nam neque vellem tam iniurius eſſe in
eos qui licèt publicè nocuerint, publicè tamen prodeſſe voluerunt, neque humanitati Maieſta-
tis tuæ conuenit vt in mortuos ſæuiat, quæ viuis nuuit ignoſcere) ſed hactenus tamen vt nulla iis
fides, nulla in poſterum autoritas conſtatet, niſi quam ab ipſiſſima iuris ratione mutuarentur.
Quid enim noceret, relictam vitam, quibus adempta eſſet dignitas. Prodeſſent potiùs vt pru-
dentiorum & politiorum ſcriptis elegantioribus perpetuo luſtro eſſe poſſent. Nullúſne igitur ex-
tare vellem in Pandectas Codicémque commentarios? Nullámne penitus tam obſcurarum legum
interpretationem? Imò, inquam, Commentarios eſſe aliquos prorſus neceſſe eſt, ſed quales quan-
tóſque eſſe Iuſtinianus voluit, breues, faciles, expeditos, & ad hoc tantùm comparatos, vt ex iuris
noſtri Principiis legum omnium & ſingularum verus, germanúſque ſenſus peteretur. Sic nam-
que fieret, vt quemadmodum Papiniani temporibus vix quiſquam erat inter eos qui iuris peritiam
profitebantur, adeò imperitus, qui ſi aliquod tanti viri reſponſum vel obſcuriſſimum legiſſet, de
ipſius ſiue ſententia ſiue ratione dubitare vel tantillum potuiſſet, at de illo ſolo potiùs quod non niſi
magni poterat eſſe ingenij: An bene Papinianus ſenſiſſet, an malè: Ita nec hodie nobis tantopere
laborandum eſſet in eo inueſtigando, quid prudentes ſenſiſſent, Quod tamen vbi eſſemus aſſecuti,
non illa rurſus torquere nos poſſet quæſtio, quæ veteres exercebat: An bene ſenſiſſent ij, quorum
reſponſa pro legibus habere cogeremur. Nihil autem eſt, quod in hanc rem commodius, aptius,
& breuius; meo iudicio fieri poſſit, quàm ſi ad ſingulos iuris locos ac penè verſiculus aptentur
veræ

veræ ac genuinæ dubitandi, decidendique ratiunes; Non quales comminiſci Tirones noſtri ſolent cùm ſe in Academiis exercent, pueriles vt plurimum, & vel ridiculæ, vel ex falſis propoſitionibus depromptæ (etſi neque hoc exercitij genus improbo, Adeò bona ſunt ad aliquid etiam ea quæ vel minimam boni habent imitationem) ſed quas non alius vel indagare ſagaciter, vel enarrare perſpicuè poſſit, quàm qui in Principiis & explicandis & applicandis apprimè longáqne exercitatione ſit verſatus. Nam cùm vtriſque ſi veræ ac genuinæ ſunt, commune illud ſit vt ex Principio aliquo pendeant, hæc tamen differentia eſt, quod rationes dubitandi pendent à Principiis, quæ malè vel explicata ſint, vel applicata, Decidendi verò ex iis, quæ contrà & benè intellecta ſint, & ad propoſitam facti ſpeciem rectè accommodata, quorum alterum ingenij acumine, ac ſubtilitate perficitur, Alterum verò exacti, optiméque à natura & ab arte informati iudicij abundantia & ratiocinatione. Ita verò formatis ad veterem ſcientiam ſtudioſorum animis, cùm dubitari non poſſet quid veteres in reſponſis ſuis voluiſſent, vix vnquam eueniret vt ignoraremus quid in iis etiam caſibus reſpondendum eſſet, de quibus nihil illi reſpondiſſent. Quàm enim magna imperitiæ ac infantiæ noſtræ probatio & expiobatio iſta eſt, quod totam ætatem & induſtriam in eo vno conſumimus, vt quaſi diuinaturi coniiciamus quid prudentes in reſponſis, quid Imperatores in reſcriptis ſenſerint ſuis, & in eo tamen ipſo paſſim labimur, erramus, cæcutimus, Diceres, Turcico aut barbaro aliquo idiomate conſcriptas leges noſtras, quæ tamen tam puro elegantíque ſermone nitent, ſi ea tollas quæ de ſuo ingenio ſtilóque Tribonianus aſperſit, vt nihil potuerit ſcribi elegantius. Quàm eſſemus ineptiores & infantiores, ſi de iiſdem ipſis rebus nunc primùm leges conſcribendas dictandáſque haberemus? At neque dubitare quiſquam poſſet, quid in Bartoli aliorúmque commentariis verum eſſet, quídve falſum ſi ad eum vſque peritiæ gradum venire datum eſſet, vt de vero germanóque legum ſenſu nulla dubitatio ſupereſſet. Nam quid verum apud Interpretes eſſe poteſt niſi quod cum iuris ratione conſentiat? Quid falſum niſi quod diſſentiat? Eſſent denique apud nos hodie omnia tam certa & aperta, quàm apud iſtos dubia ſunt, & obſcura. Quid enim tam exploratum in iure noſtro eſſe poteſt, quod illi mera iuris ignoratione non fecerint arbitrarium? Quaſi ius noſtrum opinione hominum magis quàm reipſa & ratione conſiſtat. Hoc verò eſt, Cæſar auguſtiſſime, quod mihi in his ſtudiis tot iam annos laboranti, inſudanti, anhelanti, mouit primùm indignationem, deinde ex indignatione non ſtomachum, ſed ingenium vt cogitarem ecquid tandem à peritioribus in hoc ſcribendi genere tentari oporteret, vt totam Iuriſprudentiam ad Principia ſua reuocarent, poſtea quid ego minimus quidem, ſed tamen primus præſtare poſſem, experirer. Itaque ab eo tempore aggreſſus ſum efformandam IVRISPRVDENTIÆ SCIENTIAM: Opus vtique magnum nouúmque quo id ago quantum puſſum vt demonſtrem, quod vix credet quiſquam niſi qui viderit: Non certioribus Principiis Mathematicas ipſas quàm Iuriſprudentiam conſtare, Nihilque in libris noſtris eſſe quod non certa conſtantíque ratione fulciatur, nullam rationem quæ non ad Principium aliquod reuocanda ſit, ex eóque æſtimanda. Sed cùm & Principia omnia ex ordine tractanda eſſent, & ad ſingula ſubiiciendæ interpretationes earum legum quæ ex ipſis deducuntur, Viſum eſt non aliter me aut melius puſſe tantam rem præſtare, quàm ſi primùm ad ſingulas leges, quænam dubitandi, quænam decidendi ratio eſſet dilucidè, ac quantum fieri poſſet, breuiter adnotarem, vt aptior eſſet ſuus cuique interpretationi locus, nec in magnitndinem immenſam opus creſceret, quod placere omnibus vellem ego non minùs breuitate, quàm elegantia, ſi qua erit, & facilitate. Inde nouum conſilinm alterius huius noui operis & inchoandi & concinnandi, quod appoſito, ni fallor, nomine RATIONALIA inſcripſi, vt quid in eo præſtiſſem, aut ſaltem quid præſtare voluiſſem, ex inſcriptione ſola intelligeretur. Etſi non tam opus ipſum, qnàm futuri operis ſpecimen hoc eſſe volo. Nam præter id quod ex ſeptem partibus in quas Iuſtinianus Pandectas diuiſit, primam tantùm abſoluimus, quæ & minore librorum numero conſtat & leuioribus difficultatibus plena creditur, in ea ipſa elaboranda aliter atque aliter verſati ſumus. Primum enim librum leuiuſculè proſecuti, ſiue quòd rudiores Tironum animi ex conſilio Iuſtiniani maiore commentariorum breuitate ac facilitate fuerint prouocandi, ſiue quòd is liber ferè totus ſit de magiſtratibus eorúmque officiis, quæ penè omnia ſunt iuris conſtituti, in ſecundum librum qui de iuriſdictione eſt & de iis quæ ad iuriſdictionem pertinent ſcripſimus paulò copioſiùs, neque tamen Accurſij gloſſas aut Bartoli quæſtiones valdè curauimus. Sed in tertium & quartnm multo exactiùs, ni fallor, & ad eum modum, quem ſi in reliquo toto opere abſoluendo tenere poſſem, facilè mihi perſuaderem fore vt non valdè Accurſium, aut Bartolum, at neque alium fortaſſe quemquam magiſtrum iuris ſtudioſi eſſent in poſterum deſideraturi. Neque tamen hoc ideo à me dictnm velim quaſi mihi adrogem vt magnum aliquid putem me præſtitiſſe. Quid enim tale poſſim præſtare in tanta támque continua & publicarum & domeſticarum occupationum importunitate? Sed hoc contendo, ſi quis pari animo, at feliciore ingenio præditus idipſum quod à me nnnc primùm tentatum fuit, feliciùs peragendum ſuſciperet, peragerétque, fore vt is demum veram rectámqne iuris edocendi rationem docuiſſe videretur. Aut enim nulla prorſus iuris noſtri medulla eſt, aut ſi qua ſit, tota certè huiuſmodi Commentariorum genere & continetur, & explicatur.

catur. Erit mihi ſatis ſupérque ad gloriam, tanti operis támque noui inſtituti fundamenta iecisse, & quid ab aliis peritioribus in pari conatu præſtantius fieri poſſit debeátque indicaſſe. Nec tamen deſinam inchoatum opus perſequi, quandiu & vita ſuppetet, & alius eruditior nemo occurrêret qui hanc nobis laudem velit inuidere, ſi modò tibi vni, Cæſar Auguſtiſſime, cuius nomini numiníque totum hoc quicquid eſt eritque laboris & ingenij noſtri dedico ac voueo (cui enim alij conuenientiùs poſſim, aut debeam? (vota noſtra grata probatáque eſſe cognouero. Nam de iuris ſtudioſis quin gratiam habituri ſint non dubito, fructúmque ex hoc propoſito noſtro vberrimum conſecuturi. Habet Cæſarea Maieſtas tua quàm plurimos præſtantiores Fabros. Quid Fabros? Imò Tribouianos, aut etiam ne quid de ipſorum laudibus detraham, Papinianos, certè vt dicam veriùs, ac citra omnem adulationis ſuſpicionem, præſtantiſſimos Iureconſultos, Papiniano quidem inferiores, ſed tamen Triboniano longè meliores, quorum induſtriæ ac diligentiæ poſſis negotium hoc curandum dare. Digna enim res eſt, quæ non vni aut alteri, ſed pluribus committatur, vt quod à ſingulis præſtari fortaſſe non poſſet, id ab omnibus coita ſollicitudinis & laboris ſocietate quàm exactiſſimè perficiatur. Inter quos ſi ego is eſſem qui vel poſtremus numerari mererer, quid (obſecro) mihi vel optatius, vel honorificentius poſſet accidere, quàm ſub tanto Imperatore ita imperante, de meo aliquid pro iuris Romani dignitate in commune contuliſſe? Quod quoniam per ingenij mei tenuitatem ſperare nec poſſum, nec debeo, reliquum eſt vt hoc tamen à Deo Opt. Max. ſupplex poſtulem & exorem, vt tuis ſaltem & auſpiciis & imperiis Cæſar Auguſtiſſime, ad diuini nominis gloriam totiúſque reipublicæ Chriſtianæ vtilitatem & Mahumetanum imperium opprimatur, ſubuertatur, deleatur, & Iuriſprudentiæ dignitas ab imperitorum barbarie vindicata ſuo decori quàm honorificentiſſimè reſtituatur. Interim verò quantulumcumque hoc eſt quod volo, quod poſſum, quod præſto, ſic accipere ſacroſancta Maieſtas tua dignetur, tanquam ab eo profectum, qui non equidem maiora vota, ſed tamen digniora obſequia, ſi Deus dabit, aliquando ſit fortaſſis oblaturus. Viue, Cæſar Auguſtiſſime. Viue, impera, & vince. Dat. Necij Allobrogum Cal. Mart. 1604.

LVDOVICVS XIV. Dei gratia Galliarum & Nauarræ Rex Chriſtianiſſimus, ſingulari Priuilegio ſanxit, ne quis per Vniuerſos Regnorum ſuorum fines intra ſeptem annos à die finitæ impreſſionis computandos imprimat, ſeu Typis excudendos curet, & venales habeat Libros tam editos quàm edendos. *Antonij Fabri I.C. Sebuſiani*, *Opera omnia*, præter Petrum Rigaud Bibliopolam Lugdunenſem aut illos quibus ipſemet conceſſerit. Prohibuit inſuper eadem authoritate Regia omnibus ſuis ſubditis eoſdem Libros extra Regni ſui limites imprimendos Curare, vel quempiam vbicumque fuerit, & ad id agendum impellere ac inſtigare ſine conſenſu dicti Petri Rigaud, idque omne ſub confiſcatione Librorum aliiſque pœnis contra delinquentes expreſſis, vt latius patet in litteris datis Pariſiis, die 21. Ianuarij 1647.

Dictus Petrus Rigaud, conceſſit ſupradictum Priuilegium Claudio Rigaud; vt planè fruatur ex eo; iuxta Conuentionem, & Pactum quod inter ſe fecerunt.

Iſta Editio finita eſt die 29. Aprilis 1659.

ELENCHVS

ELENCHVS
LIBRORVM ET TITVLORVM
omnium quì hoc volumine explicantur.

LIBER PRIMVS.

I. *DE Iuſtitia & Iure.* pagina 1
II. *De origine iuris, & omnium magiſtratuum, & ſucceſſione prudentum.* p.6
III. *De legibus Senatuſque conſultis, & longa conſuetudine.* p.31
IV. *De conſtitutionibus Principum.* p.41
V. *De ſtatu hominum.* p.42
VI. *De his, qui ſui, vel alieni Iuris ſunt.* p.47
VII. *De adoptionibus, & emancipationibus, & aliis modis, quibus poteſtas ſoluitur.* p.50
VIII. *De diuiſione rerum, & qualitate.* p.61
IX. *De Senatoribus.* p.64
X. *De officio Conſulis.* p.67
XI. *De officio Præfecti Prætorio.* p.68
XII. *De officio Præfecti Vrbi.* ibid.
XIII. *De officio Quæſtoris.* p.71
XIV. *De officio Prætorum.* ibid.
XV. *De officio Præfecti vigilum.* p.72
XVI. *De officio Proconſulis & Legati.* p.73
XVII. *De officio Præfecti Auguſtalis.* p.78
XVIII. *De officio Præſidis.* p.79
XIX. *De officio Procuratoris Cæſaris, vel Rationalis.* p.84
XX. *De officio Iuridici.* p.85
XXI. *De officio eius cui mandata eſt iuriſdictio.* p.87
XXII. *De officio adſeſſorum.* ibid.

LIBER SECVNDVS.

I. *De Iuriſdictione.* p.89
II. *Quod quiſque Iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur.* p.95
III. *Si quis Ius dicenti non obtemperauerit.* p.98
IV. *De in Ius vocando.* p.99
V. *Si quis in Ius vocatus non ierit: ſiue quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit.* p.109
VI. *In Ius vocati vt eant, aut ſatis, vel cautum dent.* p.111

VII. Ne

VII. *Ne quis eum qui in Ius vocabitur, ut eximat.* p.112

VIII. *Qui ſatisdare cogantur, vel iurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur.* p.117

IX. *Si ex noxali cauſa agatur, quemadmodum caueatur.* p.121

X. *De eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio ſiſtat.* p.122

XI. *Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperauerit.* p.126

XII. *De feriis, & dilationibus, & diuerſis temporibus.* p.145

XIII. *De edendo.* p.150

XIV. *De pactis.* p.169

XV. *De tranſactionibus.* p.246

LIBER TERTIVS.

I. *De poſtulando.* p.275

II. *De his qui notantur infamia.* p.288

III. *De procuratoribus & defenſoribus.* p.300

IV. *Quod cuiuſcumque uniuerſitatis nomine vel contra eam agatur.* p.366

V. *De negotiis geſtis.* p.372

VI. *De calumniatoribus.* p.429

LIBER QVARTVS.

I. *De in integrum reſtitutionibus.* p.438

II. *Quod metus cauſa.* p.443

III. *De dolo malo.* p.467

IV. *De minoribus viginti quinque annis.* p.504

V. *De capite minutis.* p.592

VI. *Ex quibus cauſis maiores viginti quinque annis in integrum reſtituuntur.* pag.603

VII. *De alienatione iudicij mutandi.* p.656

VIII. *De receptis qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.* p.672

IX. *Nautæ, Caupones, Stabularij, ut recepta reſtituant.* p.735

ANTON.

e *Adeò gratum*, vt ſolent eſſe cætera quæ publicè vtilia ſunt, & ex eorum genere quibus carere populus aut abſtinere commodè non poteſt. In quo numero ſunt lites forenſeſque diſputationes. De quibus poſſit quis non immeritò idipſum vſurpare quod olim Cato de mulieribus dicebat, Neque cum iis commodè, neque ſine iis vllo modo vitam hanc mortalem tranſigi poſſe.

f *Et Ædilis Curulis*. Miror quod poſt ſummas illas dignitates Tribunitiam & ſenatoriam fiat mentio Æditiliæ quæ longè minor erat: Teſte ioco illo Ciceronis *Factus ſum Ædilis, id eſt paullò plus quàm priuatus*. Sed ad alios Ædiles id pertinebat, quàm ad Curules, qui erant ex Patribus & Senatoribus *§. deinde cùm placuiſſet 26. infr.* Primi enim Ædiles fuerunt ex plebe & magiſtratus plebeij *§. itémque 21. infrà*.

g *Flauianum*. Sic nos Codicem noſtrum de noſtro nomine inſcripſimus Fabrianum. Iuſtius fortaſſe quàm dicatur Ius ciuile Flauianum aut Papirianum. Fecimus enim non quod Flauius qui librum authori ſubripuit, ſed quod Appius Claudius qui actionum formulas in formam redegerat. Nam & Senatus noſtri placita in formam & ordinem methodúmque nouam ſtylo nouo redegimus, nec eo minùs tamen multa de noſtro adiecimus. Gratum, vt audio, minus populo, ſed pragmaticis potiſſimùm & iuris noſtri ſtudioſis.

h *Quædam genera agendi*. Quomodo etiam hodie pleraque deſunt, in quorum omnium locum tandem neceſſe fuit ſubſtitui actiones in factum, & præſcriptis verbis; cùm ita comparatum ſit à natura, vt plura ſint negoria quàm vocabula *l. 1. §. vlt. l. 2. 3. 4. 11. infr. de præſcr. verb.*

i *Alias actiones*, neque Appio Claudio, neque alij vlli ex prioribus prudentibus cognitas: Quæ tamen quales ſint, hodie neſcitur: quod extra legem hanc nulla ſuperſit memoria iuris illius Æliani, vt nec Papiriani, vel Flauiani.

8 ¶ Deinde cùm eſſet in ciuitate lex duodecim tabularum, & ius ciuile [a]: eſſent & legis actiones: euenit, vt plebs in diſcordiam cum patribus perueniret, & ſecederet, ſibíque [b] iura conſtitueret, quæ iura, *plebiſcita* [c] vocantur: mox cùm reuocata eſt plebs: quia multæ diſcordiæ naſcebantur de his plebiſcitis [d], pro legibus [e] placuit & ea obſeruari, lege Hortenſia [f], & ita factum eſt, vt inter plebis ſcita, & legem ſpecies conſtituendi intereſſent [g]: poteſtas [h] autem eadem eſſet.

Ad §. 8. Deinde cùm eſſet.

a *Et ius ciuile*, inductum ſcilicet authoritate prudentum, iuſtáque eorum interpretatione ad legem 12. tabul.

b *Sibíque*, id eſt plebi ſoli, non populo vniuerſo. Quo nomine ciues omnes ſignificantur, connumeratis etiam patriciis, & Senatoribus, qui vtique plebis appellatione non continentur *§. lex eſt 4. Inſti. de iur. natur. l. 2, 8. de verb. ſignif.*

c *Plebiſcita*, quaſi à plebe ſcita, ſancita, & conſtituta.

d *De his plebiſcitis*, nolente Senatu pati vt plebiſcita ligarent vniuerſum populum, vtpote in quæ vniuerſus populus non conſenſiſſet, vtque aliqua eſſet legum & plebiſcitorum, etiam quantum ad poteſtatem differentia. Lex enim commune præceptum eſt, communiſque ſponſio totius reipublicæ *l. 1. ff. tit. prox.*

e *Pro legibus*. Itaque non placuit plebiſcita leges eſſe quod fieri non poterat ſine fœda nominum & rerum confuſione *l. vlt. C. de legit. tut. l. 7. C. de codicill.* Sed legum autoritate cenſeri & perinde ac leges obſeruari etiam à patriciis & Senatoribus, In quo nihil fuit abſurdi.

f *Lege Hortenſia*. Fuit enim legis alicuius autoritas in hanc rem neceſſaria, vt vniuerſus populus plebiſcitis perinde quidem ac legibus, ſed non plebiſcitorum at legum poteſtate obligaretur. Exinde namque verum eſt totius populi conſenſum, non ſolius plebis voluntatem plebiſcitis tantam autoritatem dediſſe. Sunt tamen qui à P. Philone hanc legem latam ſcribant. Vide Gell. *lib. 11. cap. 15.* Plin. *lib. 16. cap. 10.* Liuium *lib. 8.* Ant. Gouean. *2. var. lect. cap. 22.*

g *Intereſſent*. Aliter enim conſtituebantur fiebántque leges, aliter plebiſcita. Leges Senatorio in magiſtratu interrogante. Plebiſcita, plebeio. *d. §. lex eſt.* Illæ ab vniuerſo populo, Hæc à ſola plebe. Ibid.

h *Poteſtas*. Sic neque Senatuſconſulta fuerunt leges, ſed legibus ſimiles conſtitutiones, hactenus ſcilicet vt legum vim ac poteſtatem haberent. *§. ſeq. & §. 2. Inſt. de bonor. poſſ.*

9 ¶ Deinde, quia difficilè plebs conuenire [a] cœpit, populus, certè multò difficiliùs in tanta turba hominum: neceſſitas [b] ipſa curã reipublicæ ad ſenatum deduxit. Ita cœpit ſenatus ſe interponere [d]: & quicquid conſtituiſſet, obſeruabatur [e] ídque ius appellabatur *Senatuſconſultum* [f].

Ad §. 9. Deinde quia difficile.

a *Conuenire*, Id eſt non tantùm in vnum & eundem locum, ſed etiam in vnam eandémque ſententiam venire & ex diuerſis animi motibus in vnum conſentire *l. 1. §. conuentionis 3. infr. De pact.* quod poſtremum multò difficilius eſt, maximè verò in tanta turba hominum, vt Pomp. ſubiicit propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem *l. 17. §. principaliter 6. inf. de recept. qui arbitr. recept.*

b *Neceſſitas*. Huc videtur reſpicere Modeſtinus in *l. pen. ff. tit. prox.* cùm ait Omne ius aut conſenſu populi totius factum eſſe, aut ex neceſſitate conſtitutum quale illud eſt quod Senatuſconſulta induxerunt, aut conſuetudine firmatum.

c *Ad Senatum*. Non ita vt populo ius ſuum auferretur condendæ legis per comitia, ſed dato tamen Senatui iure conſtituendi ac decernendi pro arbitrio quod è reipub. dignitate ac vtilitate eſſe videretur, ita vt quicquid Senatus decreuiſſet pro lege haberetur. Cæterùm comitia è campo ad Senatum tranſlata non ſunt in tempora vſque Tiberij Cæſaris, qui primus antiquum ius populo ademit, vt Tacitus 1. *Annal.* teſtatur.

d *Interponere*. Ergo non lege aliqua vt plebiſcitis, ita & Senatuſconſultis data fuit legum poteſtas, ſed eam ſibi poteſtatem & autoritatem paulatim Senatus ſibi vindicauit, ex quo rerum neceſſitas totius reipublicæ curam ad Senatum deduxit, Populo non reluctante, nec tam vt faueret Senatui, quam vt ſibi conſuleret id facile permittente quod toti reipublicæ adeò vtile commodumque eſſe animaduerteret.

e *Obſeruabatur*, niſi tale quid eſſet quod plebis ius & immunitatem lædere videretur. Quo caſu ſaluum erat Tribunis plebis ius intercedendi, cuius poteſtate impedirent vim & effectum Senatuſconſulti. Maior enim poteſtas erat Tribunorum plebis in prohibendo, quàm Senatus in conſtituendo, & decernendo, ſiue quòd in pari iure potior eſſe ſoleat cauſa prohibentis *l. 28. inf comm. diuid.* Siue quòd totius reipublicæ maieſtas penes populum eſſet, authoritas verò penes Senatum, tametſi Senatus nomen præponi ſoleret, Ideò fortaſſe quòd populi partem Senatus ipſe conſtitueret, & quidem maximam ac nobiliſſimam.

f *Senatuſconſultum*. Nec enim ambigitur Senatum ius poſſe facere *l. 9. inf. tit. 1.* Et verò ſi lex eſt virorum prudentium conſultum, vt ait *l. 1. eod.* quis miretur Senatum

tum

tum Romanum tot tantiſque viris clariſſimum potuiſſe facere ſi non legem ſaltem legi ſimilem conſtitutionem? Aut quid prodeſſet tranſlatam ad Senatum curam totius reipublicæ ſi non habuiſſet vim legis quicquid Senatus decreuiſſet? arg. *l. 75. inf. de iudic. l. vlt. ne quid in loc. public.*

10 ¶ Eodem tempore & magiſtratus [a] iura reddebant [b]: & vt ſcirent ciues, quod ius de quaque re quiſque dicturus eſſet [c], ſéque præmuniret [d] *edicta* proponebant [e]. quæ edicta prætorum *ius honorarium* conſtituerunt. ¶ Honorarium dicitur, quòd ab honore prætoris [f] venerat.

Ad §. 10. Eodem tempore.

a *Magiſtratus*, quos Romæ plures creatos fuiſſe conſtat quamuis alios aliis temporibus, aliiſque functionibus, vt dicemus in §. *quod ad magiſtratus 14. & ſeq. infr.*

b *Iura reddebant*, abolito iam eo ſcilicet iure quod per centum fere annos obtinuerat, vt ex Collegio Pontificum vnoquoque anno aliquis conſtitueretur, qui præeſſet iuri dicundo priuatis §. 6. *ſup.*

c *Dicturus eſſet*, eo nimirum anno cùm eſſent annui magiſtratus. Iura autem potiſſimùm reddebant Prætores in cauſis ciuilibus, Quæſtores verò in criminalibus. Ad tempora vſque Imperatoris Seueri, ex cuius primùm epiſtola ad Fabium Chilonem Præfectura vrbis vniuerſa ſibi crimina vindicauit *l. 1. infr. de offic. præf. vrb.*

d *Séque præmuniret*, id eſt apud ſe decerneret qua de re, & qua actione, & contra quem agere illo anno vellet, aut ſi conueniretur, an & quomodo defendere ſe deberet. Multa enim erant in Prætorum edictis noua, & à legibus 12. tabularum aliena, cùm ius iis eſſet adiuuandi, ſupplendi, adeóque corrigendi iuris ciuilis *l. 7. §. 1. ſup. tit. 1.*

e *Proponebant*, quæ iccirco Edicta vocabantur, quaſi extrà & publicè dicta. Erántque annua cùm non poſſent in longius tempus vires ſuas extendere, quàm extenderetur authoritas Prætoris, qui ea propoſuiſſet. Quouſque ex omnib. iſtis edictis annuis factum eſt edictum perpetuum à Iuliano compoſitum iuſſu Imp. Hadriani. De quo in *l. 2. inf. de ſtat. ho.* & apud Iuſti. *in conſtit. ad Theoph. Doroth. & cæteros Anteceſſ.* incip. *Omnem reipublicæ §. & primi anni.*

f *Ab honore Prætoris*, aut potiùs ad honorem prætorum, vt loquitur Papin. in *l. 7. §. 1. ſ. tit. 1.* Niſi melius Iuſtinianus & generalius in §. *prætorum 7. Inſt. de iu. nat. Ob honorem magiſtratuum*, vt Ædiles comprehendantur, qui ſicut perinde magiſtratus erant ita & edicta proponebant & actiones, vt conſtat ex *tit. De ædilit. edict. inf. & de ædilit. action. C.* Itaque non prætorium ius hoc dicebatur ſed honorarium, cuius partes erant duæ Prætorium & Ædilitium.

11 ¶ Nouiſſimè [a], ſicut ad pauciores [b] iuris conſtituendi via [c] tranſiſſe ipſis rebus dictantibus [d] videbatur: per partes [e] euenit, vt neceſſe eſſet [f] reipublicæ per vnum [g] conſuli. nam ſenatus non perinde omnes prouincias probè gerere poterat [h]. Igitur conſtituto principe [i], datum eſt ei [k] ius, vt quod conſtituiſſet [l] ratum eſſet.

Ad §. 11. Nouiſſimè.

a *Nouiſſimè*, id eſt nouiſſimis temporibus, euerſa iam Republica, & per Iulium Cæſarem ſub perpetui Dictatoris nomine & per Auguſtum ſequentéſque Imperatores ſub Principum appellatione occupata.

b *Ad pauciores*, id eſt ad Senatum qui minimam quod ad numerum, licèt maximam & nobiliſſimam, quod ad autoritatem, totius populi partem conſtituebat.

c *Iuris conſtituendi via*, quæ ab initio ſolius populi fuit, nec alterius eſſe potuit niſi populo ipſo conſentiente, cùm iura non in ſingulas perſonas ſed generaliter & in vniuerſum conſtituantur *l. 8. inf. tit. 1.*

d *Ipſis rebus dictantibus*, id eſt ipſa rerum neceſſitate id cogente §. *deinde quia 9. ſupr.*

e *Per partes*, id eſt per vices & paulatim, ſuccedaneis mutationibus, Quomodo dicimus nauim per partes refectam in *l. 10. §. in nauis 7. inf. quib. mod. vſusfr. amitt.* aut particulatim vt Caius loquitur in *l. 65. §. fin. De leg. 1.* Facit *l. 76. inf. de iudic.* Nam cùm mutatio omnis ſit periculoſa in Republ. vt Plato dicebat, Conſequens eſt vt multò periculoſiores illæ ſint quæ fiunt vno impetu & ab vno extremo in aliud. Minùs verò periculoſæ, quæ paullatim fiunt & adeò ſuauiter vt vix percipiantur. Vt in propoſito fuit minùs periculoſum poteſtatem iuris condendi quæ initio erat penes ſolum populum deduci primùm ad Senatum, deinde a Senatu ad Principem, quàm ſi à populo rectà ad principem tranſlata eſſet, quod vix fieri potuiſſet niſi admiſſa tyrannide. Sanè quod nonnulli hæc verba interpretantur *per factiones* non eſt mihi probabile, nec cum præcedentibus vllo modo conuenit, aut cum ſequentibus. Vide Ant. Gouean. 1. *var. lect. cap. 24.*

f *Neceſſe eſſet.* Ergo neceſſitas etiam Principes fecit ſicut & Senatum, cum ipſa rerum experientia compertum eſſet in periculoſiſſimis reipublicæ temporibus non aliud certius aut promptius remedium occurrere, quam ſi totius reipublicæ ſalus vnius hominis conſilio & arbitrio crederetur. Vnde vſus Dictatorum Romæ. Adeò excellentior eſt Monarchia, quàm vel Ariſtocratia ſit, vel Democratia. Huc etiam pertinet vox illa Criſpi Salluſtij ad Tiberium, Eam conditionem eſſe imperandi vt non aliter ratio conſtet quàm ſi vni reddatur. Et illud rurſum Aſinij Galli vnum eſſe reipubl. corpus, atque vnius animo regendum. Denique quod Paulus noſter ſcribit in *l. 3. de offic præf. vigil.* ſalutem reip. tueri nulli magis conuenire quàm Cæſari, nec alium ei rei ſufficere quàm Cæſarem.

g *Per vnum*, qui vnus ſtantis Reipub. temporibus Dictator primùm vocatus fuit, poſteà Dictator perpetuus, tandémque Princeps & Imperator, Cùm Dictatoris non minùs quàm Regis nomen toti P.R. inuiſum feciſſet dominatio Iulij Cæſaris qui primus Rempubl. inuaſit & euertit. Vnde præcipua laus illa Auguſti Cæſaris quod neque regno neque dictatura, ſed Principis nomine conſtituerat Rempublicam.

h *Poterat.* Quidni verò per Præſides & Proconſules & Legatos vt ipſi quoque Cæſares? aut vt ſtante adhuc Republica? An quia id demùm probè quis poteſt per alium gerere, quod an alius ille benè gerat, per ſeipſum videre poſſit? Hoc verò facere commodè Princeps poteſt, Senatus non poteſt. Nec enim deſunt exempla Principum & Imperatorum, qui vniuerſum pene terrarum orbem luſtrauerunt, inter quos, memorabiles Hadrianus & Seuerus.

i *Conſtituto Principe*, quaſi Imperatores Romani imperium ſuſceperint potiùs quàm & ambierint, & occupauerint. Magnum enim illud erat arcanum retinendi tutò imperij ſi needum occupatum crederetur. Adeò vt nec adepto iam Principatu per Tiberium nuſquam cunctabundum niſi cùm in Senatu loqueretur, potuerit tamen ille vinci à Senatu vt fateretur a ſe ſuſcipi imperium, ſed hactenus tantùm flectere paulatim, vt negare & rogari deſineret. Nimirum vt vocatus electúſque potiùs quàm per vxorium ambitum ſeniliquе adoptione irrepſiſſe crederetur.

k *Datum ei eſt*, à populo. Quis enim alius tale ius Principi dare potuiſſet? Sed qua lege? Non alia vtique quàm lege regia, de qua in *l. 1. inf. de conſt. Princ. §. ſed & quod Principi 6. Inſt. de iur. natu. & in Conſtit. Iuſti. De concep. Digeſt.*

Digeſt §. ſed. & hoc ſtudioſum 7. vbi Iuſt. ait lege antiqua quæ regia nuncupabatur omne ius, omnémque poteſtatem populi Romani in Imperatoriam tranſlata eſſe poteſtatem: Cùm tamen ea lex vt nomen ipſum demonſtrat non de Imperatoribus ſed de regibus locuta fuiſſet. Quo magis mirum eſt Imperatores Romanos qui regium nomen adeò inuiſum exoſúmque ſciuerunt, legi tamen regiæ hanc ſuam poteſtatem acceptam ferre voluiſſe, neque curaſſe vt in eam rem noua lex ferretur quæ dominationis regiæ memoriam non perinde renouaret. Niſi fortè huius rei cauſa ex eo fuit, quod deducta iam à populo ad Senatum cura totius reipub. potuit conſenſus Senatus ſufficere Principib. quos eam ob cauſam videas id ſemper egiſſe quantum potuerunt vt populum nudarent, ad Senatum verò omnia deferrent, vt minùs laborandum haberent ad corrumpendos largitionibus & precibus optimos quoſque ex paucioribus quibus ipſi totam rempub. credidiſſent. Idque primùm à Tiberio audenter tentatum, feliciter tamen perfectum eſt, non audente populo conqueri ademptum ſibi ius ſuum niſi inani rumore, vt ait Tacitus.

l *Conſtituiſſet.* Hinc nomen datum Conſtitutionibus Principum *d. tit. De conſtit princip.* § *.C.* Etſi enim decreta Principum dixit Papin. in *l.* 7. § *.tit.* 1. videtur id nomen accommodatius ad Senatuſconſulta exprimenda. Quamquã Paulus noſter Decretorum libros ſcripſit quibus ea complexus eſt quæ Imperator cauſa cognita inter priuatos collitigatores pronunciauerat. Alio proinde ſenſu quam de quo nunc agimus. Tractamus enim de conſtitutionibus quæ legis vim habent, iuriſque ſcripti partem omnium certiſſimam conſtituunt, non de ſententiis in Principis auditorio ſub Principis nomine latis.

12 ¶ Ita [a] in ciuitate veſtra, aut iure, id eſt, lege [b] conſtituitur, aut eſt proprium ius ciuile [c], quod ſine ſcripto [d] in ſola prudentium interpretatione conſiſtit: aut ſunt legis actiones, quæ formam agendi continent: aut Plebiſcitum, quod ſine auctoritate patrum [e] eſt conſtitutum: aut eſt magiſtratuum Edictum, vnde ius Honorarium naſcitur: aut Senatuſconſultum, quod ſolum ſenatu conſtituente inducitur ſine lege [f]: aut eſt Principalis conſtitutio, id eſt, vt quod ipſe princeps conſtituit, pro lege [g] ſeruetur.

Ad §. 12. Ita in ciuitate.

a *Ita.* Ita Epilogus eſt eorum quæ hucuſque dicta ſunt de initio & progreſſu iuris Romani.

b *Lege*, ſcilicet duodecim tabularum.

c *Proprium ius ciuile*, id eſt ius ciuile propriè ac ſpecialiter ſumptum non in genere prout cæteras iuris ciuilis partes omnes complectitur.

d *Sine ſcripto*, non quòd in ſola diſputatione eſſet poſitum; ſed quia veteres illi prudentes in latenti ius ciuile retinere cogitabant, non ſcriptis ſuis populo legendum dare *§. iuris ciuilis* 35. *infr.* Ideóque de Coruncanio ait Pomp. in *§. poſt hos in fin.* nullum eius reſponſum extare, ſed reſponſa ipſius complura, & memorabilia fuiſſe. Excipiendæ ſunt formulæ, à poſterioribus Iureconſultis inductæ vt publicè vſui eſſent, Qualis illa fuit Galli Aquilij de inſtituendo poſthumo nepote, De qua in *l.* 29. *infr. de lib. & poſth.* Has enim ſcribi neceſſe fuit, & ad vnguem obſeruari.

e *Sine autoritate patrum.* intellige à reliquo tamen populo, id eſt à ſola plebe, vt plebiſcitum definiatur per adfirmationem non per negationem. Alioqui & edicta prætorum, & decreta Principum plebiſcita dici poterunt, quia ſine Patrum, id eſt Senatorum autoritate fiunt.

f *Sine lege.* Hoc enim eſt quod ſuprà diximus ad §. 9. nulla lege datam fuiſſe poteſtatem illam Senatui vt ius facere poſſet.

g *Pro lege.* Non ergo Principis conſtitutio lex eſt, ſed pro lege ſeruatur legiſque vigorem habet. Imò plus quàm lex eſt cùm per legem regiam factum ſit vt Princeps quemadmodum exinde cœpit eſſe ſupra populum cuius ſolius erat legem condere, ita cœperit etiam eſſe ſupra leges, Alioqui nec legibus ſolutus eſſet *l.* 31. *infr. tit.* 1.

13 ¶ Poſt originem iuris, & proceſſum cognitum, conſequens eſt, vt de magiſtratuum nominibus, & origine [a] cognoſcamus: quia, vt expoſuimus per eos, qui iuri dicundo præſunt [b] effectus rei [c] accipitur, quantũ eſt enim ius in ciuitate eſſe, niſi ſint, qui iura regere [d] poſſint? Poſt hoc deinde auctorum ſucceſſione dicemus: quòd conſtare non poteſt ius [e] niſi ſit aliquis iuriſperitus [f], per quem poſſit quotidie in melius produci [g].

Ad §. 13. Poſt originem.

a *Nominibus & origine.* Obſerua Iureconſultos priùs tractare ſemper de nomine quàm de re, Quoniam quid nominis ſemper præcedit quid rei, vt diximus ad *l.* 1. *ſupr. tit.* 1.

b *Præſunt*, cùm magiſtratus ſit viua vox iuris ciuilis *l.* 8. *ſupr. tit.* 1.

c *Effectu rei.* Quæ enim legum erit vtilitas ſi in literis duntaxat conſiſtant non etiam per ipſa facta atque opera ſubditis vtilitatem de ſe præbeant? inquit Iuſtin. Nouell. 61. *De præſid. prouinc. in princ.*

d *Iura regere.* Nempe *Ipſæ etiam leges cupiunt vt iure regantur.* Ad magiſtratus autem omnes pertinet vt pro ſua quiſque iuriſdictione & iura regat & rempublicam, Cùm magiſtratus non aliunde dictus ſit quàm quòd ſit veluti quidam populi magiſter & rector.

e *Conſtare non poteſt ius.* Atqui iam diximus non poſſe rempublicam conſtare ſine iure, & legibus. Ergo cùm neque ius ipſum conſtare poſſit ſine Iuriſperitis per quos quotidie in melius producatur. Conſequens eſt vt non poſſit reſpublica conſtare ſine Iuriſperitis. Quò referri poteſt, quod de aduocatis ſcriptum eſt in *l.* 4. *C. de aduoc. diuerſ. iudicior.* Aduocatorum officium vitæ hominum eſſe neceſſarium.

f *Aliquis iuriſperitus.* Nimirum quia magiſtratus qui iuri dicundo præerant, iuris peritiam non profitebantur, ſed in eam rem adſeſſorum operam implorabant. Proinde iuris cognitio erat neceſſaria in adſeſſore *l.* 1. *inf. de offic. adſeſſ.* Sicut & hodie requiritur in Aduocatis *l.* 11. *in princip. C. de aduocat. diuerſ. iudicior.* Adeóque iis Iudicibus qui iudicant hodie ſine Adſeſſore. Vide Franciſc. Hotom. 26. *illuſt. quæſt.*

g *Produci.* Sunt enim iuris noſtri vt cæterarum rerum omnium initia & rudimenta, & elementa quædam, deinde incrementa quæ progreſſu temporis accedunt, & induſtria atque autoritate eorum ad quos ea res pertinet.

14 ¶ Quod ad magiſtratus attinet, initio ciuitatis huius conſtat, *reges* [a] omnem poteſtatem [b] habuiſſe.

Ad §. 14. Quod ad Magiſtratus.

a *Reges*, hoc enim eſt quod Tacitus initio Annalium præfatur, Vrbem Romam, inquit, à principio reges habuere. Non dixit Vrbs Roma Reges a principio habuit,

ſed aptiſſimè Vrbem Reges habuere, vt ſignificaret illud ipſum quod hic ſcribit Pompon. initio ciuitatis Reges omnem in ea & in eam habuiſſe poteſtatem.

b *Omnem poteſtatem*, ita vt nulli eo tempore magiſtratus eſſent in ciuitate. Nec enim magiſtratus quiſquam eſt aut eſſe poteſt ſine aliqua poteſtate & imperio *l. 115. de verb. ſignif. 7. §. vlt. & l. ſeq. inf. de offi. procõſ. l. 12. §. 1. De iudic.* Ei verò qui ſupremam in alios poteſtatem occupat per Tyrannidem, vt à Romulo factum eſt licèt ſuo iure, tanquam in vrbem a ſe conditam, poteſtàs alia quælibet ſuſpecta eſſe ſolet, omniſque poteſtas, inquiebat ille, *impatiens conſortis erit*. Ergo neque poteſtas, neque maieſtas vlla reipub. tum fuit penes populum, at neque vlla reſpublica, cùm eſſent omnia Romuli & eorum quos in regno habuit ſucceſſores ſi non dominio, ſaltem imperio, vtloquitur Seneca.

15 ¶ Iiſdem temporibus & *Tribunum Celerum* [a] fuiſſe conſtat. Is autem erat, qui equitibus præerat, & veluti ſecundum locum à regibus obtinebat, quo in numero fuit Iunius Brutus [b], qui auctor fuit regis eiiciendi [c].

Ad §. 15. Iiſdem temporibus.

a *Tribunum Celerum*. Nomen ipſum oſtendit quod & Pompon. ſubiicit præfuiſſe hunc Equitibus. Qui enim Equites iidem & Celeres ad differentiam peditum quorum tanta ad militares factiones celeritas eſſe non poteſt. Erat autem hoc nomen elegantius & honeſtius quam quod hodie ſubſtitutum eſt ad eam dignitatem ſignificandam quæ in illius locum ſucceſſit. Comitem enim ſtabuli appellant, Quaſi in equos potiùs quàm in Equites ipſos habeat poteſtatem, Ideò fortaſſe ne qui ad huius dignitatis faſtigium proueheuntur, quæ etiamnum prima poſt regiam eſſe creditur, tam facile ſibi poteſtatem vllam arrogent in homines, indéque animos, & audaciam ſumant eiiciendi Regis vt à Iunio Bruto factum eſt, cuius exemplo factum eſſe credibile eſt, vt Romani Imperatores etiamſi veterem iſtam dignitatem retinuerint, vetus tamen hoc nomen tanquam ſuſpectum, & mali ominis exploſum voluerint: Ne inde occaſionem ſumerent peccandi exemplo qui ratione peccare non poſſent. Cæterùm fuit hoc nomen dignitatis non magiſtratus, & etiam hodie eſt.

b *Iunius Brutus*. Ita ergo legendum eſt apud Tacitum, initio Annalium, non vt vulgò, *Lucius Brutus*. Hinc tantus vniuerſæ Brutorum familiæ fauor apud populum ſtante Republica. Hinc Marci Bruti animus & conſilium de Iulio Cæſare trucidando ipſo etiam Senatu, quòd ſub perpetui Dictatoris nomine regnum adfectaſſe crederetur.

c *Eiiciendi*, atque ita totius populi in libertatem vindicandi. Verum igitur eſt quod Tacitus ait, Brutum inſtituiſſe libertatem, non reſtituiſſe. Fuit enim prima illa Romani populi libertas cùm ab initio vrbis conditæ reges vrbem ipſam habuerint, Nunquam proinde vrbs libertatem.

16 ¶ Exactis deinde regibus, *Conſules* [a] conſtituti ſunt duo [b]: penes quos ſummum ius [c] vti eſſet, lege rogatum eſt [d]. ¶ Dicti ſunt ab eo quòd plurimùm reipublicæ conſulerent [e], qui tamen ne per omnia regiam poteſtatem ſibi vindicarent [f], lege lata [g] factum eſt, vt ab eis prouocatio eſſet [h], néve poſſent in caput [i] ciuis Romani animaduertere iniuſſu populi [k]: ſolùm relictum eſt [l] illis, vt coërcere [m] poſſent, vt in vincula publica [n] duci iuberent.

Ad §. 16. Exactis.

a *Conſules*. Fuit igitur Conſulatus vt præcipuus ita primus magiſtratus feliciter inſtitutæ & conſtitutæ reipublicæ. Et ideò benè Tacitus ſupradicto loco Conſulatum cum libertatem coniungit, ſed ita vt libertatis priuſquàm Conſulatus meminerit. *Libertatem*, inquit, *& Conſulatum L. Brutus inſtituit*. Fuerunt enim eiiciendi reges atque ita inſtituenda libertas, priuſquàm Conſulatus inſtitueretur. Neque tamen dubitandum eſt aliquos fuiſſe magiſtratus etiam ſub regibus *l. 1. de off. quæſt.*

b *Duo*. Prudenter hoc vt cætera omnia, & rectè, Non tantùm ne vnius fidei & arbitrio reſpub. crederetur, ſed etiam vt appareret quantùm poteſtas conſularis diſtaret à regia quæ non magis ſocium pati poteſt, quàm Africa duos ſoles. Etſi non deſunt exempla Imperatorum qui & ſimul & benè imperauerint, Diui fratres Verus & Antoninus, ſed ambo philoſophi, qui ſibi priuſquàm aliis imperare didicerant, Ac quorum exemplo compertum eſt quàm verè olim Plato ſcripſerit, Eas demum beatas fore Reſpubl. in quibus aut Philoſophi regnarent, aut Reges philoſopharentur.

c *Summum ius*, id eſt præcipua & ſumma authoritas & poteſtas qua maior alia nulla eſſet in republica, ſed quæ tamen non faceret quominùs tota reipublicæ maieſtas penes populum reſideret. In quo vno differebat à regia quemadmodum Pomp. ſubiicit.

d *Lege rogatum eſt*. Ne dubitare poſſent Conſules quin ſummum illud ius non à ſeipſis haberent vt reges ab initio & ante legem regiam, ſed à populo.

e *Conſulerent*. Præclaræ itaque functionis nomen hoc fuit, qua nec præſtantiorem aliam in diuino nomine agnoſcit Poeta qui ad Cæſarem ſcripſit adulando

Tene magis ſaluum populus velit, an populum tu
Seruet in ambiguo, qui conſulit & tibi, & vrbi
Iuppiter.

Fuit autem hoc nomen adeò gratum populo tanquam cum ipſo propemodum libertatis nomine iuréque inſtitutum, vt etiam poſt euerſam rempublicam, Imperatores penes quos ſumma rerum erat Conſulatum retinuerint, adeóque Conſules ipſi perſæpe creari voluerint, vt qui eadem magiſtratuum vocabula eſſe videret, eandem quoque rempublicam eſſe arbitraretur, quod aſſequi non fuit difficile apud eos qui rempublicam ipſi nunquam vidiſſent. Ideóque in Pand. ſupereſt *tit. de offic. Conſul.* Vide *l. 2. in princ. inf. de offic. præf. vigil.*

f *Vindicarent*, vt facilia ſunt & procliuia hominum ingenia ad dominationem appetendam, ideóque non minùs populo qui Pricipem non habeat, quàm Principibus qui ſupremam poteſtatem habent, ſuſpecta ne licere ſibi putent quicquid audere & aſſequi poſſint ſi ſufficiat libere. Quid enim aut ſæpiùs, aut promptiùs vnquam factitatum, quàm quod pro præcepto magis quàm pro conſilio ab Euripide primùm Caius Cæſar, deinde ab ipſo Cæſare tam multi hauſerunt, ſi violandum ius eſt, regnandi cauſa violandum eſt, In cæteris pietatem colas.

g *Lege lata*, alia ſcilicet quàm de qua proximè diximus, quæ ſummum ius in ciuitate Conſulibus dederat. Quaſi pœnitente aut ſaltem mitante populo tantam à ſe datam duobus viris poteſtatem, quæ ſine ſummo periculo retineri in republica non poſſet, niſi per ſubſequentem legem, velut per iuſtam interpretationem reſtringeretur. Quid enim aliud erat ſummum ius habere in republica quam pleniſſimam & abſolutiſſimam de quaque re pro arbitrio decernendi & conſtituendi habere poteſtatem? Quid verò aliud eſt Regem eſſe, aut ſi regis nomen diſplicet, Regiam poteſtatem in omnibus & per omnia obtinere?

h *Prouocatio eſſet*, ad populum quæ potiſſima ſuperioritatis & maioris poteſtatis nota eſſe potuit. Ante hanc igitur legem non licebat prouocare ad populum à Conſulibus,

ſulibus, non magis quàm à Decemuiris illis, de quibus diximus in §. *poſteà* 4. *ſupr. eod.* Vtriſque enim commune illud erat, quod ſummum ius in ciuitate datum iis fuerat, Quæ tes prouocationis licentiam & auxilium denegabat.

i *In caput*, id eſt in vitam. Nec enim alterius eſt vitam adimere quam qui dominus ſit eius cui adimat. Vnde eſt quod nec cuiquam permittitur, vt ſibi mortem inferat, *tit. De his qui mort. ſib. conſc.* quia nemo dominus eſt membrorum ſuorum *leg. 13. infr. ad leg. Aquil.* Sola autem reſpublica domina eſt omnium qui in republica naſcuntur, cùm reipublicæ & patriæ ſuæ quiſque naſcatur prius quam parentibus, atque adeò quam ſibi ipſi *l. 1. §. & generaliter 15. infr. de ventr. in poſſ. mitt. l. 1. ad leg. Iul. maieſt. l. 19. §. filius 7. de cap. & poſtlim. l. 14. §. plebey 4. de muner. & honor.* An ergo potuerunt Conſules ciui Romano adimere libertatem? Multò minùs. Fuit enim facilius adimere vitam quàm libertatem, *l. vlt. C. de patr. poteſt.* Præter id quod in toto iure noſtro ſeruitus morti aſſimilatur *l. 59. de condic. & demonſtr. l. 209. de regul. iur.* At neque ciuitatem adimere Conſules potuerunt iniuſſu populi. Nã & hoc animaduertere eſt in caput ciuis, Eximere caput de ciuitate *l. penultim. inf. de extr. cogn. dict. l. 59.* Denique nec aliud quicquam facere quod ciuis Romani exiſtimationem læderet ac quoquomodo minueret. Eſt enim cauſa exiſtimationis cauſa capitis, Nec niſi authoritate legum minui poteſt ciuis romani exiſtimatio non magis quàm conſumi *dict. l. penul. §. 1.* Quamuis pœna capitis ſeparetur à pœna exiſtimationis in *l. 28. infr. de pœn.* nec metus infamiæ pertineat ad edictum *Quod met. cauſ. l. 7. in prin. infr. ill. tit.* In ſeruos ſanè potuerunt Conſules animaduertere etiam iniuſſu populi, quod & præfecti vigilum potuerunt *l. penult. infr. de condict. cauſ. dat.* quia nec habet ſeruus caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ff. de cap. minut.*

k *Iniuſſu populi*, in eóque quod mirum ſanè eſt, maior fuit poteſtas patria quàm conſularis, *dict. l. vlt. Cod. de pat. poteſt. l. 11. infr. de liber & poſth.* cùm tamen patria poteſtas non ex lege aliqua rogata, ſed ex iure non ſcripto ſoliſque populi Romani moribus deſcendat, vt ſcribit Iuſtin. initio *tit. de patr. poteſt.* Fuit verò hoc primùm inductum ex lege duodecim tabularum, cuius verba illa fuerunt *de capite ciuis niſi per maximum Comitiatum ollóſque quos Cenſores in partibus populi locaſſint, ne ferunto.* De quibus vide Cuiac. lib. 15. *Obſ. cap.* 8.

l *Relictum eſt.* Hoc verbo euidenter ſignificat Pomponius quod nos volumus, legem hanc ſecundam latam fuiſſe vt prior reſtringeretur, ac quodammodo corrigeretur quæ Conſulibus nimiam ſanè poteſtatem dederat hoc ipſo quod dederat iis ius ſummum. Ex quo iure ſummo id vnum iis relictum populus voluit vt ciuem romanũ coërcere poſſent, & in publica vincula duci iubere. In ſummis tamen Reipublicæ periculis, ius illud ſummũ quod Conſulibus datum fuerat, Dictatoribus dari neceſſe fuit, vt ſequitur in §. *populo* 18. *infr.* Hodie autem, o rerum viciſſitudo, Magiſtratus vnus ex vno conſtans homine animaduertit in vitam, libertatémque ciuis Romani cuiuſlibet, ita vt nec ab eo prouocatio vlla ſit, ne quidem ad ſummum Pontificem. Sed & illud æquè mirũ & nouum eſt, Senatorem in vrbe Roma vnicum ſupereſſe, ex numero quingentorum qui olim fuerunt. Nec eò minùs tamen felix hodie Roma, imò tantò felicior quantò ſanctior.

m *Coercere*, Verbum hoc propriè ſumitur pro eo quod velut interpretationis loco ſubiicitur, In publica vincula duci iubere. Gallicè dicimus *empriſonner*, licet coërcitionis nomen aliquando latiùs pateat vt etiam condemnationem & pœnæ cuiuſlibet irrogationem comprehendat *l. 1. infr. tit. prox.*

n *Publica.* Priuata enim vincula priuatóſque carceres in republica præſertim libera nemini habere permittitur, ne quidem Conſuli. Multò minùs ſub Principe *l. 1. C. de priuat. carcer. inhib.* Scilicet in ciues.

17 ¶ Poſt deinde cum cenſus iam maiori tempore [a] agendus eſſet, & conſules non ſufficerent huic quoque officio, *cenſores* [b] conſtituti ſunt.

Ad §. 17. Poſt deinde.

a *Iam maiori tempore.* Mallem legere *iam maiori republica* facilè nato errore ex eo quod dictio illa *republica* tribus primis literis contenta eſſe ſolet, quarum prior facilè degenerare potuit in *t*, atque ita locum facere quæſtioni apud imperitos librarios & exſcriptores an ſcriptum eſſet *rep.* an *temp.* qua poſtrema nota nihil dictio *tempore* ſignificare potuiſſet. Senſus verò idem eſt qui eorum verborum quæ locutionis variandæ gratia ponit Pompon. in §. *ſeq. populo deinde aucto.* Háncque noſtram emendationem apertè confirmat quod ſtatim ſequitur *& Conſules non ſufficerent huic quoque officio.* Nihil enim erat quod faceret quominùs poſſent ſufficere niſi quia iam maior & auctior eſſet reſpublica. Mirórque non fuiſſe hoc mendum ab vllo interprete animaduerſum, cùm vulgata lectio ſenſum nullum habeat.

b *Cenſores*, inde nimirum dicti quòd agendo cenſui vacarent. Poſteà tamen cœperunt etiam in priuatos nedum in publicos cuiuſque mores inquirere, in eaque re ſeueritatis gloriam potiſſimùm adfectare. Inter quos primus non ætate ſed laude Cato ille, qui ob hanc cauſam dictus fuit Cenſorius, aut Cenſorinus. Neque verò Magiſtratus exinde vllus in ciuitate fuit vtilior, & ad continendos in officio ciues magis neceſſarius, quem ſi diutiùs Romani retinuiſſent, diutiùs quoque ſtetiſſet reſpublica, cuius ſcilicet ſtatum ex antiquorum morum euerſione protinus euerti neceſſe fuit. Adeò ſunt iſta ſibi inuicem neceſſariò conſequentia, vt non abs re Tacitus ſcripſerit, *verſo ciuitatis ſtatu nihil vſquam priſci & integri moris.* Nos contrà ſimiliter, vbi nihil priſci & integri moris eſt, verti, ſubuertique ſtatum ciuitatis quæ anteà non niſi bonis & integris moribus regebatur.

18 ¶ Populo deinde aucto, cùm crebra orirentur bella [a], & quædam acriora [b] à finitimis inferrentur [c]: interdum re exigente [d], placuit maioris poteſtatis [e] magiſtratum conſtitui. itaque *dictatores* [f] proditi ſunt, à quibus nec prouocandi [g] ius fuit: & quibus etiam capitis animaduerſio data eſt [h]. ¶ Hunc magiſtratum [i], quoniam ſummam poteſtatem habebat, non erat fas vltra ſextum menſem [k] retinere [l].

Ad §. 18. Populo deinde aucto.

a *Bella*, ex æmulatione & inuidia finitimorum populorum, quos neque flumina, neque montes etiam quibus ſeparabantur à Romanis continere aut tutari in finibus ſuis poterant, ſi non mutuo potiſſimùm metu ſepararentur, quod omnium fortiſſimum pacis vinculum eſt, ſempérque fuit & erit.

b *Acriora*, quàm vt remediis ordinariis & ſolitis reprimi ac ſuperari poſſent.

c *Inferrentur.* Vix enim metuendum erat in bellis quæ Romani ipſi inferrent, ne ipſorum reſpublica vnquam periclitaretur, Siue quòd non facilè bellum vllum niſi quod & iuſtum & neceſſarium eſſet, ſuſciperent, ſiue quòd non niſi benè priùs exploratis viribus reipublicæ miſſiſque ante omnia Legatis qui iuſtas honeſtæ pacis conditiones, aut offerrent, aut acciperent. At in bellis quæ per iniuriã & inuidiã ab aliis vltrò inferebantur, aut declinandis, aut ſuperandis non eadẽ cautio adhiberi poterat, ſolúſque

armis & violentiæ locus relinquebatur, prudentiæ verò aut nullus aut perexiguus, cùm aduerſus vim ſine vi nihil fieri poſſit. Eaque inter belli & pacis artes differentia eſt, quod hæ tametſi nonnunquam difficiliùs parentur, tantò faciliùs tamen quantò tutiùs retinentur, quòd in pace minor periculis, in bello, ſi hoſtis acriùs vrgeat ſuus quidem virtuti locus, ſed virtutis fructus nullus. Inde eſt quod à bellis & quidem externis non ciuilibus initium Dictatura ſumpſit, vt conſtat ex hoc §.

d *Re exigente*, id eſt republica in ſummum adducta diſcrimen, ſiue externi alicuius belli terror, ſiue diſcordiarum ciuilium furor, vt Syllæ temporibus ruinam reipublicæ minaretur. Non enim aliud diſcordantis patriæ remedium eſſe videbatur, quàm ſi ab vno regeretur, Solebat tamen Dictaturam præcedere ſenatuſconſultum quo mandabatur Conſulibus vt prouiderent, ne quid Reſpub. detrimenti caperet. Vt conſtaret extremum reipublicæ tuendæ remedium poſitum eſſe in Dictatore conſtituendo, ſed ſuſpectum tamen, Vtrumque ideò quod nomine magis quàm effectu & poteſtate diſtaret à Rege Dictator.

e *Maioris poteſtatis*, quàm eſſet illa Conſulum, de qua dictum eſt in §. præcedente. Non quæ per primam, ſed quæ per ſecundam legem de Conſulibus rogatam data iis fuit. Quid enim potuit amplius dari Dictatori quàm ſummum illud ius quod prima lege fuerat Conſulibus datum? Niſi quod in Dictatore hoc amplius ſemper fuit, quod ſolus creabatur, & ſine ſocio. Quæ res maiorem ei ad ambiendum regnum feneſtram patefaceret, qui perfidè in Dictatura ſe gereret vellet.

f *Dictatores, l. vnic. in princ. infr. de offic. præf. prat.* vbi dicitur quod & in hoc §. ſequitur, Dictatores ſummam poteſtatem habuiſſe, quæ ipſa nihil aliud eſt quàm ſummum illud ius de quo paullò antè dicebamus. Videntur autem Dictatores ex eo dicti, quòd pro arbitrio dictarent & præſcriberent faciendum quicquid vellent, ídque pro lege ſeruaretur.

g *Nec prouocandi.* Conſulibus hac parte diſſimiles, à quibus prouocatio ad populum erat, ſimiles verò Decemuiris de quibus in *§. poſteà 4. ſupr.* Quamquam in eo etiam diſſimiles quod Decemuiris ſummum ius in ciuitate datum erat non abſolutè, vt Dictatoribus, ſed hactenus duntaxat vt leges & corrigerent ſi opus eſſet, & interpretarentur *dict. §. poſteà.*

h *Data eſt.* Vt poſſent de capite ciuis Romani pronunciare etiam iniuſſu populi quod neque Conſulibus, neque Decemuiris, neque alij omnino magiſtratui licebat vlli, ac ne toti quidem Senatui. In id vſque tempus quo ad eum tranſlata tandem eſt totius reipublicæ cura.

i *Hunc magiſtratum.* Erat ergo Dictator magiſtratus, Et tamen extra ordinem creabatur, & vtilitatis aut potiùs neceſſitatis tantùm cauſa, quomodo de præfectis annonæ & vigilum ſcriptum eſt in §. *capta deinde 32. in fin. infr.* vbi ob hanc orationem negat Pomponius fuiſſe illos magiſtratus. Sed tamen in Dictatore videtur ſpeciali quodam iure receptum vt quamuis extra ordinem crearetur, nihilominùs eſſet magiſtratus populi Romani. Ne fortè regem ſe crederet ſi tantam in populum haberet poteſtatem, nec ſe populi magiſtratum eſſe ſciret. Quiſquis enim magiſtratus eſt, is populi quidem magiſter, ſed tamen eiuſdem miniſter quoque eſt. Denique Magiſtratuum omnium ſumma diuiſio illa eſt vt alij ordinarij ſint, alij extraordinarij, Inter ordinarios primum locum tenuerunt Conſules, inter extraordinarios Dictator.

k *Vltra ſextum menſem*, cùm tamen cæteri magiſtratus omnes eſſent annui: Ex quorum comparatione ita debet accipi quod ſcriptum eſt in *d. l. vnic. inf. de offi. præf. prat.* Dictatoribus ſummam poteſtatem datam fuiſſe ad tempus, Breuius ſcilicet quàm quæ minor aliis magiſtratibus dabatur. Cæterùm nec niſi ad tempus dabatur cæteris, quòd ea magiſtratuum viciſſitudo ad impediendam tyrannidem ipſamque tyrannidis adfectationem magni momenti eſſe crederetur. Primus Tiberius hoc ius immutauit, & magiſtratus qui in eum vſque diem annui fuerant, perpetuos fecit.

l *Retinere.* Hinc odium & cædes Caij Cæſaris, quòd Dictatorem perpetuum ſe creari curaſſet, atque ita regnum affectaſſe diceretur, Nulla re alia diſſimilis Regi niſi quod Dictator perpetuus quàm Rex dici maluiſſet vt lenitate nominis nec inſoliti, nec exoſi reipublicæ, dominationis quàm effectu ipſo regiam inuadebat, aſperitatem mitigaret.

19 ¶ Et his dictatoribus *magiſtri equitum* iniungebantur [a] ſic, quomodo regibus [b] tribuni celerum, quod officium ferè tale erat, quale hodie præfectorum prætorio [c]: magiſtratus tamen habebantur [d] legitimi.

Ad §. 19. Et his Dictatoribus.

a *Iniungebantur.* Rectè, non *iungebantur.* Nec enim populus Romanus creando Dictatorem, iungebat ei Magiſtrum Equitum, Ne vel fidei, vel prudentiæ diffidere videretur eius in quo extremum vnicúmque ſalutis publicæ præſidium collocaret, ſed iniungebat ei vt Magiſtrum Equitum ſibi eligeret, quomodo loquitur Arcadius Charitius in *l. vnic. de offic. præf. prat.* Non quaſi ſocium dignitatis, ſed vt vicarium. Socium verò militiæ aut potiùs adſociatum & participalem cura admilitiæ gratia, vt ait *d. l. vnic.* vbi additur Magiſtrum Equitum ſecundam poſt Dictatorem poteſtatem habuiſſe, quemadmodum & Tribunus Celerum poſt Regem toto eo tempore quo vrbem Romam Reges habuere.

b *Quomodo regibus.* Caue ne ſuppleas verbum *iniungebantur.* Non enim poterat Regibus iniungere populus, vt Tribunos Celerum ſibi eligerent, cùm nec Reges crearet. Sed ſenſus eſt tales fuiſſe Magiſtros Equitum Dictatoribus, quales Tribuni Celerum Regibus, Vt ſcilicet ſecundam & hi & illi poteſtatem haberent: Mutato duntaxat nomine ad abolendam regiæ dominationis inuidiam & memoriam, quam Tribuni Celerum nomen iam pridem exploſum reuocaſſet.

c *Præfectorum prætorio.* Nam ad ſimilitudinem magiſtrorum Equitum Præfecti prætorio à Principibus electi ſunt, Niſi quod data iis eſt plenior licentia ad diſciplinæ publicæ emendationem *d. l. vnic. de offi. præf. prat.* Quò reſpiciens Pompon. in hoc §. addidit dictionem *ferè*: Sed & conſtat Tribunos Celerum, magiſtróſque Equitum non niſi pro militia reipub. operam nauaſſe, Præfectos autem prætorio etiam iuriſdictionem tam ciuilem quàm criminalem, & auditorium habuiſſe *l. 40. ff. de reb. cred. l. vnic. C. de ſent. præf. prat.* vbi conſtituitur ne à præfectis prætorio liceat prouocare, ſed tantùm Principi ſupplicare, quod & iam antea fuerat conſtitutum *d. l. vnic.*

d *Habebantur.* Hoc verò mirari quis non immeritò poſſit, Magiſtratus populi Romani habitos fuiſſe Magiſtros Equitum, qui non à populo ipſo creabantur, ſed à ſolo Dictatore eligebantur, Niſi quis putet interfuiſſe & Dictatoris & Reipublicæ, vt etſi Magiſtratus hi propriè non eſſent, pro Magiſtratibus tamen haberentur, vt ex eo quoque conſtaret quanta eſſet poteſtas Dictatoris qui electione propria poſſet creare magiſtratum populi Romani, quod alioqui ſolus populus facere poterat.

20 ¶ Iiſdem temporibus cùm plebs à patribus ſeceſſiſſet [a], anno ferè ſeptimodecimo [b] poſt reges exactos: *tribunos* ſibi in monte Sacro creault, qui eſſent plebeij magiſtratus [c] dicti tribuni, quod olim in tres partes [d] populus diuiſus erat, & ex ſingulis ſinguli creabantur: vel quia tribuum ſuffragio [e] creabantur.

Ad §. Iiſdem temporibus.

a *Seceſſiſſet*, atque ita diuiſus populus fuiſſet qui conſtabat ex patribus & plebe §. *lex eſt* 4. *Inſt. de iur. natur. l.* 238. *de verb. ſignif.*

b *Septimodecimo*. Ergo ita intra decimum ſeptimum annum poſt Reges exactos, habuit Roma & Dictatorem & Magiſtrum Equitum.

c *Plebeij Magiſtratus*, id eſt ſolius plebis cùm in illum vſque diem magiſtratus in vrbe nullus eſſet, niſi populi Romani.

d *In tres partes*, & hæ partes ſingulæ ab hoc numero Tribus vocabantur: Aliud nomen, aliúſque ſenſus fuit Curiarum, à quibus curiata comitia. Erat enim populus in triginta Curias diuiſus §. 2. ꝫ. Hinc Comitia Tributa diuerſa à Centuriatis qui magnus Comitiatus dicebatur.

e *Tribuum ſuffragio*, excluſis tamen Senatoribus, potuit etiam Tribunorum plebis nomen ſumpſiſſe originem ab exemplo Tribuni Celerum quem Reges paulò antè habuerant, vt ſignificaretur Supremam quidem totius Reipublicæ poteſtatem & maieſtatem penes vniuerſum populum reſidere, quæ fuerat anteà penes Reges, ſed ſecundam poteſtatem penes Tribunos plebis, qualis olim fuerat penes Tribunos Celerum, Mutata duntaxat nominis adiectione, vt Tribuni ſcirent non alia de cauſa ſibi datam eam poteſtatem quàm vt plebem protegerent, & à Patrum iniuria defenderent.

21 ¶ Itémque vt eſſent, qui ædibus [a] præeſſent, in quibus [b] omnia ſcita ſua [c] plebs deferebat: duos ex plebe conſtituerunt: qui etiam *ædiles* appellati ſunt.

Ad §. 21. Itémque vt eſſent.

a *Quia ædibus*, legendum eſt *qui ædibus præeſſent*. Vnde & Ædiles appellatos fuiſſe dubitandum non eſt. Nam cùm plebs in montem Sacrum ſeceſſiſſet, atque ita ſuas quiſque ædes reliquiſſet, creandi fuerunt magiſtratus qui ædium curam haberent, ex eáque cauſa in vrbe manerent: Alij autem fuerunt hi Ædiles quàm qui Curules poſtea creati & dicti ſunt, de quibus in *l. 1. de ædilit. edict. l. vnic.* ꝫ. *De via public. & ſi quid in ea fact. eſſ. dicat. l. 1.* ꝫ. *de offic. præf. vigil.* Erant enim illi ex Patribus non vt hi ex plebe §. *deinde cùm placuiſſet* 26. *infr.*

b *In quibus*, lego *& quibus*. Alioqui ſcribendum erat *in quas*. Quamquam nec illud improbabile eſt, Ædes aliquas fuiſſe in quas plebiſcita deferrentur, vt in iis aſſeruarentur, creatóſque à plebe magiſtratus qui ædibus illis præeſſent, vt eas tuerentur, ne quid inde per vim & iniuriam extraheretur, Quomodo & ædium ſacrarum cuſtodes quidam erant quos ab officio Æditũos appellabant, quòd ædes illas tuerentur *l. 77. §. donationis 26. de leg. 2. §. tutores 2. Inſt. De tutel.*

c *Omnia ſcita ſua*, id eſt, quæcunque plebs in monte illo Sacro ſanxiſſet ac conſtituiſſet. Vide Halicarnaſſ. *lib. 6.* Liuium 3. Feſtum in *verb. Ædilis*.

22 ¶ Deinde cùm ærarium [a] populi auctius eſſe cœpiſſet: vt eſſent qui illi præeſſent, conſtituti ſunt *quæſtores* [b], *qui pecuniæ præeſſent*: dicti ab eo, (quod) inquirendæ [c], & conſeruandæ [d] pecuniæ cauſa creati erant.

Ad §. 22. Deinde cùm ærarium.

a *Ærarium*, in quo ſtare videntur nerui reipublicæ, præſertim verò ad bellum ſiue inſtituendum ſiue ſuſcipiendum. Vt proinde mirum non ſit originem Quæſtorum creandorum antiquiſſimam eſſe, ac penè ante omnes magiſtratus *l. 1. infr. de offic. quæſt.* vbi additur ipſum quoque Romulum, & Numam Pompilium binos Quæſtores habuiſſe, adeóque quos ipſi non ſua voce, ſed populi ſuffragio crearent.

b *Quæſtores*, hi ſunt quos hodie Theſaurarios appellamus.

c *Inquirendæ*. Ergo quaſi *quæſitores* & à genere quærendi, vt ait *d. l. vnic. §. 1.* ꝫ. *de offic. quæſt.*

d *Et conſeruandæ*. Cur non ergo Conſeruatores dicti ſunt potiùs quàm Quæſtores? Fuiſſet enim modeſtiùs nomen minúſque odioſum. Nempe quia cùm quotidie & in ſingula penè momenta ob neceſſitates publicas promenda ſit ex ærario pecunia, non aliter conſeruari poteſt ærarium, quàm in ſingula quoque momenta quæratur pecunia quæ in ærarium referatur. Item quia prius eſt, vt inquiratur & inueniatur pecunia quàm vt conſeruetur. Magiſtratus autem omnes ferè nomen ſumpſerunt ab eo quod primi fuit ipſorum officij. Eſt verò hic magiſtratus communis tam patriciorum, quam plebeiorum *dict. l. vnic. §. penultim.*

23 ¶ Et quia, vt diximus [a], de capite ciuis Romani iniuſſu populi non erat lege permiſſum [b] conſulibus ius dicere: propterea quæſtores [c] conſtituebantur à populo, qui capitalibus rebus præeſſent [d]. hi appellabantur *quæſtores parricidij* [e]: quorum etiam meminit lex 12. tabularum [f].

Ad §. 23. Et quia vt diximus.

a *Diximus* in §. *exactis* 16. *ſupr.*

b *Non erat lege permiſſum*, imò erat prohibitum lege illa ſecunda quam de Conſulum poteſtate latam fuiſſe diximus in *d. §. Exactis*. Nam niſi poteſterior illa lex prohibuiſſet, prior ſanè permiſerat quæ Conſulibus dederat ius ſummum in ciuitate. Cæterùm aliud longè eſt, Permiſſum quid non eſſe, Aliud verò eſſe prohibitum, & contra, longè aliud eſt, Non eſſe quid prohibitum, aliud verò eſſe permiſſum, Ideóque & multum refert an quid ſit de genere permiſſorum, an de genere prohibitorum *l. 43. §. 1. infr. de procur. l. 28. §. quòd eius infr. ex quib. cauſ. maior. l. 12. §. 1. De bonor. poſſ.*

c *Propterea Quæſtores*. Sic enim dicti ſunt etiam ab inquirendo, vt & illi de quibus proximè dictum eſt, ſed hi ab inquirendis criminibus, Illi ab inquirenda pecunia. Et verò etiam hodie Inquiſitores appellantur plerique ex Iudicibus qui de criminibus capitalibus cognoſcunt. Et inquiſitiones quæ ſecretò & occultè fiunt, ad publica priuatáve crimina detegenda.

d *Capitalibus rebus*, id eſt cauſis criminalibus. Nihil enim tam neceſſarium eſt in republica quam vt ſontes puniantur & delicta coerceantur non ſolùm ſi ſponte, ſed etiam ſi per ignorantiam contrahantur *l. 1. infr. ſit. 1. l. 51. ad fin. inf. ad leg. Aquil. l. 11. l. 16. in princ. & §. vltim. l. 20. & paſſ. infr. de pœn.* Præcipuáque boni legiſlatoris cura eſſe debet vt non ſinat delicta impunita coaleſcere *leg. 6. Codic. de defenſ. ciuit.*

e *Quæſtores parricidij*. Longè igitur aliter Romani quàm

Solon ille Athenienſibus, qui in ſuis legibus parricidij nomen inſcribi noluerat, quòd fieri non poſſe crederet vt in republica tam atrox crimen vnquam admitteretur. An verò tam frequentia fuerunt Romæ parricidia, vt eam ob cauſam Quæſtores iſtos rerum capitalium Quæſtores parricidij appellari oportuerit? Minimè. Sed id nominis datum iis fuiſſe probabile eſt, ſiue quod parricidæ omnium maximè digni ſint in quos inquiratur & ſeueriſſimè animaduertatur, ſiue potius quòd eo nomine cætera quoque delicta omnia etiam leuiora contineri videantur, quibus patria offenditur & reſpublica, cui plus quiſque debeat quàm parentibus ipſis *l.1.§.& generaliter 15. De ventr. in poſſ. mit. l.19.§.filius infr. de capt.& poſtlim.l.14.§. plebey de muner. & honor.* Nam & inde patriam dictam voluit non Matriam, quod primi ac præcipui parentis locum obtineat.

f *Lex 12. Tabularum.* Sunt ergo magiſtratus iſti antiquiſſimi, cum neceſſitas eorum creandorum à delictis profecta ſit, quibus nihil vſpiam in republica vetuſtius.

24 ¶ Et cùm placuiſſet leges quoque ferri [a]: latum eſt ad populum, vti omnes magiſtratu ſe abdicarent [b], quo *decemuiri* [c] conſtituti vno anno [d], cùm magiſtratum prorogarent ſibi [e], & cùm iniurioſè tractarent [f], neque vellent deinceps ſufficere magiſtratibus [g], vt ipſi & factio ſua [h] perpetuò rempublicam occupatam retineret: nimia, atque aſpera dominatione [i] eò rem perduxerant, vt exercitus à republica ſecederet [k]. Initium fuiſſe ſeceſſionis dicitur Verginius quidam, qui cùm animaduertiſſet, Appium Claudium contra ius [l], (quod ipſe ex vetere iure [m] in duodecim tabulas tranſtulerat [n]) vindicias filiæ ſuæ à ſe abdixiſſe [o]: & ſecundum eum, qui in ſeruitutem ab eo ſuppoſitus [p] petierat [q], dixiſſe: captúmque amore virginis [r] omne fas ac nefas miſcuiſſe: indignatus, quod vetuſtiſſima [s] iuris obſeruantia in perſona filiæ ſuæ defeciſſet (vtpote cùm Iunius Brutus [t], qui primus Romæ conſul fuit, vindicias ſecundùm libertatem dixiſſet in perſona Vindicis Vitelliorum ſerui, qui proditionis coniurationem iudicio ſuo [u] detexerat & caſtitatem filiæ vitæ quoque eius præferendam putaret [x]: arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit: in hoc ſcilicet, vt morte virginis contumeliam ſtupri arceret [y], ac protinus recens à cæde, madentéque adhuc filiæ cruore [z], ad commilitones confugit, qui vniuerſi de Algido [aa], vbi tunc belli gerendi cauſa legiones erant, relictis ducibus priſtinis, ſigna in Auentinum tranſtulerunt, omníſque plebs vrbana mox eodem ſe contulit [bb]. (populíque conſenſu partim [cc] in carcere [dd] necati.) Ita rurſus reſpubl. ſuum ſtatum recepit.

Ad §.24. Et cùm placuiſſet.

a *Leges quoque ferri*, alias ſcilicet quàm duodecim tabularum, quæ iam latæ erant, conſtitutíque iam publica authoritate Decemuiri qui eas non ſolùm interpretarentur, ſed etiam corrigerent ſi opus eſſet §. *poſteà* 4. *ſupr.*

b *Se abdicarent*, id eſt, poteſtatem ſuam deponerent, Et hoc propter Decemuiros, vt ſequitur in textu.

c *Quo decemuiri*, legendum eſt *quòd Decemuiri* nato errore ex eo quod Librarius Florentinus ſolet vnica litera duas exprimere, quoties eandem repeti alioquin oporteret.

d *Vno anno.* Datum enim iis ius ſummum in ciuitate fuerat eo tantùm anno quo fuerant conſtituti, vt ſcriptum eſt in *d.§.poſteà.*

e *Prorogarent ſibi*, abutentes nimirum ſummo illo iure quod à populo acceperant.

f *Tractarent.* Adeò difficile eſt vt bene ſibi imperet quiſquis mauult aliis imperare. Et ſanè ſicut ſummæ felicitatis eſt poſſe quantùm velis, ita magnitudinis velle quantùm poſſis, vt Plin. in Panegyr. ad Traianum dicebat. Hinc verò primum apparuit quàm periculoſum ſit ius ſummum in republica etiam pluribus concedere ſi prouocandi facultas denegetur. Magnum enim aduerſus magiſtratuum iniuriam auxilium poſitum eſt in appellatione *l.7.§.2.verſ.quid tamen.l.17.ⱻ.de minor.l.1.infr.de appell.* Niſi cùm pro appellatione permittitur ſupplicatio *l.vnic.C.de ſent.præf.prat.*

g *Sufficere magiſtratibus*, id eſt locum facere & ſubiici magiſtratibus in poſterum, Nempe qui imperando didicerant non quidem imperare, ſed aliorum imperia detrectare.

h *Et factio ſua.* Miſera hæc Democratiæ conditio eſt, quod aſſiduè factiones & diſcordias parit, quarum impotentia fieri neceſſe eſt, vt reſpublica tandem collabatur. Neque aliud quicquam reipublicæ Romanæ fuit tandem exitio, neque alia exitij cauſa.

i *Aſpera dominatione* quam aſperiorem faciebat memoria recens priſtinæ ſeruitutis, & dulcedo iam guſtatæ libertatis.

k *Secederet.* Grauior & perículoſior hæc ſeceſſio & ſeditio quàm ſuperior illa plebis à Senatoribus, de qua in §. *iiſdem temporibus* 21.ⱻ. Illa enim ex vna ciuitate duas facere poterat. Hæc verò ex magna & ampliſſima republica, nullam.

l *Contra ius* quo cauebatur, vt qui de ſuo ſtatu litigaret, hoc ipſo in poſſeſſione libertatis conſtitueretur, inquit Cuiac. & bene *lib.18.Obſeru.c.23.*

m *Ex vetere iure* non ſcripto, quod vetus rectè dicitur in comparatione quoque legis 12. tabul. quia præceſſit duodecim tabulas, quarum ius cùm dicimus vetuſtiſſimum ius ſcriptum inſpicimus, non conſuetudinarium.

n *Tranſtulerat.* Fuit ergo hic Appius ille Claudius quem primum ex tribus nominat Pomponius in §. *fuit autem* 36.ⱻ. vbi ait fuiſſe vnum ex Decemuiris, cuius maximum conſilium in duodecim tabulis ſcribendis fuit. Appius enim Claudius Cæcus eiuſdem quoque generis fuit, ſed vir longè probior, & qui cauſam ſeceſſionis vitio ſuo nunquam præbuiſſet.

o *Abdixiſſe*, id eſt, pendente lite contra libertatem filiæ Verginij pronunciaſſe, quod vulgò pragmatici dicunt *per modum prouiſionis*, Galli, *par maniere de recreance.* Itaque dicere aut addicere vindicias pro aliquo, nihil aliud eſt, quàm prouiſionaliter pendente lite pro eo pronunciare, Contrà verò *abdicere vindicias.* Prouiſionalem illam adiudicationem denegare. Sic *adiudicare* dicimus & *abiudicare.* Vide *l.1.§.per hanc 1.infr.de rei vindic.*

p *Suppoſitus.* Hoc verò eſt quod in Appio iſto Claudio fuit omnium improbiſſimum, vt ſcil. ſupponeret ac ſubiiceret aduerſarium filiæ Verginij atque ita doli & iniuriæ materiam ſibi ipſi strueret. Rurſum hoc ipſum vt libidinem ſuam expleret. Quanquam nec his ceſſantibus potuiſſet ille ignorantiam obtendere iuris illius, quod & vetus in ciuitate, & à ſeipſo in 12. tabul. leges tranſlatum fuiſſe ſciret.

q *Petierat.* Itaque cùm eſſet hic actor qui filiam Verginij in ſeruitutem petebat, debuerat intentionem ſuam probare, nec pro eo ſaltem hoc caſu præſumi poterat cùm eſſet illa in poſſeſſione libertatis. Aliud probari potuiſſet ſi fuiſſet illa in poſſeſſione ſeruitutis *l. 14. infr. de probat.l.5.C.ſi ſeruus export.veni.*

r *Virginis.* Quàm felicior Appius Claudius ſucceſſor, qui non amore virginis, ſed oculis captus fuit, vt nec amore vllius vel odio capi poſſet, Quam felicior Reſpub. ſi Appium Claudium Decemuirum cæcum*, aut Cæcum decemuirum habuiſſet. Præclarè verò actum eſt cum Claudia familia quod infamiam quam ex vnius oculis contraxerat, alterius cæcitas extinxit. Videtur autem hæc familia Claudia illa fuiſſe cui veterem atque inſitam ſuperbiam exprobrabant apud Tacitum illi qui ſub finem Augusti, futuram & imminentem Tiberij dominationem formidabant: quos & veriſimile eſt ad hoc Appij Claudij factum alluſiſſe, cùm veterem dixerunt. Vix enim vetuſtior alia gentis huius ſuperbia eſſe potuit, quàm quæ hæc naſcentem rempublicam in ipſis propemodum cunabulis confecit.

ſ *Vetuſtiſſima.* Proinde non fuerant mutanda quæ certam ſemper interpretationem habuerant, & obſeruationem *l. 23. infr. tit. 1.*

t *Cùm Iunius Brutus.* Ratio eſt cur hanc iuris obſeruantiam aut potiùs obſeruationem vetuſtiſſimam diceret Verginius. Non quòd longa temporis ſpatia inter Brutum & Verginium interceſſiſſent, vt conſtat ex §. 4. & 4. *ſupr.* ſed quia non altiùs quàm à Bruto repeti poterat memoria eius iuris quod in Republica obſeruatum fuiſſet, cùm nec antè Brutum vlla eſſe potuiſſet reſpublica, quia nec libertas vlla tum erat.

u *Indicio ſuo*, mallem *indicio*.

x *Putaret.* Bonis enim ſtupri metus maior eſt quàm mortis, magiſque pro affectu terrentur parentes in liberis quibus videant ſtupri periculum inferri quàm in ſeipſis *l. 8. §. pen. & fin. infr.*

y *Arceret.* Eadem ratio fuit quæ Lucretiam antè aliquot annos impulerat, vt ſeipſam trucidaret.

z *Filia cruore.* Sic Antonius ad vindicandam Caij Cæſaris necem concitauit populum oſtenſa occiſi ſubucula madente adhuc cruore Cæſaris.

aa *De Agildo* ſupple *monte*, quomodo & in ſequentibus illis *in Auentinum* ſupple *montem*. Vide Anton. Auguſt. 2. *emend. cap.* 1.

bb *Contulit*, non fouendæ & augendæ, ſed compeſcendæ ſeditionis gratia. Nec enim alia vis aut multitudo erat quam poſſet reſpub. obiicere exercitui, quàm plebs ipſa vrbana, Præſertim cùm legionum duces ſupereſſent à quibus exercitus defecerat, non etiam ipſi a republica. Fuit autem felix huius conſilij euentus totus in celeritate poſitus antequam ſeditio longiore mora coaluiſſet: quod ſignificat articulus ille *mox*.

cc *Partim.* Neque enim fuerunt omnes necandi, ſed ij tantùm qui ſeditionis authores cum Verginio fuiſſe probabantur, Ad ſtragem ſcilicet euitandam, vt fieri ſolet quoties maior delinquentium numerus eſt quàm vt publicè interſit de omnibus ſupplicium ſumi.

dd *In carcere.* Ita plerumque de ſeditioſis ſumendum ſupplicium eſt, ne maioris alioqui ſeditionis & tumultus occaſio detur. Hinc Tacitus *Tradunt plerique intra tabernaculum Ducis obrutos, Alij corpora extra vallum abiecta oſtentari.*

25 ¶ Deinde cùm poſt aliquot annos, quàm duodecim tabulæ latæ ſunt, & plebs contenderet cum patribus, & vellet ex ſuo quoque corpore [a] conſules creare, & patres recuſarent: factum eſt [b], *vt tribuni militum* [c] crearentur, partim ex plebe, partim ex patribus, conſulari poteſtate [d]. hique conſtituti ſunt vario numero [e]: interdum enim viginti fuerunt, interdum plures, nonnunquam pauciores.

Ad §. 25. Deinde cùm poſt.

a *Ex ſuo quoque corpore.* Nam in illum vſque diem fuerant creari & aſſumpti Conſules tantùm ex Senatoribus & Patribus, Quod quamquam abrogatum tandem eſt, vt ſubiicitur in §. *ſeq.* ſemper tamen Conſulatus pro Senatorio magiſtratu habitus eſt §. *lex eſt* 4. *Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil.* denominationem quippe ſumens non tantùm ab ipſa magiſtratus origine, ſed etiam à nobiliore ſui parte.

b *Factum eſt.* Patribus & plebe in hoc veluti temperamentum conſentientibus.

c *Tribuni militum.* Alij ergo fuerunt hi Tribuni quàm qui ſimpliciter Tribuni plebis dicebantur, de quibus diximus in §. *iiſdem temporibus* 20. ſ. & qui tres tantùm, & ex ſola plebe creabantur.

d *Conſulari poteſtate*, vt proinde nihil niſi Conſulum nomen iis deeſſet. Erat autem iſtorum Tribunorum vſus tempore belli non pacis, Vnde & Tribuni militum appellabantur, nec inter eos qui iura in ciuitate reddebant, numerantur in §. *ergo* 34. *infr.*

e *Vario numero*, vt ſolent in ſingula penè momenta variari quæ temerario plebis impulſu ſine modo ac ſine iudicio conſtituuntur. Vide Halicarn. 2. Liuium 4.

26 ¶ Deinde cùm placuiſſet [a] creari etiam ex plebe conſules: cœperunt ex vtroque corpore conſtitui. Tunc vt aliquo pluris patres haberent [b], placuit duos ex numero patrum conſtitui [c]. ita facti ſunt *ædiles* [d] *curules* [e].

Ad §. 26. Deinde cùm placuiſſet.

a *Cùm placuiſſet.* Patribus quoque coactis tandem plebis furori concedere, quod tam frequentibus, & ad ſeditionem vſque prorumpentibus flagitationibus ratio denegabat. Eſt verò etiam hoc vnum ex præcipuis Democratiæ malis quòd in ea vel infimus, & deterrimus quiſque maioribus & prudentioribus parem ſe ac æqualem & videri & eſſe vult: qua tamen æqualitate nihil fingi poteſt inæqualius, nihil periculoſius. Nec inſulsè quis poſſit de plebe Senatui adæquanda facetum illud Martialis diſtichum vſurpare,

Inferior matrona ſuo ſit Priſce marito
Non aliter fiunt fœmina, virque pares

In Monarchia prorſus e contrario Omnes exuta æqualitate iuſſa Principis aſpectare, vt ille dicebat.

b *Patres haberent.* Fuit enim ſemper in vrbe præcipua Senatus authoritas, & ob hoc ipſum firmior, quòd eam non tam plebis voluntas quàm ipſa rerum publicæque ſalutis neceſſitas induxerat.

c *Conſtitui*, ſupple Magiſtratus.

d *Ædiles*, de quibus in *l. 1. in princ. & tot. tit. infr. De ædilit. edict.* & in *l. 1. infr. De via publ. & ſi quid in ea fact. eſſ. dicet.* Fuerunt ergo Ædiles Curules, & Senatores, & Senatorij magiſtratus: ac proinde plus quàm Senatores. Neque enim Senator magiſtratus erat, quomodo Ædilis Curulis. Vide Liu. *lib. 6.*

e *Curules.* Ideò fortaſſe ſic dicti quòd multa iis curæ fuerint quæ in id vſque tempus ab aliis magiſtratibus neglecta videbantur. De quibus in *tit. De ædilit. edict.* vbi Cuiac. in *Parat. ad D.*

27 ¶ Cúmque conſules auocarentur bellis finitimis [a]: neque eſſet, qui in ciuitate ius reddere [b] poſſet: factum eſt, *vt prætor* quoque crearetur [c], qui *vrbanus* [d] appellatus eſt, quòd in vrbe ius redderet.

Ad §. 27. Cúmque Conſules.

a *Bellis finitimis*, quæ Romanis fuerunt & plura & periculoſiora. Quibus proinde longè melius & tutius erat vacare Conſules, quàm iuri in ciuitate reddendo, Adeò

frigent

frigent & conténuntur artes pacis cùm bella incaleſcunt.

b *Ius reddere.* Ergo in id vſque tempus Conſules ius in ciuitate reddebant, abrogato iam Decemuirorum imperio, & ſummo iure.

c *Crearetur*, qui vice Conſulum ius in vrbe ciuibus redderet. Eligebatur autem Prætor ex Senatoribus, fuitque Senatorius magiſtratus vt Conſul. Minoris tamen poteſtatis etiam quod ad ius reddendum inter priuatos, in eo quod & ab eo appellabatur ad Conſules antequam Præfectus vrbi conſtitutus eſſet, exinde verò ad Præfectum vrbi *l.38.infr.de minor.* Et nullam de criminalibus cauſis cognitionem habebat, ſed tantùm modicam coërcitionem, ita vt ſi quando grauiore animaduerſione opus eſſet, remittere deberet ad præfectum vrbi *l.1. §.ſolent. de offic. praef.vrb.l.35.infr.de in iur.l.1.§.vlt.inf de pœn.* Fuit autem prætoris nomen honeſtum & antiquis Romanis vehementer placuit tanquam non longè diſtans à Conſulatu *Nouell.13. De prator.pop.cap.1.* Adeò vt Prætores dicerentur Conſulum collegæ, non quòd pari eſſent imperio *l.4.infr.de recept.* ſed quòd iiſdem auſpiciis crearentur, rogarentur: Cic. ad Attic. Quòd iiſdem quaſi Collegæ auſpicia turbarent & retinerent. Plin. in *Panegyr.* Adde *Nouell.24. de Praeſid.* Piſidiæ vbi præfatur Iuſtin. Prætores olim dictos quòd cæteris omnibus præirent quaſi Præitores. Prætoris namque eſt præire, vt Lucilius dicebat. Vnde & Prætoria dicta loca in quibus magiſtratus vel ius reddere, vel habitare ſolebant.

d *Vrbanus* non ad differentiam peregrini qui non niſi poſteà creari cœpit, ſed quòd in vrbe ius redderet, vt ſequitur in hoc §.

28 ¶ Poſt aliquot deinde annos, non ſufficiente eo prætore quòd multa turba etiam peregrinorum [a] in ciuitatem veniret: creatus eſt & alius *Prætor*, qui *peregrinus* appellatus eſt ab eo, quòd plerumque inter peregrinos ius dicebat.

Ad §.28. Poſt aliquot.

a *Peregrinorum.* An alibi quidem, quàm Romæ natorum, ſed tamen iuris quoque Romani conſortium & communionem habentium? Quomodo enim Prætor ex iure ciuili ius redderet in ciuitate iis qui iuris ciuilis omnino expertes eſſent? Idque videtur hîc innuere Pomponius, cùm ponit Prætorem hunc peregrinum non tantùm inter peregrinos ſolitum ius reddere, ſed etiam inter alios, ob eámque cauſam cœpiſſe potiſſimùm eſſe neceſſarium, quòd Prætor vrbanus ſufficere non poſſet in tanta turba etiam peregrinorum in ciuitatem vndique confluentium. Ergo vt inter eos demùm cognoſceret inter quos etiam Prætor vrbanus cognoſcere potuiſſet. At contrà facit, quod in toto iure noſtro peregrini vocantur ij qui nec ciues ſunt, nec ciuitatis ius habent. Vnde eſt quod ſi quis ex ciuibus per deportationem amiſerit ciuitatem, dicitur redactus ad peregrinitatem *l.10. §.ſed ſi per pœnam 6. infr. De in ius vocand.* Item quod nec fieri poterat vt peregrini viuerẽt in ciuitate, quin iura iis quoque reddi neceſſe eſſet. Quam in rem commodiſſima erat iuriſdictio Prætoris, qui ſiue vrbanus, ſiue peregrinus eſſet, æquitatis præcipuè naturalis cuſtos erat, vt dixi ad *l.8.ſup.tit.1.* Ideóque Vlp. ſcribit in *l.14.in fin.de interd.& releg.* Eum qui ciuitatem amiſit & bona retinet, vtilibus actionibus teneri. An non enim Prætoris fuit, ſiue directas, ſiue vtiles actiones, aut concedere, aut denegare? Nec diſſimile eſt quod Paulus ait in *l.7. §.vlt. infr.de cap. minut.* Cùm ciuitas amiſſa eſt nullam reſtitutionis æquitatem eſſe aduerſus eum qui amiſſis bonis & ciuitate relicta nudus exulat. Nam cùm reſtitutiones omnes ſint ex iuriſdictione Prætoris, quid attinebat de hac iuriſdictione tractare ſi non poſſet Prætor inter alios ius reddere, quàm qui eſſent ciues? Ergo probabilius eſt, Etiam peregrinis quibuſlibet ius redditum fuiſſe in ciuitate à Prætore tam vrbano priuſquàm peregrinus creatus eſſet, quàm peregrino. Quodnam autem & quale ius fuerit quod inter peregrinos reddebatur, ſciremus certiùs ſi extarent libri, quos ſcripſit Labeo De Prætore peregrino, quorum trigeſimus citatur in *l.9.§.et ſi ſeruum.ſ.de dolo.* Ex quo tamen loco poteſt etiam coniici vtrumque Prætorem eodem iure vſum fuiſſe. Nec nouum eſt, vt iuri prætorio cognitus ſit etiam is qui incognitus eſt iuri ciuili, arg. *l.20. §.ſeruus 7.ſ.qui teſt.fac.poſſ.l.7.inf.de falſ.*

29 ¶ Deinde cùm eſſet neceſſarius Magiſtratus qui haſtæ præeſſet [a] *decemuiri in litibus* [b] *iudicandis* ſunt conſtituti [c].

Ad §.29. Deinde cùm eſſet.

a *Haſtæ praeeſſet.* ex cuius authoritate fierent publicæ venditiones, vnde & ſubhaſtationes appellantur *l.26.C.de reſcind.vend.l.8.C.de remiſſ.pignor.l.1.& tot.tit. C. de fid.& iur.haſt.fiſcal.lib.10.tit.3.*

b *In litibus*, mallem *his litibus*, quæ ſcil. de iure haſtæ naſcerentur. Nec enim generaliter verum eſt Decemuiros litibus omnibus quæ Romæ tractarentur iudicandis fuiſſe conſtitutos.

c *Sunt conſtituti.* Fuit ergo Decemuirorum Magiſtratus vnus, non tot magiſtratus, quot Decemuiri. Vide Cuiac.3. *Obſeru.cap.32.*

30 ¶ Eodem tempore & *quatuor viri*, qui *curam viarum* [a] *gererent*: & *triumuiri monetales* [b], æris, argenti, auriflatores: *& triumuiri capitales* [c], qui carceris cuſtodiam haberent: vt, cùm animaduerti oporteret, interuentu eorum fieret.

Ad §.30. Eodem tempore.

a *Curam viarum.* Videtur tamen hæc cura poſtmodum ad Ædiles pertinuiſſe *l.1. infr. De via publ.& ſi quid in ea fact.eſſ.dicat.*

b *Monetales* ad quos pertinebat cudendæ monetæ cura. Moneta verò non niſi ex ære, vel ex argento, vel ex auro cudebatur, Vt oſtendit adiectio quæ ſequitur *æris argenti, auriflatores.* Iidem enim ſunt illi qui & *monetales.*

c *Triumuiri capitales*, ſic dicti non tam quòd carcerum cuſtodiam haberent, in quibus detinebantur, qui criminum capitalium rei erant, quàm quòd interuenire illos neceſſe eſſet quoties in reos illos & damnatos animaduertendum erat pœna capitali.

31 ¶ Et quia magiſtratibus, veſpertinis temporibus [a], in publicum eſſe inconueniens [b] erat, *quinque viri* conſtituti ſunt *cis Tiberim*, & *vltis Tiberim*, qui poſſint pro magiſtratibus [c] fungi.

Ad §.31. Et quia magiſtratibus.

a *Veſpertinis temporibus.* Ideò fortaſſe quod iis temporibus fuiſſet facilius audaciſſimo cuique magiſtratus dignitatem, & authoritatem violare, cuius è contrario videre inſignia & revereri vnumquemque oportebat. Adeò vt eam ob cauſam repellatur cæcus à poſtulando *l.1. §.caſum.ſ.de poſtul.*

b *Inconueniens*, vt proinde non videretur poſſe magiſtratus facere quod fieri honeſtè non poterat & pro decoro *l.15.infr.de condic.inſtit.l.144.de reg.iur.*

c *Pro*

c *Pro Magiſtratibus.* Non erant ergo iſti Magiſtratus, ſed tantùm vice & loco magiſtratuum fungebantur. Ex quo apparet non niſi in magiſtratibus populi Romani fuiſſe inconueniens, vt veſpertinis temporibus in publico viderentur. Nam & pedaneis iudicibus iniunctum eſt, vt non tantùm manè & meridie, ſed etiam veſpere cauſas audiant & decidant *Nouell.* 82. *De iudicib. & vt nullatenus cum iureiurand. elig. cap.* 3. *§. ſed. hæc.* Illud ſanè verum eſt ſententiam noctu latam non valere. Quæ ratio erat dubitandi ad *l.* 20. *C. dic. de tranſaction.* Sed non probatur ea ſententia ex hoc loco. Nec enim qui veſpertinum tempus dicit, noctem dicit.

32 ¶ Capta deinde Sardinia, mox Sicilia, item Hiſpania, deinde Narbonenſi prouincia totidem *prætores* [a] quot prouinciæ in ditionem venerant, creati ſunt partim qui vrbanis rebus, partim qui prouincialibus præeſſent [b]. ¶ Deinde Cornelius Sylla [c] quæſtiones publicas [d] conſtituit: veluti de falſo, de parricidio, de ſicariis, & [e] prætores quatuor adiecit. ¶ Deinde Gaius Iulius Cæſar [f] duos prætores, & duos ædiles [g], qui frumento præeſſent, & à Cerere Cereales [h] conſtituit. Ita duodecim prætores, ſed ædiles ſunt creati. ¶ Diuus deinde Auguſtus ſedecim prætores conſtituit [i]. ¶ Poſt deinde diuus Claudius duos prætores adiecit qui de fideicommiſſo [k] ius dicerent [l]. ex quibus vnum Diuus Titus detraxit [m]: & adiecit Diuus Nerua [n], qui inter fiſcum & priuatos [o] ius diceret. Ita decem & octo prætores in ciuitate ius dicunt [p].

Ad §. 32. Capta deinde Sardinia.

a *Totidem Prætores.* Sic hodie in Hiſpania, vt audio, tot ferè collegia ſunt Conſiliorum quot regna, quot prouinciæ quæ Hiſpanicæ dominationi ſubiiciuntur. Et ſanè in ciuitate tot illuſtribus viris ſubnixa credibile erat quò plures magiſtratus eſſent eò facilius illos munera reipublicæ ſociatis laboribus executuros, vt olim Tiberius ad Patres diſſerebat.

b *Præeſſent.* Vna ergo hæc iuſta cauſa eſſe potuit multiplicandorum Prætorum & magiſtratuum quòd tot prouinciarum acceſſione aucta eſſet reſpublica. Idque eſſe videtur quod Iuſtin. ſcribit *Nouell.* 4. *de Præſid. Piſidiæ in princip.* Numquam veteres Romanos ex tam paruis, adeóque minutiſſimis principiis tam amplam conſtituere rempublicam, & penè totum exinde ſibi terrarum orbem adiungere, premere, ac tueri imperio potuiſſe, niſi maioribus in prouincias magiſtratibus miſſis plus dignitatis ex ea re ſibi comparaſſent.

c *Cornelius Sylla*, qui fuit Dictator, & eo tempore ius habuit conſtituendi quicquid voluit. Nam & parum abfuit quin Rempublicam occupauerit. Non tamen longa fuit eius dominatio.

d *Quæſtiones publicas.* Hinc publica iudicia, & leges publicorum iudiciorum, de quibus in *l.* 1. *& tot. tit.* ff. *De public. iudic.* Quæ tamen leges nec à Sylla fuerunt latæ omnes, at ne quidem illa, De parricidiis quæ Pompeia dicta fuit à Pompeio, ſed illæ tantùm De falſo & De ſicariis, quæ à Cornelio Sylla legis Corneliæ nomen ſingulæ habuerunt. Sunt qui addant De veneficiis. Petrus Pitheus *cap.* 2. *Not. Moſaic.*

e *Prætores quatuor adiecit*, fortaſſe ſubſidia dominationi quærens, & quò pluribus munimentis inſiſteret.

f *Gaius Iulius Cæſar* æquè Dictator, adeóque perpetuus, & ob hoc ipſum tantò maioris quàm Cornelius Sylla authoritatis, ac poteſtatis.

g *Duos Ædiles*, qui neque Ædiles plebis eſſent, vt illi qui primùm à plebe. & ex plebe creati ſunt in monte ſacro *§. itémque* 21. *ſup.* Neque Curules, illi quos ex Patrum numero creari placuit *§. deinde cùm placuiſſet* 26. *ſupr.* ſed Cereales, nec niſi rei frumentariæ ſtuderent, & frumento præeſſent. Didicerat enim ex bellicis experimentis quanti ſit momenti in republ. præſertim ad ſeditiones euitandas, eſſe aliquem qui aſſiduam curam gerat rei frumentariæ & annonæ.

h *A Cerere Cereales.* Honeſtiùs & conuenientiùs, quàm ſi à frumento dixiſſet frumentarios.

i *Sedecim Prætores conſtituit*, id eſt, vt ſexdecim Prætores eſſent in ciuitate computatis, ſcil. iis omnibus qui iam anteà tam à populo quàm à Cornelio Sylla, & Iulio Cæſare fuerant conſtituti. Nec enim plures quàm decem & octo Prætores vnquam in vrbe fuerunt, vt ſequitur in hoc §. Duplicauit ergo Auguſtus numerum Prætorum, cùm anteà eſſent tantùm octo. Ideò fortaſſe, quod antiquis Romanis vehementer placuit Prætoris nomen, vt teſtatur Iuſtin. *Nouell.* 13. *de Prætor. popul. cap.* 1.

k *Qui de fideicommiſſo.* Vnde & fideicommiſſarij Prætores iſti dicebantur, Quamuis vnius tantùm meminerit Iuſtinianus *in princip. titul. De fideic. hæred.* quoniam alium iam Titus detraxerat, vt ſubiicitur in hoc ipſo §. Fuit autem ideò neceſſaria huiuſmodi Prætorum creatio, quòd fideicommiſſa primis illis temporibus infirma eſſent, nec vllo iuris vinculo, ſed tantùm fide ac pudore heredum continerentur, vt ibidem ſcribit Iuſtin. & *titul. De codicil.* Lex enim 12. tabul. teſtatori quidem ius dederat legis pro arbitrio faciendæ, verbis illis *vti legaſſit l.* 120. *de verb. ſignif.* Sed non facit legem is qui rogat non imperat. Siquidem legis eſt imperare non rogare *l.* 6. ff. *tit.* 1. Vide *l.* 3. *infr. ſi vſusfr. pet.*

l *Ius dicerent* cognoſcendo ipſi per ſe, non vt alij Prætores facere ſolebant per iudices datos. Erat enim tantus fauor fideicommiſſorum, vt de iis cognoſcere fideicommiſſarius per ſe deberet, non per alium: Ideóque perſecutio fideicommiſſi non actio ſpecialiter ac propriè dicebatur, vt & cæteræ quæ non habebant iuris ordinarij executionem *l.* 178. *§. actionis. De verb. ſignif.*

m *Detraxit*, quia ſcilicet vnus Prætor fideicommiſſarius ſufficere in eam rem poſſet.

n *Nerua*, qui poſt Domitianum Titi ſucceſſorem imperauit.

o *Priuatos*, quæ iuriſdictio poſteà tranſlata fuit ad procuratorem Cæſaris, cuius fuit inter fiſcum & priuatos cognoſcere, vnà tamen cum Præſide *l.* 2. *C. ſi aduerſ. fiſc. l.* 1. *C. vbi & apud quem. l.* 5. *C. de ſent. & interloc. omn. iudic.* Sed hoc in prouinciis, non in vrbe.

p *Ius dicunt*, Sed alij tamen aliter, Quidam cognoſcendo per ſe, vt diximus de prætore fideicommiſſario, Cui coniungendi ſunt qui cognoſcebant de cauſa ſtatus, & de in integrum reſtitutione minorum *l.* 32. *§. de liberali de recept. Qui arbitr. recept. l. vltim. Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. reſt.* Alij verò per iudices pedaneos qui iuriſdictionem nullam habebant, ſed tantum iudicandi facultatem *dict. l. vltim. vſque ad leg.* 2. *Cod. de pedan. iudic.* Nam & ius dicere dicitur magiſtratus cùm dat iudicem, quia iudicis dandi licentia eſt iuriſdictionis *l.* 1. *&* 3. *infr. de iuriſd.*

33 ¶ Et hæc omnia, quotiens in republica [a] ſunt magiſtratus, obſeruantur: quotiens autem proficiſcuntur [b]: vnus relinquitur, qui ius dicat, is vocatur *Præfectus vrbi* [c] qui præfectus olim conſtituebatur [d], poſteà ferè Latinarum feriarum cauſa introductus eſt [e], & quotannis obſeruatur: nam *præfectus annonæ*, & *vigilum* non ſunt magiſtratus [f], ſed extra ordinem [g] vtilitatis cauſa, conſtituti ſunt: & tamen hi, quos Caſtiberes dicimus [h], poſtea ædiles [i] ſenatuſconſulto creabantur.

Ad §.33. & hac omnia.

a *In republica*, id eſt in ciuitate ac intra muros ciuitatis, Etſi dicebat Pompeius Rempublicam non eſſe in parietibus. Idque ſignificat quod ſequitur *quoties autem proficiſcuntur*, quorum vtique non alius ſenſus eſt quàm hic *quoties diſcedunt è ciuitate.*

b *Proficiſcuntur.* Hoc verbo videtur ſignificari profectio & diſceſſio non quorundam ſed omnium magiſtratuum. Nec enim præfectum vrbi ab initio conſtitui neceſſe fuit niſi magiſtratibus omnibus ab vrbe proficiſcentibus. Alioqui ſi vnum aut alterum Prætorem abeſſe oporteret, nihil aliud faciendum erat niſi vt is iuriſdictionem ſuam aut alij prætori aut cuicunque mallet ſiue priuato ſiue magiſtratui iuriſdictionem ſuam mandaret. *l.3. ff. de offic. eius cui mand. l.16. & ſeq. ff. de iuriſd.*

c *Præfectus vrbi*; cuius proinde magnam ab ipſo quoque initio poteſtatem fuiſſe neceſſe eſt cùm omnium vrbis magiſtratuum vice ſolus fungeretur. Quod ius poſtea in prouinciis datum fuit Præſidibus prouinciarum *l.7. §.ult. cum leg. ſeqq. ff. de offic. proconſ. l.10. & ſeqq. de offic. præſid.*

d *Conſtituebatur*, mancus eſt ſenſus & imperfectus, niſi detracta dictione *poſtea* quæ ſequitur iungas immediatè verba illa *ferè latinarum feriarum cauſa.* Voluit enim Pomponius docere quando & quo tempore conſtitueretur, Id verò credibile eſt Latinarum feriarum cauſa potiſſimùm factum fuiſſe, cùm eo tempore magiſtratus omnes neceſſe eſſet ab vrbe exire in Latinum agrum, vt ibi Latinis ius redderent. Sic enim locum hunc intelligo, Et poſt ſupradicta verba repono dictionem *poſtea* quam è prioribus quaſi tranſpoſitam ſuſtulimus, vt ita legamus, *qui præfectus olim conſtituebatur ferè Latinarum feriarum cauſa, Poſtea introductus eſt*, Vide Halicarn. *l.4.* Varr. Liu. 32. Seruium *1. Æneid.*

e *Introductus eſt*, id eſt in numerum & ordinem magiſtratuum allectus, factus ſcilicet ordinarius, cùm cœperit creari quotannis qui anteà extra ordinem, nec niſi quoties Latinarum feriarum neceſſitas vrgeret, creabatur. Id enim eſt quod ſequitur *& quotannis obſeruatur*, vt ſcilicet præfectus vrbi conſtituatur. Cuius deinde poteſtas mirum in modum creuit ex epiſtola Diui Seueri ad Fabium Chilonem quæ magnam ei iuriſdictionem dedit, aliis quoque magiſtratibus in vrbe manentibus *l.1. ff. de offic. præf. vrb.* Magiſtratu hoc functus eſt Imp. Antoninus teſte Capitolino.

f *Non ſunt magiſtratus*, propriè ſcilicet & ſumpto magiſtratuum nomine pro iis qui ordinariam habent & continuam in ciuitate iuriſdictionem. Cæterum negari non poteſt quin fuerint hi magiſtratus ſaltem extraordinarij cùm habuerint iuriſdictionem *l. penult. ff. de condict. cauſ. dat. l. vltim. infr.* quod cum eo.

g *Sed extra ordinem.* Ergo neque Dictatores, neque magiſtri Equitum fuerunt proprie magiſtratus. Creabantur enim extra ordinem nec tantùm vtilitatis, ſed etiam neceſſitatis cauſa §. *populo* 18. *& ſeq. ſupr.* Et tamen non ita eſt. Erant enim Dictatores magiſtratus, Magiſtri verò Equitum pro magiſtratibus habebantur. Sed rationem ibidem attulimus.

h *Quos Ciſtiberes diximus.* Intelligit quinqueuiros illos quos in §. *& quia* 31. ſ. dixit fuiſſe conſtitutos cis Tiberim, & vltis Tiberim qui pro magiſtratibus fungi poſſent, quòd inconueniens eſſet magiſtratibus in publico eſſe veſpertinis temporibus. Erant igitur iſti fauorabiliores quàm qui vltis Tiberim conſtituti erant.

i *Ædiles*, ſcilicet Curules quos ſ. diximus §. *deinde* 26. eligi ſolitos fuiſſe ex Senatoribus. Id enim oſtendit quod ſequitur *Senatuſconſulto* quia in aliis Ædilibus cùm non eſſent Senatorij magiſtratus, non ſolebat Senatus ſe interponere.

34 ¶ Ergo [a] ex his omnibus, decem tribuni plebis [b], conſules duo, decem & octo prætores, ſex ædiles, in ciuitate iura reddebant.

Ad §.34. Ergo ex his omnibus.

a *Ergo.* Epilogus eſt omnium quæ hucuſque dicta ſunt de magiſtratibus conſtitutis Romæ, & ad Pomponij vſque tempora retentis. Vnde eſt quod neque de Decemuiris, neque de Dictatore, neque de Magiſtro Equitum quicquam repetit, quia nullus eorum amplius in republ. vſus erat.

b *Tribuni plebis.* In quo numero non computantur Tribuni militum qui partim ex Patribus, partim ex plebe eligebantur Conſulari poteſtate, vt diximus in §. *deinde cùm poſt* 25. Nec enim iſti erant ex magiſtratibus qui iura redderent in ciuitate.

35 ¶ Iuris ciuilis [a] ſcientiam [b] plurimi & maximi viri profeſſi ſunt: ſed qui eorum maximæ dignationis apud populum Romanum fuerunt, (eorum) in præſentia mentio habenda eſt, vt appareat, à quibus, & qualibus hæc iura orta, & tradita ſunt. ¶ Et quidem ex omnibus, qui ſcientiam nacti ſunt ante *Tiberium Coruncanium* [c] publicè profeſſum neminem traditur. Cæteri autem ad hunc, vel in latenti [d] ius ciuile retinere cogitabant, ſolúmque conſultatoribus vacare [e], potiùs quàm diſcere volentibus ſe præſtabant [f].

Ad §.35. Iuris Ciuilis.

a *Iuris ciuilis.* Hic incipit Pomponius tractare de ſucceſſione prudentum, quod poſtrema pars tituli pollicebatur.

b *Scientiam.* Verè igitur aliquam iuris ſcientiam eſſe plurimi & maximi illi viri crediderunt, qui eam profeſſi ſunt.

c *Tiberium Coruncanium.* Orator etiam hic fuit inſignis & Pontifex, De quo vide Ciceronem in Bruto, & 3. *De oratore.* Iunge §. *poſt hos* 38. *infr.* Fuit ergo Coruncanius primus iuris profeſſor.

d *Vel in latenti*, lego *velut in latenti.* Nulla enim alia ſequitur pars diſiunctæ orationis. Hinc tam gratum munus illud Cnei Flauij qui ſubreptum Appij Claudij de quo legitimas actiones in ordinem redegerat, ſubripuit authori & in vulgum edidit, §. *poſtea* 7. *ſupr.*

e *Solúmque conſultatoribus vacare*, quod & hodie faciunt plerique auidiores lucri, quàm gloriæ ex hac ſcientia comparandæ.

f *Se præſtabant*, in quo tamen præcipuam huius ſcientiæ laudem & dignitatem elucere arbitramur: Nec ita nos ſemper ſenſiſſe vnquam pœnitebit, qui operam noſtram omnem, & induſtriam, ſi qua eſt in diſcendo docendóque inceſſanter ac libentiſſime conſumimus ne qualemqualem illam iuris ſcientiam nobis à Deo Opt. Max. datam in latenti retinere, bonóque publico inuidere voluiſſe videamur.

36 ¶ Fuit autem in primis peritus *Publius Papirius* [a], qui leges regias in vnum contulit. ¶ Ab hoc *Appius Claudius*, vnus ex decemuiris [b], cuius maximum conſilium in duodecim tabulis ſcribendis fuit. ¶ Poſt hunc *Appius Claudius* eiuſdem generis [c] maximam ſcientiam [d] habuit. hic *Centimanus* [e] appellatus eſt, Appiam viam ſtrauit, & aquam Claudiam induxit [f], & de Pyrrho in vrbe

non

non recipiendo ſententiam tulit [g]. hunc etiam actiones ſcripſiſſe [h] traditum eſt, primùm de vſurpationibus [i], qui liber non extat [k]. Idem Appius [l] Claudius, qui videtur ab hoc proceſſiſſe R, literam inuenit: vt pro Valeſij, Valerij eſſent, & pro Fuſiis Furiis [m].

Ad §. 36. Fuit autem.

a *Papirius*, à quo ius Papirianum, quia leges à regibus latas ſine ordine primus ille in ordinem, & in vnum compoſuit §. 2. ff. Fuit itaque Papirius primus qui de iure ciuili ſcripſit, ſed qui tamen nihil de ſuo: vt plerique Scriptorum noſtri temporis quorum hoc vnum ſtudium, vt ex aliorum ſcriptis ſua farciant. Quibus tamen non minùs quàm Papirio feliciter cedit vt nullius penè laboris, Nullius certè ingenij precio laudem ſibi quærant: Hoc ipſo Papirio feliciores ſi eſſent illi iuris æquè periti ac Papirius fuiſſet: Pomponius teſtatur.

b *Ex decemuiris*, de quo in §. *& cùm placuiſſet* 24. *ſupr.*

c *Eiuſdem generis*, id eſt ex eodem genere, eadémque gente ac familia.

d *Maximam ſcientiam.* Hinc fit credibile fuiſſe hunc Appium Claudium illum qui de formulis & actionibus legitimis ſcripſerat librum quem Cn. Flauius ſcriba ſubripuit, & populo dedit, factus ex ea cauſa Tribunus plebis, Senator & Ædilis Senatorius. Nec enim primi Appij Claudij temporibus hi magiſtrus erant adhuc conſtituti in republica §. 20. *& 26. ſuprà.* Et huc eſt quod videtur ſentire Pompon. cùm ait traditum eſſe ſcripſiſſe hunc actiones.

e *Centimanus.* Ideò vt puto quòd plura feciſſet in republica ornanda quàm ab vno homine fieri potuiſſe crederetur.

f *Induxit*, vt bino hoc opere vtriuſque nominis ſui memoriam perpetuaret.

g *Sententiam tulit.* Non ergo alius quàm qui Cæcus cognominatus eſt, Ei námque hoc ipſum tribuitur in *l. 1. §. caſum ff. de poſtul.*

h *Actiones ſcripſiſſe*, id eſt librum illum compoſuiſſe de actionibus legitimis quem Cn. Flauius ſubripuit a quo dictum eſt ius Flauianum quod multò iuſtius Appianum vel Claudianum dici debuiſſet.

i *Primum de vſurpationibus.* Supple librum cùm plures hac de re libros ſcribere propoſuiſſet.

k *Non extat*, vt ſolent minùs curari, & hoc ipſo faciliùs perire opera imperfecta, quantumuis alioquin egregia, & ab egregiis ingeniis profecta.

l *Idem Appius.* Legendum eſt, *Item.* Aliis enim non idem Appius Claudius fuit qui R literam inuenit, vt oſtendit quod ſequitur *qui videtur ab hoc proceſſiſſe.*

m *Furius.* Hinc elegantis alluſionis occaſio Martiali in Epigrammate ad Cinnamum

Cinnam Cinname te iubes vocari,
Tu ſi Furius ante dictus eſſes
Fur iſta ratione diceceris.

37 ¶ Fuit poſt eos maximæ ſcientiæ *Sempronius* [a], quem populus Roma: *σοφὸν* [b], id eſt, *ſapientem* appellauit: nec quiſquam [c] ante hunc, aut poſt hunc hoc nomine cognominatus eſt. *Gaius Scipio Naſica*, qui optimus [d] à ſenatu appellatus eſt, cui etiam publicè domus [e] in ſacra via data eſt [f], quò faciliùs conſuli poſſet. Deinde *Quintus Mucius* [g]: qui ad Carthaginienſes miſſus legatus, cùm eſſent duæ teſſeræ poſitæ, vna pacis, altera belli: arbitrio ſibi dato, vtram veller referret Romam: vtramque ſuſtulit [h], & ait Carthaginienſes petere debere, vtram mallent accipere.

Ad §. 37. Fuit poſt eos.

a *Sempronius.* Ad hũc fortaſſe Semproniũ reſpexit Tacitus cùm Sempronij Gracchi cædem memorans à Tiberio imperatam, ait fuiſſe illum conſtantia mortis haud indignum Sempronio nomine, quamuis vita degeneraſſet.

b *Σοφὸν*, cùm cæteri Prudentes tantùm non etiam Sapientes appellarentur. Eſt enim modeſtius nomen prudentis quàm Sapientis, Præcipuúmque ſummæ prudentiæ argumentum ſi quis ſapiens eſſe quàm haberi & cognominari malit. Vnde eſt quod Philoſophi licèt ſapientiam præcipuè profiterentur, non tamen Σοφοὶ ſed φιλοσόφοι dici voluerunt. Iuris tamen prudentia nihil niſi ciuilis ſapientia eſt, *leg. 1. §. proinde infr. De variis & extr. cognit.*

c *Nec quiſquam.* Adeò verum eſt quod de ſapiente Maro cecinit his verſibus.

Vir bonus & ſapiens qualem vix repperit vnum
Millibus è multis quondam conſultus Apollo.

Non tamen ait Pompon. Alium neminem ſapientem appellatum eſſe. Nam & Publius Atilius ſapiens à populo appellatus fuit, & quidem primus, vt ſcriptum eſt in §. *ſequ.* Sed neminem ante hunc aut poſt hunc cognominatum fuiſſe Σοφὸν, Quo græco nomine licèt non alius quàm ſapiens ſignificetur, maior tamen dignitas quàm latina ſapientis appellatione contineri videtur, Ex memoria & comparatione philoſophorum qui licèt ſapientiſſimi, Philoſophorum tamen nomine & honore contenti fuerunt, Σοφοὶ autem, quòd eo nomine indignos ſe putarent, dici recuſarunt. Hoc verò non obſeruarunt qui Sempronium noſtrum & Atilium, de quo in §. *ſeq.* eodem ſapientis nomine appellatos & cognominatos fuiſſe volunt.

d *Optimus*, qualis tamen eſſe diciſque iure non potuit, niſi qui fuerit idem & ſapientiſſimus. Nam bonitatem & ſapientiam coniungit etiam Virgilius, Sed ſapientis cognomen nedum Sapientiſſimi ambitioſius eſt quam boni & optimi viri. Bonum enim eſſe datum eſt cuilibet nec difficile ſi modò virtutem colat, vitiáque auerſetur. Sed ſapientem eſſe maius quiddam eſt quod & ſcientiam cum prudentia includit, Scientiam inquam, non quamlibet, ſed diuinarum rerum omnium & humanarum. Ex quo apparet non alij magis quàm Iureconſulto potuiſſe conuenire vt ſine græco nomine Σοφὸς ſiue latino ſapiens diceretur, cùm Iuriſprudentia diffiniatur non minùs diuinarum atque humanarum rerum notitia, quam iuſti ac iniuſti ſcientia *l. 1. ff. tit. 1.*

e *Etiam publicè domus.* Hinc collige, quanto in precio habiti olim fuerint prudentes noſtri apud Romanos, haberíque debeant in qualibet Republica benè conſtituta: Quámque publicè interſit eſſe in ciuitate Iuriſperitum qui de iure conſuli & reſpondere poſſit.

f *Data eſt* honoris ſcilicet, ſimúlque publicæ vtilitatis gratia.

g *Quintus Mucius*, de quo vide Gellium *lib. 10. cap. 27.* Polyb. 3 Liuium 21. Appian. *de bello Hiſpanico.*

h *Vtramque ſuſtulit.* Digna tanto Iureconſulto prudentia ne quid de ſuæ reipublicæ dignitate per arrogantem Carthaginienſium reſponſionem decedere pateretur.

38 ¶ Poſt hos fuit *Tiberius Coruncanius* [a], vt dixi, qui primus profiteri cœpit: cuius tamen ſcriptum nullum [b] exſtat, ſed reſponſa complura [c] & memorabilia [d] eius fuerunt. Deinde *Sextus Ælius*, & frater eius *Publius Ælius*, & *Publius Attilius*, maximam ſcientiam in profitendo habuerunt: vt duo Ælij etiam conſules [f] fuerint. Attilius autem primus à populo ſapiens [g] appellatus eſt. Sextum Ælium

etiam

etiam Ennius laudauit [h], & exſtat illius liber, qui inſcribitur Tripertita. qui liber veluti cunabula iuris [i] continet. Tripertita autem dicitur: quoniam lege duodecim tabularum præpoſita iungitur interpretatio: dein ſubtexitur legis actio Eiuſdem eſſe [k] tres alij libri referuntur: quos tamen quidam negant eiuſdem eſſe. Hos ſectatus ad aliquid eſt *Cato*. Deinde *Marcus Cato* [l] princeps Porciæ familiæ: cuius & libri exſtant: ſed plurimi filij eius, ex quibus cæteri oriuntur.

Ad §.38. Poſt hos fuit.

a *Coruncanius*, de quo dictum eſt in §. *iuris ciuilis* 35. *ſupra*.

b *Scriptum nullum*. Hoc verò eſt quod miror, tanti profeſſoris ſcripta nulla extare cui ſatis erat lectiones ſuas ab aliquo ex auditoribus exceptas relegere vt totidem penè libros conſcripſiſſe diceretur: Sic enim Bartolus, Baldus, Alex. Caſtr. aliique huiuſcemodi melioris notæ interpretes legendo aſſecuti ſunt, vt tot nobis ſcripta & Commentarios reliquerint, pluráque legendo ſcripſerint, quàm alius ferè quiſquam ſcribendo legere, aut cæteris, legendum dare.

c *Sed reſponſa complura*. Hinc ſuprà probauimus Ius quod ex prudentum authoritate ac interpretatione deſcendit, non ex ſcripto æſtimatum fuiſſe, ſed ſine ſcripto veniſſe.

d *Memorabilia*. id eſt digna quæ mandarentur memoriæ. Quidni ergo etiam ſcripto?

e *In profitendo*. Fuerunt ergo primi poſt Coruncanium iuris profeſſores publici, quique iura diſcere volentibus ſe vltrò ac publicè præſtabant.

f *Etiam Conſules*, qua dignitate maiorem aliam in republica neque ſperare poterant, neque optare. Felix itaque tùm reſpubl. in qua fiebant ex prudentibus Conſules, non vt hodie pleriſque in locis Conſules antè quàm prudentes.

g *Sapiens*, latino ſcilicet hoc nomine. Nam græco Σοφὸς non alius quàm Sempronius cognominatus vnquam fuit, neque, ante neque poſt ipſum, vt diximus §. *præced.* Vide Cicer. in Lælio & Caton. & 2. *offic.*

h *Laudauit*. Egregia verò laus illa quæ à tanto támque laudato viro.

i *Cunabula iuris*, id eſt prima initia & rudimenta quæ in his tribus conſiſtebant, de quibus diximus in §. *deinde ex his legibus* 6. *verſ.* & *ita ſupr.*

k *Eiuſdem eſſe*, at potiùs fortaſſe Sexti Lælij, de quo vide Cicer. 1. *de Orat.* & *Tuſc.* 1. Varron. 6. *de ling. latin.* Plin. *lib.* 22. *cap.* 2.

l *Marcus Cato*, de quo idem Cicero 1. *de orat.* Liuius *lib* 33. 34. & 39. Plut. *in Catone*.

39 ¶ Poſt hos fuerunt *Publius Mucius*, & *Brutus*, & *Manilius*: qui fundauerunt [a] ius ciuile, ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit: Brutus ſeptem: Manilius tres. & exſtant volumina ſcripta [b], Manilij monumenta. illi duo [c] conſulares fuerunt: Brutus prætorius [d]: Publius autem Mucius [e] etiam pontifex maximus [f].

Ad §.39. Poſt hos fuerunt.

a *Qui fundauerunt*, ſua nimirum authoritate cùm tres iſti, vt credibile eſt in vnam illam curam conſpirarent, vt fundarent ius ciuile, facerentque certum quod in id vſque tempus opinione paucorum hominum magis quàm certa ratione conſtare videbatur.

b *Scripta*, id eſt, *inſcripta*.

c *Illi duo* Publius Mucius, & Manilius.

d *Prætorius*, in eóque minor cæteris, Etſi Conſules ſolebant Prætores dicere Collegas ſuos, vt dixi ad §. *cúmque Conſules* 27. *ſupr.*

e *Publius autem Mucius*, cuius idem Pomponius noſter meminit in *l. vlt. ad ſi.* ǰ. *de legation.*

f *Etiam Pontifex maximus*, quæ fuit præcipua dignitas in vrbe quod vel vnus hic locus demonſtrat. Vult enim Pomponius monere Publium hunc Mucium non modò conſularem fuiſſe qualis fuit Manilius, ſed etiam pontificem maximum: quod non erat monendum ſi non fuiſſet illa acceſſio ad priorem dignitatem.

40 ¶ Ab his profecti ſunt *Publius Rutilius Rufus* [a], qui Romæ conſul, & Aſiæ proconſul fuit: *Paulus Verginius*: & *Quintus Tubero* [b] ille Stoicus, Panſæ auditor [c], qui & ipſe conſul. Etiam *Sextus Pompeius* Gnæi Pompeij patruus fuit eodem tempore & *Cælius Antipater*, qui hiſtorias conſcripſit: ſed plus eloquentiæ [d], quàm ſcientiæ iuris operam dedit etiam *Lucius Craſſus*, fratter Publij Mucij, qui *Mucianus* [e] dictus eſt. hunc Cicero ait iuriſconſultorum diſertiſſimum [f].

Ad §.40. Ab his.

a *Rutilius Rufus*, qui ambitus accuſatus noluit cauſam ſuam ornatiùs dici, vt refert Cicer. 1. ad Brut. 3. *de Natur.* & 2. *De finib.* 4. *Tuſcul.* & 2. *Offic. Valer. Max. lib.* 2.

b *Quintus Tubero*, cuius pleræque opiniones & ſententiæ ab aliis prudentibus in iure noſtro referuntur.

c *Panſæ auditor*. Fuit ergo etiam hic Panſa iuris Doctor & profeſſor, idémque Conſul.

d *Plus eloquentiæ*. Hinc fortaſſe multorum noſtri ſeculi Doctorum error qui vt iuris ciuilis ſcientiſſimi videantur, nihil niſi barbariem profitentur. Tam ſtrenuè vt credas eos ambire ne poſſit eis obiici quod plus eloquentiæ quàm ſcientiæ iuris operam dederint. Quaſi verò tot alij, quinimò illi omnes quorum Pomponius in hac lege meminit non fuerint & iuris ſcientiſſimi & eloquentiſſimi, Sed in hoc tamen diſſimiles Antipatro, quod cùm hic plus eloquentiæ quàm iuris ſcientiæ operam daret, Illi contrà plus iuris ſcientiæ quàm eloquentiæ. Nec aliter ſanè facere debeat quiſquis iuris ciuilis ſcientiam perfectam aſſequi velit, quàm vel mediocrem tam pauci ex tot iuris noſtri ſtudioſis, nihil aliud tamen agentibus aſſequuntur.

e *Mucianus*, quaſi ſectator Publij Mucij fratris ſui.

f *Diſertiſſimum*, vt intelligas verum eſſe quod proximè diximus, nihil eſſe quod magis conueniat quàm vt idem quis & diſertiſſimus ſit, & iuris conſultiſſimus.

41 ¶ Poſt hos *Quintus Mucius* [a] Publij filius, pontifex maximus [b] ius ciuile primus conſtituit [c], generatim in libros decem & octo redigendo.

Ad §.41. Poſt hos Quintus.

a *Mucius*, de quo Cicero *lib.* 1. *de legib.* Hunc & Augurem, & Ædilem fuiſſe idem Cicero teſtatur in Lælio, Tandem iuſſu Marij proiectum in Tyberim Appian. *lib.* 1. *de bell. ciuil. Lucan. l.* 2. Ob Syllanam ſcilicet factionem. Nam vt de Barnaba Briſſonio magno ſeculi noſtri ornamento æquè popularibus Galliarum furoribus abſumpto, quidam appoſitè ſcripſit, Non poterat iuris gloria iure mori.

b *Pontifex maximus*, & ob hanc ipſam dignitatem fortaſſis in iuriſprudentiæ ſtudia procliuior, cùm meminiſſet ab initio naſcentis iuris legum duodecim tabularum

earúmque interpretandarum ſcientiam apud Collegium Pontificum fuiſſe *§. deinde ex his* 6. *ſupr.*

e *Primus conſtituit.* Non induxit, non fundauit, ſed in corpus certum certo ordine, certáque methodo compoſuit, redacto vniuerſo iure ciuili in libros decem, & octo quibus vt credibile eſt tota quæ in illum vſque diem recepta fuerat, prudentum interpretatio continebatur. Quod ante illum nemo perfecerat ac ne quidem tentauerat, Vt proinde mirum non ſit tantam huius Quinti Mucij authoritatem fuiſſe non ſolùm apud Auditores quos habuit præſtantiſſimos & nobiliſſimos, ſed etiam apud ſequentium temporum Iureconſultos, Inter quos quanti Pompon. noſter eum fecerit vel ex hoc vno conſtat quod libros quàm plures & Commentarios, vt apparet ex *l. inter veſtem* 33. *& ſeq. ℨ. de aur. & argent. mund. leg. l. vlt. De legation.* & aliis quam multis.

42 ¶ Mucij auditores [a] fuerunt complures: ſed præcipuæ autoritatis *Aquilius Gallus* [b], *Balbus Lucilius* [c], *Sextus Papirius*, *Gaius Iuuentius*. ex quibus Gallum maximæ auctoritatis apud populum fuiſſe Seruius dicit: omnes tamen hi à Seruio Sulpicio nominantur. alioquin per ſe eorum ſcripta non talia exiſtant, vt ea omnes adpetant [d]: denique nec verſantur omnino ſcripta eorum inter manus hominum. ſed Seruius libros ſuos compleuit: pro cuius ſcriptura [e] ipſorum quoque memoria habetur [f].

Ad §. 42. Mucij auditores.

a *Auditores.* Sic ab auditoribus præceptores interdum gloriam ſibi quærunt, Interdum ac ſæpius auditores à præceptoribus.

b *Aquilius Gallus*, qui formulas complures adinuenit, Inter quas formulam doli Cic. 3. *De nat. Deor.* 3. *offic. & pro Cecinna, acceptilationis §. quidquid Inſtu. quib. mod. tollit. oblig. l.* 4. *&* 5. *De tranſact.* & de inſtituendo nepote illam, cuius fit interpretatio per Scæuolam in *l.* 29. *infr. de liber. & poſt.* Facit *l. penultim. de legat.* 1.

c *Balbus Lucilius.* Frater fuit Balbi illius quem Cicero inducit diſputantem in libris De natura Deorum.

d *Vt ea omnes adpetant.* Fuerunt enim vt alij plerique feliciores fortaſſe in docendo, quam in ſcribendo, iiſque accidit quod multis etiamnum accidere videmus, vt quem audientes mirabimur, legentes rideamus.

e *Pro cuius ſcriptura.* Mallem legere *per cuius ſcripta.*

f *Habetur.* Tanti momenti eſt nominari, laudaríque in ſcriptis egregij ſcriptoris, quod nec Cicero diffitetur in ſua illa bella epiſtola ad Lucilium quæ incipit, *Coram me tecum.*

43 ¶ *Seruius* [a] cùm in cauſis orandis primum locum, aut pro certo poſt Marcum Tullium obtineret traditur ad conſulendum Quintum Mucium de re amici ſui perueniſſe: cúmque eum ſibi reſpondiſſe de iure Seruius parum intellexiſſet, iterum Quintum interrogaſſe, & à Quinto Mucio reſponſum eſſe, nec tamen percepiſſe: & ita obiurgatum eſſe à Quinto Mucio: namque eum dixiſſe, turpe eſſe patricio, & nobili, & cauſas oranti, ius, in quo verſaretur, ignorare, ea velut contumelia [b] Seruius tractatus, operam dedit iuri ciuili: & plurimum eos, de quibus locuti ſumus, audiit: inſtitutus [c] à Balbo Lucilio: inſtructus [d] autem maximè à Gallo Aquilio, qui fuit Cercinæ. Itaque libri complures eius exſtant Cercinæ confecti. Hic cùm in legatione periiſſet [e], ſtatuam ei populus Romanus pro Roſtris poſuit [f]: & hodiéque exſtat pro Roſtris Auguſti. huius volumina complura exſtant: reliquit autem propè centum & octoginta libros [g].

Ad §. 43. Seruius.

a *Seruius*, hic Seruius Sulpitius eſt, cuius tam frequens apud Ciceronem mentio. Fuit enim Orator Cic. in Bruto Quæſtor & Prætor, Idem pro Muræna, Adcóque Interrex ſi credimus Aſconio Pediano, Conſul Atheuis reuerſus in legatione apud Antonium periit. Idem Cicer. Philipp. 2. Gell. *libr.* 2. *cap.* 10. *& libr.* 6. *cap.* 8. Hic etiam eſt qui epiſtolam conſolatoriam in morte Tulliolæ ad Ciceronem ſcripſit, & ad quem Cicero perſæpe. Cercina porrò de qua in hoc §. inſula eſt Siciliæ vicina.

b *Contumelia.* Felix verò contumelia quæ Seruio tanti honoris ſi non cauſa, certè occaſio fuit.

c *Inſtitutus*, id eſt initiatus.

d *Inſtructus*, id eſt fundatus, firmatus, & ad perfectam iuris ſcientiam eruditus.

e *Periiſſet*, apud Antonium, vt dixi ex Cicer. Philipp. 2.

f *Poſuit*, tanquam de republ. optimè merito, Non tam quod præcipuis tot honoribus honorificentiſſimè in republ. & pro republ. functus eſſet quod ei cum aliis pleriſque magnis viris commune fuit, qui tamen ſtatuas pro Roſtris non habuerunt, quam quod tot interim libris compoſitis, tótque diſcipulis & auditoribus relictis Iuriſprudentiam ſupra cæteros omnes qui eum præceſſerant, illuſtraſſet. Dignus planè de quo dicamus non magis honorificum ei fuiſſe ſtatuam pro roſtris habere, quam populo fuerit ipſi ponere.

g *Centum & octoginta libros.* Vt non immeritò potuerit dici πολλύγραφος quod nomen poſtea Paulo noſtro datum fuit. Sed in Seruio Sulpitio magis mirum fuit tot honoribus publicè perfunctum virum, támque aſſiduis occupationibus & negotiis à ſcribendi ocio reuocatum, ſcribendi tamen ſtudium adeò conſtanter retinuiſſe, támque multos libros ſcribere potuiſſe. In eóque videtur mihi laudabilior & mirabilior Labeone qui quadraginta volumina reliquit *§. poſt hunc* 47. *infr.*

44 ¶ Ab hoc plurimi profecerunt: ferè tamen hi libros conſcripſerunt: *Alfenus Varus* [a] *Gaius*, *Aulus Ofilius*, *Titus Caſius*, *Aufidius Tucca*, *Aufidius Namuſa*, *Flauius Priſcus*, *Gaius Ateius Pacuuius*, *Labeo Antiſtius* [b] *Labeonis Antiſtij pater*, *Cinna*, *Publicius Gellius*. Ex his decem, libros octo conſcripſerunt quorum omnes qui fuerunt, libri digeſti ſunt ab Aufidio Namuſa in centum quadraginta libros. ¶ Ex his auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenus Varus, & Aulus Ofilius, ex quibus Varus & conſul fuit: Ofilius in equeſtri ordine perſeuerauit. is fuit Cæſari familiariſſimus: & libros de iure ciuili plurimos, & qui omnem partem [c] operis fundarent, reliquit: nam de legibus Vicenſimæ [d] primus conſcripſit, de iuriſdictione: idem edictum prætoris primus diligenter compoſuit. nam ante eum Seruius duos libros ad Brutum perquàm breuiſſimos ad edictum ſubſcriptos [e] reliquit.

Ad §.44. Ab hoc plurimi.

a *Alfenus Varus*, hic eſt cuius reſponſa pleraque à poſterioribus Iureconſultis referuntur in libris noſtris, ſicut & Auli Ofilij, cuius etiam meminit Pomponius in hoc §. Cæterorum verò qui hîc memorantur, ne quidem ferè nomina ſuperſunt alibi. Multò minus libri, quippe quos non tantùm antiquitas, ſed etiam Tribonianus nobis inuiderit.

b *Labeo Antiſtius*. Sunt qui hunc quoque putent ob Syllanam factionem à Marianis interfectum. Ex Appian. lib. 4. ſed parum probabiliter, cùm multò antè Seruium Sulpitium tempore, & Sylla & factionis Syllanæ memoria periiſſet. Qui verò hic Publicius Gellius dicitur, ab aliis Publicola Gellius appellatur, qui & Cenſor fuit. Cicer. in Brut. Valer. *lib. 5. cap. 9.* Probo autem quod Cuiac. hic notat Caij nomen delendum eſſe. Alioqui vndecim erunt non decem. Niſi malis tribus his nominibus Caius Ateius Pacuuius vnum hominem ſignificari quod expeditius eſt dicere. Fuit enim hoc Romanis familiare.

c *Et qui omnem partem*, id eſt de qualibet parte iuris, Id eſt de legibus 12. tab. De prudentum ad eas interpretatione, De legitimis actionibus, De legibus nouis, qualis illa fuit quæ ſub Auguſto lata eſt, De viceſima hereditatum, Et de edicto prætoris, vt ſequentia oſtendunt.

d *Viceſima*. Malo intelligere de viceſima hereditatis extraneo delatæ fiſco inferenda ex Dione lib. 55. quæ lex à Traiano tandem ſublata eſt, vt refert Plin. in Panegyrico quàm de viceſima iis qui manumittebantur indicta & à Nerone poſteà remiſſa ex Liuij lib. 7. Tacit. 13. Nam & ad legem viceſimam hereditatum alij ſcripſerunt. Inter quos Æmilius Macer, vt videre eſt ex inſcriptione *l. computationi 68. ff. ad leg. falcid.* Vide Cuiac. *lib. 9. Obſer. cap. 24.*

e *Subſcriptos*. Mallem legere *inſcriptos*. Inſcriptio enim illa eſt non ſubſcriptio *ad edictum*.

45 ¶ Fuit eodem tempore [a] & *Trebatius*, qui idem Cornelij [b] Maximi auditor fuit *Aulus Caſcelius*, *Quintus Mucius* Voluſij [c] auditor: denique in illius honorem [d] teſtamento Publicum Mucium nepotem eius reliquit heredem. fuit autem quæſtorius: nec vltrà proficere [e] voluit, cùm illi etiam Auguſtus conſulatum offerret [f]. ex his Trebatius peritior [g] Caſcelio, Caſcelius Trebatio eloquentior [h] fuiſſe dicitur, Ofilius vtroque doctior [i]. Caſcelij ſcripta non exſtant, niſi vnus liber Benedictorum [k]. Trebatij complures: ſed minus frequentatur [l].

Ad §.45. Fuit eodem tempore.

a *Tempore*, hoc eſt eadem Seruij Sulpitij ætate. Fuit enim hic non auditor ſed coætaneus Sulpitij, vterque familiariſſimus Ciceroni ſed Trebatius familiarior, vt ex Ciceronis Epiſtolis ad familiares videre eſt, & ex eiuſdem Topicis Trebatio inſcriptis.

b *Qui idem Cornelij*. Probo quod Goueanus primus & poſt eum Cuiacius tradidere legendum eſſe Qu. Cornelij ex Cicerone qui & Trebatium eius periculo ſtultum eſſe ait à quo is ſe ſapere didiciſſe profitebatur. Qui locus notandus etiam eſt vt appareat Prudentes omnes veteres non tam ſcientiæ quàm Sapientiæ nomen laudémque adfectaſſe.

c *Quintus Mucius Voluſij*. Legendum eſt ex Antonio Auguſtino & Cuiacio *Quinti Mucij Voluſij auditor.*

d *In illius honorem*, id eſt eius intuitu & contemplatione, vt in *l. 76. §. pater de legat. 2.* ſcriptum eſt *in honorem nominis mei*. Probat autem hæc clauſula, tantò apertiùs veram eſſe proximam emendationem.

e *Proficere*, id eſt progredi, Non in ſcientia quæ modum & finem vix vllum habet, ſed in ambiendis, aut accipiendis honoribus, Etſi Cornelius Tacitus laudi vertit Agricolæ quod in Sapientia quoque modum tenuerit, ſed ita tamen vt hoc ipſum difficillimum eſſe fateatur. Difficilius ſanè viro ſapienti quàm ſibi temperare ab honoribus. Sic enim Sapientes iure exiſtimant, Plenos ſe honoribus eſſe, iis etiam quos recuſarunt, Nec ad alios quàm ad ſe pertinere putant Horatianum illud

Latiùs regnes auidum domando
Spiritum, quàm ſi Lybiam remotis
Gadibus iungas, & vterque Pœnus
Seruiat vni.

f *Offerret*. Duplex in hoc Aulo Caſcellio fuit honoris materia, quod Conſulatum non modò non ambiit, ſed & oblatum recuſauit. Oblatum verò etiam ab Auguſto quem nemo dixerit fuiſſe tantam dignitatem vnquam oblaturum indigno. Proximéque accedit hæc Caſcellij noſtri laus ad laudem Marci Lepidi, qui eiuſdem Auguſti temporibus Romæ floruit, & quem Tacit. refert poſtremis Auguſti ſermonibus dignum ab eo habitum fuiſſe qui ſuccederet in Principatu, ſed nihilominùs aſpernantem: quæ res tantò digniorem illum faciebat. Quàm multi enim digni ſunt qui imperent, ſi imperare nollent!

g *Peritior*, & ob hoc ipſum maioris authoritatis. Cuilibet enim perito in arte ſua magis credendum eſt quàm eloquenti: cùm eloquentia vt plurimum ſit ſuſpecta ipſis etiam eloquentibus, Peritia verò numquam niſi imperitis. Ideóque nec mirum eſt huius Trebatij conſilio & authoritate vſum codicillorum repertum eſſe, qui poſteà tantopere inualuerit, vt Iuſtinianus noſter refert in §. 1. *Inſtit. de codicil.*

h *Eloquenter*. Dignus ſanè qui verè Orator diceretur, cùm eſſet etiam vir bonus, nec, vt alij plerique, eloquentia ſua in cuiuſquam alterius necem aut ad capeſſendos honores abuteretur. Quippe qui contentus fuerit Quæſtura. Quod honorum in Repub. gerendorum primordium cæteris fuit, vt ſcriptum eſt in *l. 1. §. pen. ff. de offic. Quæſt. huic finis.*

i *Doctior*, quo nomine vtraque laus & peritiæ & eloquentiæ coniuncta ſignificatur, vt proinde tam multi alioquin magni viri quos hoc noſtro tempore videas non minùs barbariem quàm iuris peritiam profiteri, Periti fortaſſis dici poſſint, ſed docti non item. Alij contrà nec pauci eloquentes magis quàm periti, quos multò minùs poſſit quis verè doctos dicere, Quamquam vix eſt vt vera eloquentia poſſit eſſe ſine doctrina, non magis quàm vt probitate deſtituta ſit. Qui enim doctus non eſt, diſertus eſſe fortaſſe poteſt, neque hoc tamen facilè, ſed eloquens eſſe nullo modo poteſt. Sunt plerique hominum celebriores quàm eloquentiores, Eloquentiores autem quàm doctiores. Iidem denique doctiores quàm probiores. Quæ peſſima & apud bonos quoſque præpoſtera gradatio eſt.

k *Benedictorum*. Quàm verò feliciter cum Caſcellio iſto noſtro actum fuit, cuius ſcripta omnia nihil niſi liber vnus Benedictorum, Vita tota, nihil niſi alius liber vnus Benefactorum! Quotus enim quiſque eſt qui vel vnum librum ſic poſſit ſcribere vt malè nihil dicat? Sic verò vel vno anno ne dicam menſe aut die viuere vt nihil mali faciat?

l *Minus frequentatur*. An quia poſt Trebatium alij permulti de iure ſcripſerint longè peritiores? An potiùs quòd vt doctior quiſque eſt, ita & pronior ſit ad eos legendos libros, qui maiorem eloquentiæ laudem & commédationem præ ſe ferant? An denique quòd vetere fortaſſis lingua ſcribere adfectaſſet, quomodo de Tuberone ſcriptum eſt in §. *ſeq.* quódque ius illud vetus de quo ſcripſerat poſteriore iure tótque Imperatorum conſtitutionibus valde immutatum eſſet, Nec tam curare ſoleant iuris ſtudioſi, Quænam iuris veteris ratio fuerit, quas plerique poſt Iuſtin. vocant antiquas fabulas, quàm quo iure hodie vtamur.

mur. Quamquam is demum ſe Iuriſperitum poteſt dicere qui neque hoc neque illud ignotat. Alioqui perinde poſſis ei obiicere id ipſum quod Quintus Mucius olim Seruio Sulpitio ignorare illum ius in quo verſatur.

46 ¶ Poſt hoc [a] quoque *Tubero* [b] fuit, qui Ofilio operam [c] dedit: fuit autem Patticius [d], & tranſiit à cauſis agendis ad ius ciuile [e], maximè poſtquam Quinrum Ligarium accuſauit, nec obtinuit apud Caium Cæſarem. Is eſt Quintus Ligarius: qui, cùm Africæ oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permiſit, nec aquam haurire [f], quo nomine eum accuſauit, & Cicero defendit [g]. exſtar eius oratio ſatis pulcherrima, quæ inſcribitur, pro Quinto Ligario. Tubero doctiſſimus quidem habitus eſt iuris publici & priuari [h]: & complures vtriuſque operis [i] libros reliquit. ſermone etiam antiquo vſus affectauit ſeribete [k]: & ideo parum libri eius grati [l] habentur.

Ad §.46. Poſt hoc quoque.

a *Poſt hoc.* Malo legere *poſt hos* vt in pleriſque §§. præcedentibus.
b *Tubero,* de quo Cicero 1. *De orat. Cæſar.* 2. *De bell. ciuil.* Huius ſenrentiæ pleræque memorabiles ab aliis relatæ extant in libris noſtris, vt in *l.6. de pecul. l.7. de ſuppell. legat.* & aliis quàm plurimis locis.
c *Operam dedit,* hoc eſt Ofilij auditor fuit. Adeò præceptori magis quam ſibi ipſi operam dare videtur, qui egregiam ſtudiis operam nauat, vt tam dignus ſit magiſtro diſcipulus, quàm diſcipulo magiſter.
d *Patricius,* id eſt ex Senatoribus ortus qui Patres dicebātur, Quæ præcipua Romæ dignitas & nobilitas fuit. Patriciis enim opponebantur aut plebeij aut ex equeſtri familia nati. Vnde illud apud Tacitum lib. 2. Annal. *Contrà, Druſo proauus Eques Romanus Pompon. Atticus dedecere Claudiorum videbatur.*
e *Ad ius ciuile.* Aliud ergo eſt cauſas agere, aliud verò ius ciuile profiteri. Aliud proinde cauſidicum eſſe, aliud Iuriſconſultum. Nec enim quiſquis Iuriſconſultus eſt eum quoque cauſidicum eſſe neceſſe eſt. Quamuis è contrario vix fieri poſſit vt quiſquam bonus ſit cauſidicus, ad cauſas orandas qui ius ciuile ignoret in quo verſatur: vt Quintus Mucius Seruio Sulpitio exprobrabat cauſas tùm iam oranti, cùm ius ciuile nondum didiciſſet, at nec ferè intelligeret, Quid eſſet Reſpondere de iure, vt vidimus in *§. Seruius* 43. s.
f *Nec aquam haurire,* quaſi tanto viro qui & Roma & ipſo propemodum cœlo dignus erat, interdicendum eſſet igni & aqua & Africa. Hoc verò tantò durius videri debuit Cæſari quantò notior erat tantus vir Romano viro non Africano: Alioqui nouum non fuiſſet quæ magna & illuſtria in Europa, præſertim verò in Italia, obſcura nulliúſque momenti haberi in Africa.
g *Cicero defendit,* Nec tamen Pomponius inter Prudentes illos Ciceronis coætaneos ipſum Ciceronem nominat. Neque enim Iuriſconſultus fuit aut facile eſſe potuit, qui ſe intra triduum fieri Iureconſultum poſſe iactabat. Non tamen deſunt ex noſtris prudentibus qui eius authoritatem adferant, vt in *l.7. §.3. ꝟ. ex quib. cauſ. in poſſ. eat. l.39. ꝟ. de pœn.*
h *Publici & priuati.* Ergo totius iuris cùm Ius omne aut publicum ſit aut priuatum *l.1. §. huius ſtudij ſupr. tit. prox.*
i *Vtriuſque operis,* id eſt tam de publico iure, quàm de priuato: Vtinam verò Tuberonis libri ſaltem ij extarent, quos ille de Iure publico cōſcripſit, Cùm in hanc rem nullos antiquæ Iuriſprudentiæ libros habeamus, Ac ne quidem in toto Pandectarum corpore iuris huius veſtigium penè vllum.
k *Affectauit ſcribere.* Hoc verò pace tanti viri dixerim non ſatis cautè, ne dicam parum prudenter. Nam moribus quidem antiquis viuendum eſt, etiam quos ſecuta corruptio ſeculorum antiquauerit, ſed verbis receptis & cognitis loquendum ſcribendúmque, non antiquis ſi ſic antiqua ſint vt etiam vſu ſint antiquata.
l *Grati.* Quotus enim quiſque eſt, qui adfectatoribus iſtis antiquorum & obſoletorum verborum non illud ipſum obiiciat merito quod olim D. Hieronymus Perſio, *Tu non vis intelligi, Nec ego te volo intelligere.* Et ſanè nihil gratius aut vtilius eſſe poteſt ſtudioſo ad quamlibet præſertim verò iuris noſtri ſcientiam capeſſendam properanti, quàm ſi eos ſibi ad legendum libros proponat, quorum facilem ſenſum experturus ſit nec paſſim hærendum habeat in ipſa verborum ſignificatione vel aſſequenda vel diuinanda.

47 ¶ Poſt hunc maximæ auctoritatis fuerunt *Alteius Capito* qui Ofilium ſecutus eſt: & *Antiſtius Labeo,* qui omnes hos audiuit, inſtitutus eſt autem à Trebatio.

¶ Ex his Ateius conſul [a] fuit: Labeo noluit, cùm offerretur ei ab Auguſto conſulatus, quo ſuffectus fieret, (&) honorem ſuſcipere: ſed plurimum ſtudiis [b] operam daret: & totum annum ita diuiſerat: vt Romæ ſex menſibus cum ſtudioſis eſſet, ſex menſibus ſecederet, & conſcribendis libris operam daret [c]. Itaque reliquit quadraginta volumina [d]: ex quibus plurima inter manus verſantur.

¶ Hi duo primùm veluti diuerſas ſectas [e] fecerunt: nam Ateius Capito in his, quæ ei tradita fuerant, perſeuerabat [f]: Labeo ingenij qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & cæteris operis ſapientiæ operam dederat, plurima innouare [g] inſtituit, & ita Ateio Capitoni *Maſſurius Sabinus* [h] ſucceſſit, Labeoni *Nerua* [i] adhuc eas diſſenſiones auxerunt [k]. Hic etiam Nerua Cæſari [l] familiariſſimus fuit.

Ad §. 47. Poſt hunc.

a *Ateius Conſul.* De quo Tacit. 3. *Annal.* Gell. *l.4. c.14. lib.10. cap.22. lib.13. cap.12.* Macrob. *lib.7. c.13.*
b *Studiis,* quibus ſciebat nihil eſſe incommodius, quàm ſi quis non ſolùm ambiendis, ſed etiam vltrò delatis honoribus gerendis ſe dedat: Nihil contrà opportunius quàm ſi præceptum illud Pytagoricum ſecutus *a fabis abſtineto* fugiat honôres, ab iiſque temperet, etiamſi nec ab indignis nec indignè deferantur. Honor enim gerendorum magiſtratuum ſicut & eruditionis acquiſitæ gloria ſequi, non appeti debet, tantò maior vtique futura ſi etiam fugientem & renitentem ſpreta ſequatur. De hoc Labeone vide Tacit. *lib.3.* Gell. *lib.13. cap.12. & lib.20. c.1.* Sueton. in Auguſto.
c *Operam daret.* Ita totum annum in ducendo ſcribendóque de iure feliciter conſumebat. Nec dubitandum eſt quin huius ſcripta multò politiora & doctiora fuerint in ſeceſſu, quàm ſi in ocio vrbis tumultuario fuiſſent exarata. Indéque videtur mihi petenda ratio eius quod ſequitur in hoc §. inſtituiſſe Labeonem hunc noſtrum plurimâ innouari fretum qualitate ingenij, & fiducia do-

ctrinæ. Potuerat enim Pomponius, nec immeritò addere *& ocy abundantia* ſine qua vix quiſquam ingenio licet fœcundiſſimo magnum aliquid de iure, præſertim noſtro ſcribere ac præſtare poſſit.

d *Quadringenta volumina*, quantum numerum voluminum vix alius aut antè, aut poſt Labeonem vllus reliquit. Quid non enim facere potuit qui tanto ingenio præditus tanto præterea ocio abundauit?

e *Diuerſas ſectas* Magnum hoc fortaſſe in Iuriſprudentia noſtra malum. Solet enim ex diuerſitate ſectarum naſci contentio & æmulatio, Ex æmulatione autem impedimentum. Sed hoc ad ea magis pertinet quæ ſunt ex adminiſtratione reipublicæ, nec niſi mutuis multorum officiis expediri poſſunt. Scientiarum ac noſtræ potiſſimùm Iuriſprudentiæ alia ratio eſt. Nihil enim eſt quod nobiliora, maioráque ingenia tantoperè exerceat, exercendóque acuat, quàm ſi ex æmulatione ad maiora inuicem audenda accendantur. Nec dubito, quin Labeoni, qui tam multa in iure noſtro innouauit, multò plus Iuriſprudentia noſtra debeat, quàm Ateio Capitoni qui in his quæ tradita ei fuerant perſeuerauit.

f *Perſeuerabat*, non improbando ſanè conſilio, ſi hoc ideò, quòd vel ingenio ſuo diffideret, vel inuidiam declinare vellet, ne quod pleriſque accidit nimio nouandi ſolóque contradicendi ſtudio, & cacoethe agi videretur.

g *Innouare*, ſtudio tamen non tam nouandi, quod in ſcientia qualibet peſſimi ſemper & periculoſi exempli eſt, quàm iuris amplificandi, Quod vtique non aliter conſtare poteſt quàm ſi aliquis adeò iuris peritus ſit, vt per eum quotidie in melius producatur *§. poſt originem* 13.§. Labeonem porrò tam multa innouare auſum fuiſſe minùs mirabitur, qui ex Pomponio ſciet dediſſe illum operam non modò iuri ciuili, ſed etiam cæteris partibus totius operis Sapientiæ. Placet enim quod Cuiacius noſter verba illa *& cæteris operis* ſic interpretatur, ac ſi ſcriptum eſſet *cæteris pertinentibus ad opus ſapientiæ*. Eſt enim totius Sapientiæ veluti vnum duntaxat opus, Vnum corpus cuius non niſi partem vnam ius ciuile conſtituit, cui ſoli operam dediſſe Capito videtur. Idem ferè de Ofilio & de Q. Ælio Tuberone ſcriptum eſt in præcedentibus.

h *Sabinus*, à quo Sabiniani primùm dicti fuerunt, tametſi eam ſectam profitetentur, quæ Capitonis fuerat prius quàm Sabini. Non ſic à Labeone diuerſa ſecta nomen ſumpſit, nec à Nerua qui Labeoni ſucceſſit, ſed a Proculo Proculeiani dicti ſunt, vt Pomponius ſubiicit. ad differentiam tamen Caſſianorum, qui & ipſi Sabiniani fuerunt, nec à Sabinianis, niſi nominis ſono differebant, Niſi malis Sabinianos dictos poſtquàm diuerſa ſecta Proculianorum nomen accepit, natumque id nomen à Cœlio Sabino qui Caio Caſſio ſucceſſit, eadémque ipſa Proculi ætate floruit, vt ad huius legis finem ſcriptum eſt. Idque probabilius videtur.

i *Nerua*, ſenior ſcilicet, cuius filius Nerua iunior dicitur anno ætatis ſuæ decimo ſeptimo reſponſitaſſe de iure *l.* 1. *§. qua ætate. ꝟ. de poſtul.* Ex quo facilè poſſit quiuis conücere, quantus vir fuerit Nerua pater, qui talem tantúmque filium, eundémque haud dubiè diſcipulum in ea ætate habuerit, quales hodie vix poſſint euadere illi etiam qui totam ætatem nec pauciores noctes, quàm dies in ſtudendo conſumpſerint, quia nec tales hodie Doctores habemus qui veterem illam iuris benè facilémque docendi rationem, aut ab aliis aut per ſe vnquam didicerint.

k *Auxerunt*. Ita nimirum factum eſt vt eas diſſenſiones augendo, etiam ius noſtrum auxerint in eam vſque præſtandam quæ hodie mirabilis cernitur in iis quoque reliquiis quas Tribonianus ex tanto librorum, ne dicam ipſius Iuriſprudentiæ, ſiue incendio, ſine naufragio reliquas eſſe voluit. Quàm verò felices eo tempore Iureconſulti, quibus non tantùm impunè, ſed etiam cum laude licebat diſſentire ſi quam modò diſſentiendi rationem elegantem & probabilem haberent: ſine ratione verò ne quidem conſentire. Tantùm aberat vt ſola vel magiſtri autoritate, vel doctrinæ antiquitate vincere poſſet aut deberet is, qui ratione nulla niteretur: quod tamen paſſim hodie fit.

l *Cæſari*. Tacit. *Annal.* 5. fuit hic etiam Conſul eodem Tacito teſte lib. 4. Quis verò miretur bonis Cæſaribus familiares fuiſſe iſtos qui Sapientiam ſolam profitebantur: Honores verò vel negligebant penitus eò vſque vt oblatos recuſarent, vel non alios ſaltem ſuſciperent, quàm quos non modò non ambiiſſent, ſed etiam meruiſſent.

48 ¶ Maſſurius Sabinus in equeſtri ordine fuit, & publicè primus [a] ſcripſit. poſteaque hoc cœpit beneficium dari à Tiberio Cæſare, hoc tamen illi conceſſum erat. ¶ Et, vt obiter ſciamus, ante tempora Auguſti publicè reſpondendi ius non à principibus dabatur: ſed qui fiduciam ſtudiorum ſuorum [b] habebant, conſulentibus reſpondebant, neque reſponſa vtique ſignata [c] dabant: ſed plerumque iudicibus ipſi ſcribebant, aut teſtabantur [d] qui illos conſulebant [e]. Primus Diuus Auguſtus, vt maioris iuris auctoritas haberetur, conſtituit [f], vt ex auctoritate eius reſponderent, & ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit: & ideò [g] optimus princeps Hadrianus, cùm ab eo viri prætorij peterent, vt ſibi liceret reſpondere, reſcripſit eis, hoc non peti, ſed præſtari ſolere [h], & ideò ſi quis fiduciam ſui haberet, delectari ſe, populo ad reſpondendum ſe præpararet.

Ad §.48. Maſſurius Sabinus.

a *Primus ſcripſit*. Hoc verò falſum eſt, ſiue ſcripſiſſe hunc primum publicè dicas, ſiue cum Cuiacio reſcripſiſſe, ſiue vt alij reſpondiſſe, niſi iungas quod ſtatim ſequitur, & ſic legas *poſteaquam* pro eo quod aliter *poſteáque*. Senſus enim eſt Maſſurium Sabinum primum ex beneficio Principis ſcripſiſſe & reſpondiſſe publicè de iure, poſtquam cœpit hoc beneficium dari à Tiberio Cæſare. Iam enim hoc ei Cæſar conceſſerat, vt bis Pomponius hic refert. Antè Sabinum alij plerique ſcripſerant de iure publicè, Sed non poſteaquàm reſpondendi poteſtas cœpit ab Imperatore beneficij loco dari. Nec tamen conſequens eſt quod Cuiacius putat, vt ab eo tempore primus ille de iore reſponderit. Primus enim Auguſtus non Tiberius fuit qui vt maior iuris authoritas haberetur conſtituit, vt ex eius authoritate prudentes reſponderent. Vt proinde non ſit credibile ſub Auguſto neminem exinde reſpondiſſe ad Maſſurium vſque Sabinum qui non ab Auguſto, ſed a Tiberio beneficium illud accepit. Quare nec ſic Pompon. loquitur, vt dicat hunc primum ex beneficio Principis de iure publicè reſpondiſſe, ſed publicè ſcripſiſſe. Nam alij quidem ſub Auguſto reſponderant, ſed nemo publicè ſcripſerat. Fuitque tantò magis neceſſarium in hanc rem beneficium Principis, quantò maius eſt de iure publicè ſcribere, quàm priuatim, ſiue ex ſcripto, ſiue ſine ſcripto de iure reſpondere. Ante Auguſtum poterat quilibet pro arbitrio de iure & publicè & priuatim non minus ſcribere quàm reſpondere, ſcripſerantque permulti quos hucuſque recenſuit Pomponius. Bene igitur hoc loco *ſcripſit* non vt vult Cuiacius, *reſcripſit* vel *reſpondit*.

b *Fiduciam ſtudiorum ſuorum*, atque ita ſuæ quiſque famæ periculo publicè de iure reſpondebat. Ideò fortaſſis quod

quod ſatis pœnæ aduerſum imperitos in ipſa peritiæ profeſſione eſſe credebatur.

c *Vsque ſignata*, id eſt, ſemper & omnimodo ſignata, Quod tamen frequentiùs fiebat, Eúmque morem in poſteriora vſque tempora* Adſeſſores retinuerunt *l. vlt. §. vlt. C. de adſeſſ.* Nam & iuris peritiam iſti potiſſimùm profitebantur.

d *Aut teſtabantur*. Scribebant nimirum abſentes, Teſtabantur præſentes.

e *Conſulebant*. Nec enim iudices olim iuris peritiam profitebantur, quomodo hodie omnes profitentur, Nec minùs iudices quàm Aduocati, de quibus in *l. 11, verſic. iurisperitos. C. de aduoc. diuerſorum iudiciorum.*

f *Conſtituit*, quaſi putaret Auguſtus & ſua & reip. intereſſe, vt maior quàm antea iuris authoritas haberetur: quod non aliter fieri poterat, quam ſi reſpondendi authoritatem prudentes ſumerent ab Imperatore penes quem vniuerſa poteſtas, authoritas, & maieſtas erat, quæ anteà fuerat penes populum. Simile quiddam de magiſtris & doctoribus conſtitutum eſt in *l. 7. C. de profeſ. & medic. lib. 10. titu. 52.* vt non aliter admittendi ſint quàm ſi Ordinis iudicio probati fuerint, vt appareat an moribus excellant & doctrina.

g *Et ideò*. Illatio eſt ſatis obſcura, Sed hunc, vt opinor, ſenſum habet. Cùm poſt Auguſti conſtitutionem obtinuiſſet vt nemo publicè de iure, vel ſcribere, vel reſpondere auderet, niſi qui beneficium illud à Cæſare impetraſſet, eáque res coëgiſſet viros prætorios qui ſui fiduciam habebant, vt ab Imper. Hadriano peterent eam ipſam de iure reſpondendi facultatem, Optimum Principem qui videbat eiuſcemodi indicta petendi beneficij neceſſitate honeſta multorum deſideria impediri, decoráque ingenia prohiberi, ne tantò tardius quantò difficilius ſe exercerent, Reſcripſiſſe, Non peti hoc, ſed præſtari ſolere, id eſt, faciliorem eſſe debere bonum Principem ad id præſtandum & indulgendum quàm Iuriſperitum ad petendum cùm vix ſit vt ad eam petitionem auſit quiſquam accedere, qui non eam ſtudiorum ſuorum fiduciam habeat, quæ ſit neceſſaria ad id muneris pro dignitate obeundum. Ideóque delectari ſe vt ſi quis fiduciam ſui haberet, is ſe ad reſpondendum populo præpararet. Quo reſcripto videtur generalis data fuiſſe cuilibet facultas vt anteà reſpondendi de iure. Nec eo minùs tamen ex Auguſti conſtitutione illud manſit, vt ex Cæſaris authoritate de iure reſponderetur. Nam neque Auguſtus præceperat vt reſpondendi facultatem petere quiſquam deberet. Sed vt ſolent in republ. præſertim corrupta, facilè omnia gliſcere in adulationem, cœpit pro beneficio peti quod pro merito præſtari Auguſtus voluerat, etiam non petentibus qui modò tales eſſent vt de ipſorum peritia & voluntate dubitari non poſſet. Ergo quod Pomponius ait:

h *Præſtari ſolere*, non ſic accipiendum eſt quomodo Cuiacius accipit, quaſi ſoleat id præſtari à Iureconſultis ſtudiorum ſuorum fiduciam habentibus, quomodo *præſtandi* verbum accepit Poponius in *§. iuris ciuilis 35. 5. eod.* Sed ita vt præſtari hoc ſoleat ab Imperatore ex cuius authoritate reſpondebitur. Alioqui ſcribendum erat *debere* non *ſolere*, Cùm per adulationem, vt dixi iam inualuiſſet, vt nemo de iure publicè reſpondere auderet, niſi petita priùs obtentáque ab Imperatore licentia. Et ob id nimirum Pomponius noſter Hadrianum laudat vt Principem optimum, Non tam quòd huius beneficij petendi neceſſitatem remiſerit, quæ nunquam iniuncta fuerat, quàm quòd generali eo reſcripto fecerit ne veteris adulationis materia ſupereſſet in eo beneficio impetrando quod ſemel omnibus præſtitum exinde nemini ſpecialiter concedi, nec proinde à quoquam peti loco beneficij ac impetrari poſt hac neceſſe eſſet. Neque verò in præcedentibus ſcripſerat Pompon. cœpiſſe id beneficium peti à Tiberio Cæſare, ſed dari. Quo verbo ſignificatur potiùs datum fuiſſe, & vltrò delatum non petenti quàm petenti, Cùm illud demùm verè beneficium ſit quòd vltrò conceditur, nec prece magis quàm precio comparatur. Ac ſanè ſi verum eſt vt eſt quod ait Pomponius, Cœpiſſe hoc beneficium dari primùm à Tiberio Cæſare cui peculiare fuit, ſi Tacito credimus, vt omnia etiam fortuita ad gloriam ſuam verteret, fatendum eſt, Nemini ſub Auguſto fuiſſe beneficium hoc datum. Et conſequenter à nemine fuiſſe petitum, Cùm tamen dubitare nemo poſſit quin Auguſti temporibus etiam poſt ſupradictam conſtitutionem multi de iure publicè reſponderint, & quidem ex ipſius Auguſti authoritate. Nempe quia non id egerat Auguſtus, vt de iure reſpondendi licentiam & libertatem eò vſque liberam reſtringeret, ſed potiùs amplificaret inducto eo quod nunquam obtinuerat, vt ex eius authoritate prudentum reſponſa ſumerent authoritatem, Non aliam ob cauſam quam, vt maior iuris authoritas haberetur.

49 ¶ Ergo Sabino conceſſum eſt [a] à Tiberio Cæſare, vt populo reſponderet, qui in equeſtri ordine iam grandis natu [b], & ferè annorum quinquaginta receptus eſt [c]. huic nec amplæ facultates [d] fuerunt: ſed plurimum à ſuis auditoribus ſuſtentatus eſt. ¶ Huic ſucceſſit *Gaius Caſsius Longinus* [e] natus eſt ex filia Tuberonis, quæ fuit neptis Seruitij Sulpitij: & ideò proauum ſuum [f] Seruium Sulpitium appellat. hic conſul fuit cum Quartino, temporibus Tiberij, ſed plurimum in ciuitate auctoritatis habuit, eouſque donec eum Cæſar [g] ciuitate pelleret, expulſus ab eo in Sardiniam, reuocatus à Veſpaſiano, diem ſuum obiit.

Ad §. 49. Ergo Sabino.

a *Conceſſum eſt*, qui primus hanc facultatem beneficij loco à Tiberio Cæſare petere cœpit. Ideò fortaſſe vt credibile eſt, non quòd ingenio ſuo plus minúſve fideret quàm cæteri qui ante ipſum etiam poſt ſupradictam Imp. Auguſti conſtitutionem de iure reſponderant publicè iureconſulto Principe, ſed quia primus ille poſt eam conſtitutionem ſcribere volebat de iure, Et quidem publicè, quòd à nemine anteà tentatum maioris momenti eſſe videbatur, & expreſſiores authoritatis imperatoriæ probationes exigere, vt maior ſcriptis publicis authoritas accederet quæ ex ſpeciali Principis conceſſione ſcripta fuiſſe conſtaret. Aut ideò etiam fortaſſe quòd cùm eſſet tenuium facultatum ſperabat poſſe ſe petendo à Cæſare licentiam ſcribendi reſpondendique de iure conſequi etiam vt eiuſdem Cæſaris liberalitate ab inopia defenderetur. Fuit enim Tiberius erogandæ per honeſta pecuniæ cupiens, eámque virtutem diu retinuit etiam cùm cæteras exueret, Multorúmque cenſus iuuit, niſi quòd erga M. Hortalum Hortenſij Oratoris nepotem paullò inciuilior ne dicam iniurioſior fuit, vt Cornelius Tacit. *lib. 1. & 2. Annal.* teſtatur. Nec liberalior tamen ille in Sabinum noſtrum quem paſſus eſt in eam vſque delabi egeſtatem, vt illum à diſcipulis ſuis ſuſtentari neceſſe eſſet, quemadmodum Pompon. noſter ſubiicit. Cùm tamen apud bonum Principem ſatis eſſe debuerat tanto viro egeſtatem ſuam indicaſſe, vt aliquod aduerſus eam ſubſidium petere videretur. Quod ab eo primùm nec ſine ratione factum poſteà vſurpatum eſt ab aliis gliſcente paullatim creſcentéque per honoris & modeſtiæ ſpeciem adulatione, cui inſitum eſt, vt etiam rerum bene factarum exempla mutuetur, ſub quibus ad validiora audenda tutiùs doliteſcat.

b *Iam grandis natu.* Adeò verum eſt quod vulgo iactatur.

Haud facilè emergunt, quorum virtutibus obſtat
Res anguſta domi.

c *Receptus eſt.* Non per ambitionem, vt opinor, & de tanto viro credibile eſt, præſertim qui per totius vitæ ſuæ ſpatium paupertatem patienter tolerauerit, nec à ſuis diſcipulis ſuſtentari erubuerit, quod ſuperbus & ambitioſus quiſque probro ac dedecori verteret. Sed ne iuris noſtri authoritas quam creſcere ac augeri publicè intererat, ex plebeij hominis perſona viLeſceret, quem neque cenſus, neque dignitas vlla nobilitaret. Cùm in id vſque tempus obtinuiſſet, vt non niſi magnæ dignationis viri, quomodo Pomponius noſter ſuprà locutus eſt iuris ſcientiam profiterentur.

d *Nec ampla facultates*, quas nec amplas eſſe neceſſe erat vt in equeſtrem ordinem reciperetur. Diſtincti enim erant Senatus & Equitum cenſus, non quia diuerſi natura, ſed vt locis, ordinationibus, dignationibus antiſtent, Quomodo Gallus olim Aſinius in Senatu, vetè magis quàm bona mente diſſerebat. Idem addebat auctu imperij adoleuiſſe priuatas etiam opes, idque nõ nouum, ſed è vetuſtiſſimis moribus, aliámque apud Fabricios aliá apud Scipiones pecuniam fuiſſe. Sed id ad Iuriſprudentiam noſtram non ſimiliter benè accommodare quiſquam poſſit, quæ quo magis aucta eſt, eo minores & exiguiores vidit ſui ſtudioſorum facultates. Poſtquam ſtudioſorum numerus auctus eſt, cœpitque tractari iuris ſcientia non per eos tantùm, qui vt olim non minus familia, cenſu, & dignatione quàm ingenio pollerent, ſed per omnes qui fiducia ingenij ſui ſperant ſe in eam vſque ſcientiæ præſtantiam poſſe progredi, vt & cenſum ſibi comparent, & honores. Itaque parantur hodie beneficio Iuriſprudentiæ omnia illa quæ olim iam parta quæſitáque aliis artibus, Iuriſprudentiæ noſtræ decore & acceſſione ornabantur.

e *Gaius Caſſius Longinus.* Hic Syriæ præfuit ſub Claudio Imperatore, vt refert Tacit. *Annal.* 12. 14. & 16. Sueton. in Nerone.

f *Proauum ſuum*, maternum. Itaque gloriabatur non immeritò, & Tuberone auo & Sulpitio proauo, de quorum præſtantia & dignatione dictum eſt in præcedentibus. Etſi verò præcipua laus illa eſt, quæ à nobis non quæ ab auis vel proauis proficiſcitur, dignior tamen longéque præſtantior eſt quam virtutibus noſtris paramus ſi cum genere noſtro ab auis & proauis originem ſuam trahat, tantóque certior quantò altioribus videtur hærere radicibus.

g *Donec eum Cæſar.* Neronem intelligit, cui vt malis Principibus ſolent, ſuſpecti ſunt, & ſemper fuere magna ingenia. Vide Tacit. *Annal.* 16. Tiberius enim eum ad Conſulatum euexerat: Nec verendum erat facilè vt quem præſertim non immerentem tanto beneficio exornaſſet amare vnquam deſineret, Cùm ad conciliandas quidem Principum amicitias, maximum in cuiuſque fortuna momentum ſit. Ad eas verò vbi ſiue caſu, ſiue meritis quæſiueris, retinendas firmandáſque nihil æquè proficiat, quàm ab iis ingentia beneficia accepiſſe, quæ vltrò ipſi perderent, ſi te odiſſe inciperent, quem ad obſequij & ſeruitij fidem tanto precio allexiſſent. Itaque vt optimi cuiuſque eſt de Principe ſuo bene mereri velle, nec vnquam benè merendi finem facere. Ita & feliciſſimi & ſapientiſſimi, vt maximè meruerit, certiorem Principis gratiam ex beneficiis quæ à Principe acceperit, quàm ex ſuis in eum meritis, diuturnioremque expectare.

50 ¶ Neruæ [a] ſucceſſit *Proculus*, fuit eodem tempore, & *Nerua filius* [b]: fuit & alius *Longinus* [c] ex equeſtri quidem ordine, qui poſteà ad præturam vſque [d] peruenit, ſed Proculi auctoritas maior fuit [e]: nam etiam plurimum potuit, appellatique ſunt partim Caſſiani [f], partim Proculeiani: quæ origo à Capitone & Labeone cœperat. ¶ Caſſio *Cælius Sabinus* [g] ſucceſſit, qui plurimum temporibus Veſpaſiani [h] potuit. Proculo *Pegaſus* [i], qui temporibus Veſpaſiani præfectus vrbi fuit. Cælio Sabino *Priſcus Iauolenus* [k], Pegaſo *Celſus*, patri Celſo, *Celſus filius*, & *Priſcus Neratius*: qui vtrique conſules fuerunt: Celſus quidem & iterum. Iauoleno Priſco *Aburnus Valens*, & *Tuſcianus*, item *Saluius Iulianus* [l].

Ad §. 50. & vlt. Neruæ ſucceſſit.

a *Nerua*, quem ſuprà dictum eſt ſucceſſiſſe Ateio Capitoni. Reuertitur enim ad inſtitutum ſermonem De ſucceſſione prudentum, qui fuerat interruptus in Maſſurio Sabino ab illis verbis, *& vt obiter ſciamus.*

b *Nerua filius*, quem iam diximus anno ætatis ſuæ decimo ſeptimo publicè de iure reſponſitaſſe *l. 1. §. quæ ætate ff. De poſtul.*

c *Alius Longinus*, quàm Caius ille Caſſius, quem Longinum cognominatum fuiſſe diximus.

d *Ad Præturam vſque.* Dignum hoc fuit obſeruatione, quia vix alij ad præturam admittebantur, quàm qui eſſent ex Patriciis cùm eſſet hic Senatorius magiſtratus, & ad Conſulatum proximè accedens, vt ſ. diximus ſuo loco.

e *Maior fuit.* Intellige quàm Longini, & vtriuſque Neruæ, aut etiam Labeonis, Cùm ab eo dicti ſint ſectatores Proculeiani, vt ſequitur in hac lege, non Neruani aut Labeonini. Vnde & non leuis iuris author appellatur in *l. 17. ff. de iur. patron.* Cur verò maior fuit Proculi authoritas? An quia multum potuerit in republica? vt ſubiicit Pomponius. Minimè, vt puto, Sed propter maiorem quæ in eo eſſe credebatur peritiam iuris. Cuius veneratione & precio credibile eſt tantum ei authoritatis acceſſiſſe, in eóque antiquiorem eruditionis, quàm potentiæ laudem fuiſſe. Alioqui parum ad doctrinæ commendationem faceret acceſſio commendationis ex potentia.

f *Partim Caſſiani.* Et huius tam veteris conſtantiſque inter tantos iuris noſtri authores diſſenſionis veſtigia pleraque ſuperſunt in libris noſtris, vt in *l. 1. ff. De contrah. empt. l. 7. §. cùm quis ex aliena. ff. De acquirend. rerum domin. & Inſt. in titul. quibus modis tutel. finit.*

g *Cælius Sabinus*, a quo proinde veriſimilius eſt dictos etiam Sabinianos qui & à Caio Caſſio Longino Caſſiani dicti ſunt potiùs quàm à Maſſurio Sabino, de quo ſ. memorauimus: Vt eodem tempore vtraque ſecta nomen ſuum acceperit ab iis authoribus, qui eodem tempore floruerunt.

h *Veſpaſiani.* Imò etiam Othonis quem Vitellius expulit. Otho enim huic Sabino bimeſtrem Conſulatum deſignauit, vt author eſt Tacitus 17. Tantóque maior huius ſapientiæ laus debetur quod duobus Imperatoribus tam diuerſis inuicémque diſſentientibus placere potuerit, ſuámque apud vtrumque dignationem & authoritatem retinere.

i *Pegaſus*, à quo & Pegaſianum Senatuſconſultum denominatum fuiſſe pleriquc volunt, de quo in *§. ſed quia Inſtit. de fideic. hered.* Quod ſi ita eſt, fuit ergo hic Pegaſus non ſolùm præfectus vrbi, ſed etiam Conſul. Factum enim eſt Senatuſconſultum Pegaſo & Puſione Conſulibus, quia nec aliorum quàm Conſulum erat referre ad Senatum. Illud ſanè conſtat fuiſſe factum ſub Veſpaſiano *d. §. ſed quia.* Ideò tamen fortaſſe Pomponius hoc loco meminit præfecturæ non Conſulatus, quoniam Præfectura vrbis iam facta erat perpetua. Conſulatus verò erat annuus.

k *Iauolenus.* Igitur fuit Iauolenus Sabinianus. Vterque verò Celſus pater & filius Proculeiani, itémque Priſcus Neratius. Cæteri quos poſtremos Pomponius memorat Aburnus Valens, & Tuſcianus, & Salius Iulianus, ſicuti Iauoleno Priſco ſucceſſerunt, ita nec dubitandum eſt quin fuerint Sabiniani. Quod noſſe plurimùm refert ad pugnantes multas leges intelligendas, in quibus conciliandis fruſtrà laborant interpretes vulgares qui ad hanc ſectarum diuerſitatem irreconciliabilem non adnimaduertunt.

l *Saluius Iulianus.* Hic magnus ille Iureconſultus eſt qui iuſſu & temporibus Hadriani compoſuit edictum perpetuum prætoris, ad quod poſteà Vlpianus Paulus, Caius, & alij plerique tam multa ſcripſerunt. Fuit præcipua iſtius apud poſteros ferè omnes præſertim apud Papinianum quoque authoritas, itémque Sabini, vt proinde non ſit dubitandum, quin etiam Papinianus fuerit Sabinianus, itémque Vlpianus Paulus, & cæteri ferè omnes qui poſt Iulianum & Papinianum floruerunt.

DE LEGIBVS, SENATVSQVE CONSVLTIS, ET LONGA CONSVETVDINE.

TITVLVS III.

1. PAPINIANVS libro primo Definitionum.

LEx eſt commune præceptum [a], virorum prudentium conſultum [b]: delictorum, quæ ſponte, vel ignorantia contrahuntur [c], coërcitio: communis reipublicæ ſponſio [d].

Ad Tit. 3. De legibus. Ad leg. 1.

a *Commune præceptum.*] legis enim proprium eſt, vt omnes adficiat, non vt quoſdam tantùm, vnde illa lex legis 12. tabul. *priuilegia ne irroganto.* Sunt enim priuilegia priuatæ leges & hoc ipſo odioſa, quòd à vera & propria legis natura abhorrent. Iura námque non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur. *l. iura 8. h. tit.*

b *Virorum prudentium conſultum.*] Cur ergo ſenatuſconſultum non eſt lex? Quia lex quamuis non fiat ſine conſulto prudentum, non tamen vim ab eo accipit, ſed à totius populi conſenſu; penes quem eſt Reip. maieſtas; fuítque ſemper vſque ad legem Regiam, & à regibus exactis vſque ad Auguſtum. Itaque omnis lex eſt conſultum prudentum, licet populus maiore parte conſtet ex imprudentibus, quia nec interrogabatur populus, niſi à ſenatorio magiſtratu, ac proinde de ea re de qua ſenatus iam conſultus fuerat, populúmque rogandum decreuerat. At non omne conſultum prudentum lex eſt, quia ſemper requiritur poteſtas legis condendæ, vt lex ſit. Senatuſconſulta tamen vim legum habent, idque propria auctoritate, & nulla lege in eam rem lata. Autoritas enim fuit olim penes ſenatum, maieſtas penes populum. Plebiſcitorum alia ratio eſt. Fuit enim opus lege Hortenſia vt plebiſcita vim legis haberent. *§. plebiſcitum. inſtitut. de iur. nat. gent.*

c *Vel ignorantia contrahuntur.*] Ratio dubitandi, quia nemo ignorans delinquit, & ſine dolo. Delictum enim adeò eſt voluntarium, vt ſi voluntarium non ſit nec ſit delictum inquit B. Auguſtin.

Ratio decidendi, quia iuris & legum ignorantia neminem excuſat in delictis, niſi cùm lex talis eſt quæ ex non delicto facit delictum; putà ſi lex prohibeat, quod de iure communi non prohibetur. Quo caſu licèt iuris ignorantia non omnino excuſet, quia leges ſcire omnes debent, mitiùs tamen agitur cum iis qui ignorantes, quàm qui ſponte delinquunt: eſt ergo hic locus intelligendus de ignorantia iuris, non facti.

d *Communis reip. ſponſio.*] Ratio dubitandi, quia nō omnes qui habent caput in Rep. concurrunt ad leges conſtituendas, ſed ij tantùm qui habent ius comitiorum in quo numero non ſunt fœminæ, pupilli, furioſi, & aliæ huiuſmodi perſonæ, quæ aliqua vel ſexus vel propriæ conditionis ratione impediuntur, ne in comitia ire poſſint.

Ratio decidendi, quia populus ad comitia conuocatus licèt non totum populum conſtituat, totum tamen populum repræſentat. ideóque ad interrogationem conſulis reſpondendo, *vti rogas*, omnes obligat, etiam abſentes. Fit enim lex per interrogationem & reſponſionem, vt diximus quaſi per ſtipulationem.

2. MARCIANVS lib. 1. Inſtitutionum.

NAm & Demoſthenes orator ſic definit: Τοῦτο ἐστὶ νόμος, ᾧ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πολλὰ καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον Θεοῦ· δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων· ἐπανόρθωμα δὲ τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων· πόλεως δὲ συνθήκη κοινή, καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει. *id eſt, Lex eſt, cui omnes obtemperare conuenit, tum ob alia multa: tum vel maximè eo, quòd omnis lex, inuentum ac munus Dei eſt* [a], *decretum verò prudentum hominum: coërcitio eorum, quæ ſponte, vel inuoluntariè delinquuntur: communis ſponſio ciuitatis: ad cuius præſcriptum omnes, qui in ea republica ſunt, vitam inſtituere debent.* ¶ Sed & Philoſophus ſummæ Stoicæ ſapientiæ Chryſippus ſic incipit libro, quem fecit, περὶ νόμου, ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θείων τε, καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων. δεῖ δὲ αὐτὸν προστάτην τε εἶναι τῶν καλῶν, καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἄρχοντα, καὶ ἡγεμόνα· καὶ κατὰ τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων, καὶ ἀδίκων· καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων, προστακτικὸν μὲν, ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον, *id eſt, de lege: Lex eſt omnium diuinarum, & humanarum rerum regina. Oportet autem eam eſſe præſidem & bonis & malis, & principem & ducem eſſe: & ſecundùm hoc, regulam eſſe iuſtorum, & iniuſtorum: & eorum, quæ natura ciuilia ſunt, animantium præceptricem quidem faciendorum, prohibitricem autem non faciendorum.*

Ad l. Nam & Demoſthenes 2.

a *Omnis lex inuentum ac munus Dei eſt.*] Fuit enim diuinitus [illegible] inuenta, vt eſſet veluti miniſtra & ſuccenturiata naturæ, cuius creator & gubernator eſt Deus opt. max. Ideo ſolet lex imitari naturam. *l. adoptio 16. de adoptio.* & dicitur imago naturæ in *l. filio, quem. 23. de liber. & poſth.* Denique quod natura ſcit, hoc etiam lex ſcire creditur, & contra neſcire, quod natura neſcit. *l. cùm quidam 30. §. ſuum heredem. l. 4. ventre 84. de acquirend. hered.*

3. POMPONIVS libro 25. ad Sabinum.

IVra conſtitui oportet, vt dixit Theophraſtus, in his quæ *ἐπὶ τὸ πλεῖστον id eſt, vt plurimum*, accidunt, non quæ *ἐκ παραλόγου, id eſt, ex inopinato.*

Ad l. Iura conſtitui.

Ratio dub. quia ius certum eſt & finitum. *l. 2. de iur. & fact. ign.* Boni enim legiſlatoris eſt, omnia præuidere, ac prouidere, nec perfectum ius eſſe creditur cui aliquid deeſt. Ratio dec. quia impoſſibile eſt caſus omnes præuidere, cùm natura nouas quotidie properet edere formas, & multa nouare norit. Et cùm aliquid noui emergit, conueniens eſt, eos qui in magiſtratu ſunt illud conari decidere ſecundùm eorum, quæ ordinata ſunt conſequentiam & imitationem, inquit Iuſtin. in *§. ſi verò poſteà 18. de confir. dig.* Hoc enim eſt, quod dicimus, prætoré cæteroſque magiſtratus eſſe vnam vocem iuris ciuilis. *l. nam & ipſum 8. de iuſt. & iure.* Lex enim mortua ſemel tantum locuta eſt: quæ viuit poteſt debétque loqui ſæpius, nec ſemper eodem modo, pro rerum, temporum, perſonarum, & aliarum circunſtantiarum varietate iunge *l. 10.*]

4. CELSVS libro quinto Digeſtorum.

EX his, quæ fortè vno aliquo caſu accidere poſſunt, iura non conſtituuntur.

5. IDEM libro 17. Digeſtorum.

NAm ad ea potiùs debet aptari ius, quæ & frequenter, & facilè, quàm quæ perrarò eueniunt.

6. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

TὸΓὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, *Quod enim ſemel aut bis exiſtit*, vt ait Theophraſtus *παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, id eſt, prætereunt legiſlatores.*

Ad l. 4. 5. & 6.

Ratio dub. quia cùm lex omnium rerum diuinarum atque humanarum regina *l. 2. h. t.* res omnes regere debet, ergo caſus omnes complecti. Ratio dec. quoniam à legum dignitate alienum eſſet minima quæque ſectari, & ad eos quoque caſus, qui ſemel aut bis, aut in ſumma tion niſi perrarò contingant ſe accommodare. Ideóque ſolent boni legiſlatores id conſultò prætermittere, *l. 5. & 6.* Inde laudatus Solon, qui nullam in parricidas pœnam ſtatuerat, quod non crederet euenire poſſe, vt quis de perpetrando parricidio cogitaret. Sed quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione magiſtratuum, & iudicantum, inquit Papin. in *l. quæſitum 13. de teſtib. l. 2. de off. adſeſſ.*

7. MODESTINVS libro primo Regolarum.

LEgis virtus hæc eſt: imperare [a], vetare, [b] permittere [c], punire [d].

Ad l. Legis virtus 7.

a *Imperare.* Omnes enim leges imperatiuis verbis ſunt conceptæ. Hinc eſt, quòd verba imperatiua dicuntur legitima, & legatum definitur ab Vlpiano *tit. de lega.* quod legis modo imperatiue relinquitur. Neque lex 12. tabul. permittit ciuibus Romanis teſtari, niſi legaſſint *l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* id eſt, legem fecerint imperando. Et ob id dicimus, fideicommiſſa eſſe legibus incognita, nec vllum iuris vinculum habere, quia fiunt precatiuis verbis, & quibus vti eum qui legem faciat, aut facere poſſit indignum eſt, & à legis virtute alienum.

b *Vetare.* Hoc proprium legum, quæ prohibitoriæ dicuntur: quarum vſus eſt circa eas res quæ iure communi permiſſæ ſunt, ſi non prohibeantur. Quibus legibus regula illa communis eſt: quidquid prohibitum non eſt, cenſeri permiſſum, *l. mutus & ſurdus 43. §. 1. de procu.* niſi tale ſit, quod per legiſlatorem inconſultò omiſſum potius, quàm permiſſum videatur *d. l. 2. de offic. adſeſſ. l. quæſitum 13. de teſtib.*

c *Permittere.* Proprium hoc eſt legum, quæ permiſſiuæ appellantur, quarum vſus eſt circa eas res quæ alioqui fieri non poſſent, niſi permitterentur. Cuiuſmodi ſunt leges de hereditatibus, ſiue teſtamentariis, ſiue legitimis. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Iſtis legibus regula illa conuenit: quicquid permiſſum non eſt perinde illicitum eſſe, ac ſi eſſet prohibitum. Nulla enim prohibitione opus eſt, vbi ſufficit non permiſſio. Itaque ſi quis quærat cur hodie naturales non poſſint teſtamento heredes inſtitui extra caſum *legis vlt. C. de nat. lib.* nec ſuccedere ab inteſtato extra caſum *Auth. licet. C. e.* neque rurſum peregrini, deportati & ſimiles, ratio reddenda erit, non quia ſint prohibiti, ſed quia non ſint permiſſi. Porrò etiam cum lex aquid permittit, imperat: permittit enim imperando, id eſt, eam permiſſionem dando verbis imperatiuis. *l. 1. ad leg. Falcid.* An non verò poteſt aliquid eſſe quod lex neque vetet neque permittat poteſt. *l. nec non 20. §. quod eius. ex quibus cauſ. maior.* ſed nulla in eo legis virtus conſiſtit.

d *Punire.* Imperfecta enim lex eſt ſi quid fieri prohibeat, nec tamen puniat, quod contra factum erit, ſiue reſcindendo, quod contra legem factum erit, ſiue aliqua pœna contra facientem conſtituta, exemplum adfert Vlpian. initio *inſtit. de lege Cincia*, quæ vetabat donari ſupra certum modum, nec tamen quod donatum erat reſcindebat: ita vt neceſſarium eſſet auxilium prætoris & exceptionis *l. purè mihi 5. §. pen. de doli except.* aut ſaltem vt ea donatio reuocaretur. Nam cùm eſſet contra legem erat reuocabilis. *l. pen. §. 1. de dona: l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi inter virum 24. de donat. int. vir. & vx.*

8. VLPIANVS libro tertio ad Sabinum.

IVra non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur.

Ad l. Iura non in ſingulas 8.

Ratio dubitandi, quia ex ſingulis perſonis conſtat vniuerſitas. Singulis ergo iura conſtituenda ſunt, vt Reipubl. conſtituantur. Ratio decidendi, quia reſpublica non conſtat ex ſingulis, tanquam ex ſingulis, ſed tanquam ex vniuerſis, *l. ſicut municipum 7. §. 1. & paſſ. quod cuiuſq. vniuerſ. non.* & aliud eſt eſſe quid publicè vtile, aliud priuatim. *l. 1. §. 2. de inſt. & iur. l. 1. h. tit.*

9. IDEM libro decimo ſeptimo ad Edictum.

NOn ambigitur, ſenatum ius [e] facere poſſe.

Ad l. Non ambigitur 9.

e *Ius facere poſſe.* Quamuis non potuerit facere legem, ſed tantùm legi ſimilem conſtitutionem. *§. quot autem. de bonor. poſſ.* dixi ad *l. 1. ȷ. eod.*

10. IVLIANVS libro quinquageſimo nono Digeſtorum.

NEque leges, neque ſenatuſconſulta ita ſcribi poſſunt [f], vt omnes caſus, qui quandoque inciderint comprehendantur: ſed ſufficit & ea, quæ plerumque accidunt, contineri.

Ad l. Neque leges 10.

f *Ita ſcribi poſſunt.* At nec deberent etiamſi poſſent, quia nihil æquè conuenit legi, atque breuitas, dummodò nulla obſcuritate laboret, dixi ad *l. 3. & ſeqq.*

11. IDEM libro nonageſimo Digeſtorum.

ET ideò de his, quæ primò conſtituuntur, aut interpretatione [g], aut conſtitutione optimi principis [h] certius ſtatuendum eſt.

Ad l. Et ideò 11.

g *Aut interpretatione*, ſcil. prudentum quorum eſt, ſempérque fuit leges interpretari. Nec enim poteſt ius conſtare, niſi ſit aliquis iuriſperitus, per quem poſſit quotidie in melius produci. *l. 2. §. poſt originem. de orig. iur.* & hoc iis etiam hodie ius ſaluum eſt. *l. vlt. C. de legibus.*

h *Aut conſtitutione optimi principis.* Vbi enim deficit poteſtas, & auctoritas prudentum, quod contingit quoties ſuppletione aliqua opus eſt, neceſſaria eſt auctoritas Imperatoris ad ſupplendum, vt in *l. hoc iure 4. de vulg. pupill. l. vnum ex familia 67. §. vlt. de leg. 2. l. qui filium 74. ad Treb. l. commodiſſimè 10. de lib. & poſth.* iunct. *l. vlt. C. eo.* vt & ad legis aſperitatem nimiam emendandam, vt in *l. ille ſeruus 9. qui & à quibus manum. l. 1. C. hoc titul.*

12. IDEM libro decimoquinto Digeſtorum.

NOn poſſunt omnes articuli ſingillatim aut legibus, aut ſenatuſconſultis comprehendi: ſed cum in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is qui iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia [a] procedere, atque ita ius dicere debet.

Ad l. Non poſſunt 12.

a *Ad ſimilia procedere*, mallem producere. Ipſius enim legis eſt procedere ad ſimilia. Eius verò, qui iuriſdictioni præeſt, legem ad ſimilia producere. Ratio dubitandi, quia iuris & legum authoritas non eſt poſita in arbitrio iudicantis. *l. 1. §. 4. ad Turpill. l. ordine 15. ad municip.* Ratio decidendi, quia tunc id obtinet, cùm ex legibus certum eſt quid iudicari debeat. Non autem cùm verſamur in caſu omiſſo per legem. Deinde aliud eſt de iudicante loqui, de quo in dictis locis: aliud verò de dicente. Qui enim iudicat, non habet iuriſdictionem, ſed iudicationem. Qui autem ius dicit, & præeſt iuriſdictioni, habet iuriſdictionem, cuius illud etiam eſt, non vt aliquid decernat contra leges, ſed vt ſuppleat, quod legi deeſt. *l. prox. in fin. hoc tit.*

13. VLPIANVS libro 1. ad Edictum ædilium curulium.

NAm, vt ait Pedius, quotiens lege aliquid, vnum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera, quæ tendunt ad [b] eandem vtilitatem, vel interpretatione [c], vel certè iuriſdictione ſuppleri.

Ad l. Nam, vt ait Pedius 13.

b *Ad eandem vtilitatem*, id eſt, quæ eandem habent æquitatis rationem: ciuilis enim legiſlator æquitatem ſemper æſtimat ex publica vtilitate, vt dixi ad *l. ius autem 7. de iuſt. & iur.* Hinc vulgatum illud, Vbi eadem ratio aut æquitas eſt, ibi ius idem ſtatuendum eſſe. *l. illud quæſitum 32. in princip. ad legem Aquiliam. l. 3. §. vnde etiam. de inoff. teſt.* Ratio dubitandi, quia quod non eſt nominatim per legem nouam conſtitutum, remanet in diſpoſitione iuris quod ante obtinebat. *l. Dominus Labeo 27. de teſt. l. præcipimus 32. in fi. C. de appell.* Ratio decidendi, quia lex quæ producitur ad caſus ſimiles, non tam videtur extendi quàm latiore & benigniore interpretatione donari. Nam & dici ſolet, dictionem taxatiuam non excludere caſus ſimiles. *l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. dix.*

c *Vel interpretatione, vel certè iuriſdictione ſuppleri.* Intellige, interpretatione prudentum, iuriſdictione verò eius, qui præeſt iuriſdictioni. *l. prox. infr. eod.* ſed adde vel conſtitutione optimi principis, quod certius eſt, *l. & ideò 11. ſupr. eod.*

14. PAVLVS libro 54. ad Edictum.

QVod verò contra rationem iuris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias.

Ad l. Quod verò 14.

Ratio dubitandi, quia nihil contra iuris rationem recipitur, niſi ex benignitate & æquitate, *l. qui negotia 34. verſ. id enim mandat.* Quod autem tale eſt, cùm ſit fauorabile videtur adiuuandum & producendum interpretatione *l. cùm quidam de liberis & poſt. l. hoc modo 64. in fin. de cond. & demonſt.* quomodo & in eadem ſpecie *d. l. qui negotia 34.* factum eſt ab Vlpiano *l. ſingularia 15. de reb. cred.* Ratio decidendi, quia ius noſtrum ſancta & ſacra res eſt *l. 1. § 1. de iuſt. & iur. l. 1. §. 5. de extraord. cogn.* Cuius proinde nos religioſos eſſe oportet, ne quid facile inducamus aut patiamur induci contra iuris rationem, ne quidem æquitatis prætextu, niſi quoties tam euidens futura eſt iniquitas, vt ſummum ius futurum ſit ſumma iniuria. Alioqui facilè ius totum ſubuerteretur, in quo paſſim ab interpretibus noſtris peccatum eſt, & peccatur quotidie à pragmaticis grauiſſimè, magno totius Reip. malo. Inde namque fit vt cùm ius certum & finitum ſit & eſſe debeat *l. 2. de iur. & fact. ignor.* nihil tamen hodie ſit certius iure noſtro. Non nego potiorem æquitatis quàm iuris noſtri rationem eſſe debere *l. placuit 8. C. de iudic.*

iudic. neque rurſus admitto diſtinctionem illam æquitatis ſcriptæ, & non ſcriptæ, de qua noſtri ad *d. l.* 8. *C. de iudic.* vbi dictio *ſcriptæ*, proculdubio irreptitia eſt, cùm æquitas omnis quatenus ſtricto & ſummo iuri opponitur ex ratione aliqua naturali ſemper æſtimari debeat, quæ non alibi quàm in prudentis & benè ſenſati cuiuſque mente à Deo Optimo Maximo ſcripta eſt. Sed hoc contendo, in iis, quæ de iure à prudentibus illis veteribus, Deus bone quantis vitiis! tradita ſunt, non debere nos adeò nobis indulgere, vt meliores & prudentiores æquitatis arbitri videri velimus, quàm ipſi fuerint. Quoties enim æquitas euidens ſuaſit ſtrictam iuris rationem violari, vix vnquam ea tam neglecta, vel ignorata eſt, vt non à prætore, vel à prudentibus ipſis, vel denique ab Imperatoribus fuerit obſeruata & adprobata.

15. IVLIANVS libro vigeſimo ſeptimo Digeſtorum.

IN his, quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris.

Ad l. In his quæ contra 15.

Ratio dubitandi, quòd cùm ius ex ratione ſola æſtimetur *l. quod non ratione* 39. *hoc. tit.* implicare contradictionem videtur, vt aliquid iure conſtitutum ſit contra iuris rationem. Ratio decidendi, quia plerumque euenit, vt euidens æquitas pugnet cum ſummo iure, quo caſu neceſſe eſt induci ius ſingulare, contra tenorem rationis, ob vtilitatem publicam, atque ita violari regulam iuris. Nam cùm ius noſtrum ſit ars boni & æqui, cauendum eſt valde, ne in iis quæſtionibus, quæ ſunt de bono & æquo, ſub authoritate iuris ſcientis perniciosè erretur *l. ſi ſeruũ* 91. *§. ſeq. de verb. oblig.* vt è contrario, ne ſub prætextu æquitatis cuiuſlibet facilè iuris rationem violemus, vt dixi ad *l. præced.* Summa itaque in eam rem prudẽtia opus eſt. Vnde & noſtra iuris non ſcientia, ſed prudentia appellatur. At neque prudentia ſufficit, ſed autoritate quoque opus eſt, vt ait *l. pro ſeq.* Quæ autoritas nulla certè eſt in noſtri tẽporis interpretibus, adeò diſtãt illi à veteribus noſtris prudẽtibus, ſed in iis tantùm qui iuriſdictioni præſunt *l. & ideò* 11. *l. nõ. poſſunt* 12. *h. t.* maximè verò in magiſtratibus ſupremis, qui vice Principis fũgũtur, & quos credit princeps non aliter iudicaturos, quàm ipſe eſſet iudicaturus *l. 1. §. pen. de off. præf. præt.* Nã & ad principẽ ipsũ maximè hęc autoritas pertinet *l. 1. l. leg. 9. l. cum de nouo* 11. *& l. vlt. C. de leg.*

16. PAVLVS libro ſingulari de iure ſingulari.

IVs ſingulare eſt, quod contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem, auctoritate conſtituentium introductum eſt.

Ad l. Ius ſingulare 16.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *ll. præced.* ſed poſſis etiam addere rationem dubitandi ex eo, quod iura nec in ſingulas perſonas, nec in ſingulares caſus, ſed generaliter & in commune conſtituuntur *l. 3. 4. 5. 6. & 8. hoc titul.* Atqui ius ſingulare eſt, quod ad ſingularem aliquam perſonam, vel ad ſingularem aliquem caſum pertinet. Nullum ergo poteſt aut debet eſſe ius ſingulare. Idque videtur ſenſiſſe lex illa duodecim tabul. *priuilegia ne irroganto.* nihil enim aliud eſt ius ſingulare, quàm priuilegium. Ratio decidendi quia id pertinet ad ea iura, quæ conſtituuntur vt faciant legem, vel regulam iuris. Sed vix vllum eſſe ius tam generale, quod non aliquam exceptionem pati debeat, nullam regulam tam certam, quæ non aliquando vitietur *l. 202. de reg. iur.* ob aliquam ſcilicet æquitatem, & vtilitatem publicam, quæ emergat ex qualitate perſonæ, vel rei, vel temporis, vel loci, aliiſve circumſtantiis facti. Ideóque dicitur ius ſingulare, quoniam à communi abhorret, & à regula iuris, & conſequenter à ratione iuris. Regula enim ex iure ſumitur, non ius ex regula, *l. 1. de reg. iur.* proinde vt ius ſingulare poſſit induci non illud ſufficit, vt euidens æquitas & vtilitas, ſit, quæ induci ſuadeat: ſed præterea autoritas neceſſaria eſt in eo, qui velit inducere vt habeat ius inducendi: vt probat hæc lex in verbis *autoritate conſtituentium.* His verò duobus concurrentibus, euidenti ſcilicet æquitate vtilitatéque publica, & autoritate conſtituendi iuris, nihil impedit conſtitui & induci ius ſingulare, imò & multiplicari ſingularia, ſi multiplex ſit æquitas quæ id ſuadeat. Etſi vulgò noſtri contrà putant ex *l. 1. C. de dot. promiſſ.* quæ ad rem omnino non pertinet.

17. CELSVS libro 26. Digeſtorum.

SCire leges non hoc eſt, verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem.

Ad l. Scire leges 17.

Ratio dubitandi, quoniam cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſt admittenda quæſtio voluntatis *l. 1. §. 1. de leg.* 3. Quorſum enim verba niſi vt voluntatem demonſtrent, *l. Labeo ait* 7. *§. vlt. de ſupell. leg.* & an non fallax eſſet legiſlator, qui aliud loqueretur, aliud ſentiret? vt veluti laqueos incautis ciuib. iniiceret? Atqui leges fieri debent verbis & paucis, & claris, vt vniuerſi præſcripto earum manifeſtius cognito vel inhibita declinent, vel permiſſa ſectentur, *l. leges* 9. *C. hoc tit.* Quod ergo aliud eſt leges ſcire quàm earum verba tenere. Ratio decidendi, quia vis & poteſtas legis plerumque aut maior, aut alia eſt, quàm verba præ ſe ferant: eamque vim & poteſtatem niſi quis bene teneat, vix eſt vt de lege illa poſſit reſpondere, ſi quando aliqua opus ſit interpretatione, cùm ratio legis, quæ vix vnquam verbis exprimitur, potiſſimum ſpectanda ſit vt ſciatur, an ad caſus poſteà emergentes verba legis trahi poſſint. *l. adigere* 6. *§. quamuis de iure patr. l. illud quæſitum* 32. *ad l. Aquil.* Deinde cùm non magis permittendum ſit, vt in fraudem legis quid fiat, quam vt contra legem: ſtaus verò hîc legibus fieri dicatur, cùm ſaluis earum verbis mentem & ſententiam legiſlatoris quis circumuenit. *l. contra* 29. *& ſeq. hoc tit.* quomodo poſſet dignoſci, an in legis fraudem quid factum eſſet, ſi legis verba duntaxat teneremus, non etiam earum vim & poteſtatem.

18. CELSVS libro 29. Digeſtorum.

BEnignius leges interpretandæ ſunt, quò voluntas earum conſeruetur.

Ad l. Benignius 18.

Ratio dubitandi, quoniam eius eſt interpretari, cuius eſt condere, *l. vlt. verſ. ſi enim. C. h. tit.* legum igitur interpretatio penes ſolum legiſlatorem eſſe debet, id eſt, penes principem, qui & legum condendarum poteſtatem habet ſolus. *l. 1. l. leges* 9 *cum de nouo* 11. *l. vlt. C. eod.* Ratio decidendi, quia tunc id obtinet, cùm verba legis obſcuriora ſunt quàm vt poſſimus ſententiam eius aſſequi.

Non

Non autem cùm interpretatio aliqua requiritur, quæ ex verbis, licèt aliquantulum ambiguis, concipi poſſit. Hæc enim eſt, ſemperque fuit prudentibus permiſſa *l. 2. §. his legibus 5. & §. poſt originem. de orig. iur. l. Gallus 29. §. 1. de liber. & poſthum. l. talem 51. §. 1. de hæred. inſt.* Cùm autem eiuſmodi interpretatio neceſſaria eſt, nulla dubitatio eſſe poteſt, quin fieri debeat in benigniorem partem: præſertim vt voluntas legis conſeruetur. Omnes enim leges, hoc ipſo quod leges ſunt fauorabiles quoque ſunt: ergo poteſtas earum conſeruanda. Nam & in actibus priuatorum, ſiue teſtamentis, ſiue contractibus conſeruandis, interpretandis, ea ſemper interpretatio capienda eſt, per quam fiat, vt res ſit in tuto, id eſt, ne actus pereat, *l. quoque 12. de rebus dub. l. quoties 80. de verb. obligat.* Ideóque maligna dicitur interpretatio illa, per quam id agitur vt actus corruat. *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſicul. ſequens ſtipulatio de verborum obligat.*

19. Celsvs libro 33. Digeſtorum.

IN ambigua voce legis ea potiùs accipienda eſt ſignificatio, quæ vitio caret [a]: præſertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit.

Ad l. in ambigua 19.

a *Quæ vitio caret*, id eſt, per quam fiat, ne quid malè & abſurdè conſtitutum videatur. Ratio dubitandi, quia cùm dictio aliqua ambigua eſt, ea potiùs interpretatio videtur accipienda, quæ minus recedit à proprietate verbi, & quamuis ea interpretatio factura ſit legem inutilem, aut abſurdam, videtur tamen imputari poſſe legiſlatori cur non ſit vſus verbo clariore & apertiore ex reg. *l. veterib. 39. de pact. l. Labeo ſcripſit 21. de contrah. empt.* Ratio decidendi, quia leges non propter legiſlatorem feruntur, ſed propter publicam vtilitatem, quæ ſemper adiuuanda eſt: vt proinde credendum ſit nihil à legiſlatore conſtitutum fuiſſe, quod abſurdi aliquid aut iniqui habeat. Nam & ſic quoque Imperatorum reſcripta & beneficia ſunt interpretanda. *l. iam hoc iure 4. verſic. incongruè. l. ex facto 43. verſic. etenim de vulgar. & pupillar. l. 2. §. 10. & 16. ne quid in loco public. l. ſi quando 35. C. de inoffic. teſtament.* Notandum autem eſt quod lex addit, *præſertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit.* Nam ſi ea fieret interpretatio, quæ voluntatem legis euerret, non eſſet admittenda: meliúſque eſſet pati, vt quid abſurdi vel iniqui emergeret, vt in *l. profexit 12. qui & à quibus manum.* ſed eo caſu ad principem recurrendum eſſet, vt ei abſurdo & incommodo medeetur. *d. l. 1. & vlt. C. hoc tit.*

20. Ivlianvs libro 55. Digeſtorum.

NOn omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poreſt.

21. Neratiivs libro 6. Membranarum.

ET ideò rationes eorum, quæ conſtituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa ſunt, ſubuertuntur [b].

Ad l. non omnium 20. Et ideò 21.

Ratio dubitandi, quia ius æſtimatur ex ratione *l. quòd non ratione 39. ÿ.* vbi ergo ratio nulla eſt, ibi nec ius eſſe poteſt. Ratio decidendi, quia multa ſunt, quæ neceſſe fuit conſtitui, nulla etiam ratione ita ſuadente: ſed quia nihil erat quod melius poſſet conſtitui, vt puta, ſi quis quærat cur legitima olim eſſet quarta portio portionis ab inteſtato contingentis, potiùs quàm tertia aut quinta? Aut cur hodie ſit triens, aut ſemis pro numero liberorum ex *Nouel. de trient. & ſemiſſ.* Cur maior ſit hodie legitima quinque liberorum, quàm ſi quatuor eſſent, cùm ratio dictet quo plures ſint liberi, eo minorem ſingulorum legitimam eſſe? Cur in teſtamentis ſeptem teſtes adhibeantur, non ſex aut quinque? Cur in codicillis quinque potiùs, quam quatuor aut ſex? & alia huiuſmodi innumera ſunt iuris, non recepti, ſed conſtituti. Nam ſi olim fuiſſet conſtitutum vt legitima eſſet quinta pars vel tertia, perinde poſſes quærere cur non potiùs quarta? Item ſi ſex aut octo teſtium numerus pro ſolemnitate in teſtamentis requiſitus fuiſſet, æquè potuiſſes quærere cur non potiùs ſeptem? Denique in iſtis omnibus quæ ſunt iuris conſtituti, quamuis poſſint etiam aliquam habere rationem, potiſſima tamen & certiſſima eorum ratio, quæ afferri poteſt, illa eſt quòd ita fuerint conſtituta, cùm nihil eſſet quod melius conſtitui poſſe videretur. Recepti iuris alia cauſa eſt: ſemper enim ſuam habet rationem, nec eam vnquam adeò occultam vt non indagari & inueſtigari poſſit. Quid enim recipi potuit à prudentibus ſine ratione? Imò quò quid antiquius receptum eſt, eo certius rationem aliquam habet, licèt tam ſit antiquum vt non poſſit dici quando fuerit receptum, quod prudentes noſtri ius commentitium appellare ſolent. *l. ſi pœna 20. de pœnis.* Abutuntur hac lege imperiti plerique, qui de ratione iuris interrogati, in iis quoque rebus, quorum ratio bona reddi poteſt, & quæ ſunt recepti iuris, & non conſtituti, ſtatim ad hanc legem confugiunt, vt perquirendæ rationis incommodo & neceſſitate ſe eximant. Vnicum huius legis exemplum in toto iure noſtro inuenit Iacobus Cuiacius in *l. liberum 9. de relig. & ſumpt. fun.* vbi tamen non eſt exemplum accommodatum: nec enim agitur eo loco de iure conſtituto, ſed quod vulgò habebatur pro recepto: cùm tamen reuera, neque receptum, neque recipiendum eſſet, vt Caius diſputat. Quomodo & nos plerumque diſputamus contra interpretum opiniones, receptas quidem vulgò, ſed à prudentioribus explodendas. Et hanc interpretationem, quam didici iam pridem à Dom. Franciſco Saleſio I.C. Clariſſimo Theologo & Prædicatore celeberrimo, ac Gebennenſi Epiſcopo, confirmant diſertè verba huius legis, *quæ à maioribus conſtituta ſunt, & l. ſeq. eorum quæ conſtituuntur.* quæ cùm de iure conſtituto expreſſim loquantur, de recepto intelligi non debent.

b *Subuertuntur.* quod eſſet abſurdum & periculoſum, vt dicemus ad *l. minimè 23.* præſertim cùm non ſit bona conſecutio iſta, Ratio iuris nulla reddi poteſt, ergo nulla eſt. Potius enim eſſet inferendum, ergo neſcitur ſiquidem fieri poteſt, vt aliqua fuerit tempore iuris conſtituti, & tamen hodie neſciatur, propter mutatas temporum & perſonarum circumſtantias.

22. Vlpianvs libro 35. ad Edictum.

CVm lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat.

Ad l. Cùm lex 22.

Ratio dubitandi,quia lex, quæ loquitur de futuris,non poteſt nec debet trahi ad præterita, niſi expreſſim de iis diſponat *l.leges 7.C.hoc tit.l.vni in fi. C.de contr.iud.* ergo ſimiliter quæ loquitur de præteritis, non debet intelligi de futuris.Ratio decidendi, quia longum eſt prouidere negotiis futuris, non præteritis. *dict.l.leges 7.* ideóque faciliùs eſt vt trahantur ad futura, non vt idem in futuris diſponere intelligantur quod diſponunt in præteritis, ſed e contrario, vt quod indulgent in præteritis, vetare intelligantur in futuris. Indulgentia enim ad ea tantùm pertinet, quæ prohibita eſſe vult legiſlator, niſi quatenus indulget. Ergo indulgentia reſtricta ad tempus præteritum includit tacitam prohibitionem in futurum. Idque eſt quod dici ſolet, incluſionem vnius, eſſe excluſionem alterius. *vulg. l.cùm prætor 12.de iudic. cum ſimilibus.* Ergo & ſi quid lex vetat in futurum expreſſim,eadem in præteritum indulgere videbitur. Sed ſi è contrario aliquid indulgeat in futurum, non idcirco videbitur de iis, quæ contrà in præteritum facta fuerint puniendis cogitaſſe: non ſolùm quia leges non fiunt vt dent formam præteritis negotiis, niſi de iis nominatim diſponant.*d.l.leges 7.*ſed etiam, quia eſſet perabſurdum indulta in præteritum non videri, quæ in futurum indulgerentur, cùm eſſet longè vtilius prohibenda in futurum prohibere, quàm in præteritum.

23. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

MInimè ſunt mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt.

Ad l. Minimè 23.

Ratio dubitandi, quòd eueniat plerumque,vt quæ aliquando vtilia fuerint, poſtea deſinant eſſe aut videri vtilia, & conſequenter immutanda ſint.Sic legem 12.tabul. videmus correctam eſſe nouo iure, & pleriſque Imperatorum conſtitutionibus: ipſas etiam Imperatorum conſtitutiones nouiſſimo iure emendatas à Iuſtiniano in Nouellis. Quò etiam pertinet elegans illa Marci Tullij ſententia in epiſt. 9. ad Lentulum: Nunquam, inquit, præſtantibus in Republica gubernanda viris laudata eſt in vna ſententia perpetua permanſio.Sed vt in nauigando tempeſtati obſequi artis eſt, etiam ſi portum tenere non queas, cùm verò id poſſis mutata velificatione aſſequi, ſtultum eſt, eum tenere cum periculo curſum quem ceperis potius, quàm eo commutato quò velis tandem peruenire. Sic in adminiſtranda Republica, non idem ſemper dicere, ſed idem ſemper ſpectare debemus.Ratio decidendi. Intelligenda eſt hæc lex, niſi euidens vtilitas ſit, quæ aliter ſuadeat, vt recedatur videlicet ab eo iure, quod diu æquum viſum eſt. Tunc enim poſſunt mutari etiam ea, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt. *l. 1.infr.tit.prox.* Itaque quod ait hæc lex *minimè*, explicandum eſt, *non facilè*. Omnis enim mutatio in Republica periculoſa eſt, vt dicebat Plato, ſed legum periculoſiſſima, quia ſunt columnæ & fulcra Reip.

24. CELSVS libro 9. Digeſtorum.

INciuile eſt, niſi tota lege perſpecta [a] vna aliqua particula eius propoſita, iudicare vel reſpondere.

Ad l. Inciuile 24.

a *Perſpecta.* Ratio dubitandi, quia fieri facilè poteſt, vt lex feratur de diuerſis rebus, quarum vna nihil commune habeat cum cæteris: quo caſu tot videntur leges quot ſunt capita, vt *Nouell.115.vt cùm de appellat.cog.&c.& de aliis capitulis.* Sicut dicimus de ſtipulationibus. *l.ſcire debemus 29.de verb.oblig.* & de ſententiis. *l etiam ſi patre 29. §. 1. de minor.* Ratio decidendi,quia è contrario fieri poteſt, vt in qua alia parte legis aliquid ſit, quod ad aliam explicandam maximè pertineat, & ex qua voluntatem legiſlatoris coniici oporteat.Quod an ita ſit necne, non niſi perſpecta tota lege ſciri poteſt. Nam & idem in ſtipulationibus euenit. *l.Titia 144. §.1.de verb.oblig.*& in teſtamentis, vt ſcilicet vna pars per aliam declaretur *l. qui filiabus de leg.1. l.quæſitum 12. §.antep.de inſtruct.legat.l.vlt.de hered.inſtit.* Ideóque nimirum de his controuerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis cognitiſque verbis totius teſtamenti. *l. de his 6. de tranſact. l.1.teſtam.quemad.aper.*

25. MODESTINVS libro 8. Reſponſorum.

NVlla iuris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, vt quæ ſalubriter pro vtilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum [b] producamus ad ſeueritatem.

Ad l. Nulla iuris 25.

b *Contra ipſorum commodum.*Ratio dubitandi, quia plerumque fit, vt qui in vno releuatur per legem, in alio grauetur: & contrà, eiúſque rei exempla quamplurima ſunt apud noſtros interpretes, quibus frequentiſſimum eſt vſurpare hoc brocardicum.Item, quia nemo poteſt legem pro ſe introductam diuidere, & pro parte agnoſcere, pro parte repudiare.*l.ſi ita 39.in fin.de op.libert.l.nam abſurdum 7.de bon. lib.l.cum qui tacitum 18.in fin.de his quibus vt indign. l. cùm quæritur 16 de adminiſtr.tutor.* Denique commodum quidem & amplecti, onus verò & incommodum abiicere. *l. 4. & 5. §.de leg.2. l.legatarius 38. de legat. 1.* nihil ergo vetat eandem legem quæ ex parte tibi faueat, ex alia tamen parte tibi nocere. Ratio decidendi, quia legiſlatoris mens ſpectanda ſemper & ſeruanda eſt, quæ porrò non fuit vt ei noceret,cui è contrario fauere voluit. *l.quod fauore.6.C.h.tit.*Exempla ſunt elegantia in *l.5.§.1.C.de ſec.nup.l.plures.19.in fin.C.de fi. inſtr.l.pe.C. ad Treb.l.3. §. 5. de Carb. edi.* Idque eſt quod vulgò iactari ſolet, actus non operari vltra intentionem agentium,*l.non omnis 19.de reb.cred.* & inducta ad vnum finem non debere contrarium finem operari.*l.legata 19. de leg.1.l.legata 14.de adim.leg.l.in ratione 30. §.7.in fi.ad leg.Falcid.*

26. PAVLVS libro 4. Quæſtionum.

NOn eſt nouum, vt priores leges ad poſteriores trahantur [a].

27. TERTVLLIANVS libro 1. Quæſtionum.

IDeo, quia antiquiores leges ad poſteriores trahi, vſitatum eſt: & ſemper quaſi hoc legibus ineſſe credi oportet, vt ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque ſimiles erunt.

Ad l. non eſt nouum, &c. 26. & 27.

a *Trahantur.*] Ratio dub. quia priores leges non poſſunt videri de poſterioribus cogitaſſe. Lex enim neſcit futura, quæ nec ipſa natura ſcit, ſi Theologis & veritati credimus magis quam Paulo noſtro, qui contra proculdio ſenſit, in *l. ſed etſi* 28. §. *vlt. de iudic.* Non poſſunt ergo priores leges trahi ad poſteriores ex legiſlatoris voluntate, ſiue expreſſa, ſiue tacita, quæ tamen ſemper ſpectanda eſt cùm agitur de legis interpretatione.

Ratio decidendi, quia legibus omnibus hoc ineſſe credi oportet, vt ad eas quoque perſonas, & ad eas quoque res pertinerent, quæ quandoque ſimiles erunt, vt ait *h. l. adeo* 27. vt tamen priores leges ad poſteriores trahantur, fieri debet ea protractio vel poſterioris legis autoritate, vt cùm lex Falcidia quæ de legatis tantùm locuta eſt, protracta fuit ad fideicommiſſa ſingularia per S. C. Pegaſianum. §. *ſed quia. verſ. & ſingulis. de fideicomm. hered.* vel autoritate magiſtratus, qui præeſt iuriſdictioni, vel denique Principis conſtitutione, vt diximus ad *l.* 10. 11. 12. 13. *h. tit.*

28. PAVLVS libro 5. ad Legem Iuliam & Papiam.

SEd & poſteriores leges ad priores pertinent [b]: niſi contrariæ ſint [c]: idque multis argumentis probatur.

Ad l. 28. Sed & poſteriores.

b *Ad priores pertinent.*] Ratio dubitandi, quia fruſtra fiunt leges poſteriores de iis rebus de quibus aliæ iam extant priores. Non poſſunt igitur poſteriores eſſe non ſuperuacuæ, ex qua parte pertinent ad priores. Ratio decidendi, quia plerunque ſunt neceſſariæ poſteriores, ad priores vel ſupplendas, vel interpretandas, vel producendas: quod cùm euenit, priores non ſolùm non abrogant, ſed etiam confirmant: & ſicuti eas interpretantur, ita & viciſſim ex iis interpretationem recipiunt, perinde atque ſi vna eadémque lex eſſet.

c *Niſi contrariæ ſint,*] inquit lex. quoniam eo caſu cùm ſimul ſtare non poſſint, potiores ſunt illæ quæ ſunt poſteriores. *l. vlt. in fin. tit. prox.* Legum enim eſt leges abrogare, & legibus imperare.

29. PAVLVS libro ſingulari ad legem Cinciam.

COntra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem verò [d], qui ſaluis verbis legis, ſententiam eius circumuenit.

30. VLPIANVS libro quarto ad Edictum.

FRaus enim legi fit, vbi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit [e], id fit: & quod diſtat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, *id eſt, dictum à ſententia,* hoc diſtat fraus ab eo, quod contra legem fit.

Ad l. Contra legem 29. & Fraus enim 30.

d *In fraudem verò.* Ratio dubitandi, quia, vel æſtimanda eſt lex ex verbis tantùm, vel ex ſententia quoque legiſlatoris: ſi ex verbis tantùm, conſequens eſt vt neque contra legem, neque in fraudem legis quicquam faciat is, qui ſaluis verbis legis ſententiam eius circumuenit. Si verò mens quoque legiſlatoris ſpectanda, & quidem potiſſimum eſt, vt eſt, ergo non minus contra legem facit, qui contra mentem, quàm qui contra verba legis facit. Ratio decid. quia lex cùm per ſtipulationem Senatorij magiſtratus interrogantis, & totius Reip. ſponſionem fiat, vt diximus ad *l.* 1. non niſi ex verbis æſtimari poteſt. Proinde non fit contra legem, niſi quod fit cõtra verba legis. At quoniam ex verbis legis volũtas quoque legiſlatoris cognoſcitur, nec verba ipſa vim vllam habent, niſi ex mente, & ob mentem legiſlatoris *l. Labeo ait* 7. §. *vltim. de ſup. legat.* Inde etiam fit, vt non minus legiſlatorem offendat is, qui facit contra ipſius voluntatem, quàm qui contra legis verba. Proinde licèt nihil facit contra legem, facit tamen in fraudem legis, cùm quod legiſlator vna via fieri prohibuit, tentat alia facere *l. ſcire oportet.* 21. §. 21. *de tutor. dat. ab.* Imò grauius peccat, qui in fraudẽ legis facit, quàm qui contra legem. Exprobrat enim legiſlatori imperitiam, quod legem mancam minuſque plenam fecerit, nec poteſt carere dolo, qui captat occaſionem delinquendi contra legem ſaluis verbis legis. Cum è contrario qui peccat apertè contra verba legis, potius per errorem quàm per imprudentiam id facere credatur: arg. *l. vltim. in fin. de ritu nupt.* Quis enim tam imprudens ſit, vt legis verba aperta & enixa velit vltrò infringere?

e *Non vetuit.* Aliud ergo eſt non vetare, aliud velle, ſicut è contrario aliud eſt nolle, aliud vetare, vetare nemo poteſt ſine verbis, velle aut nolle poteſt etiam ſine verbis. Non enim ſicut verba vim accipiunt ex mente & voluntate proferentis, ita & voluntas vim à verbis accipit. Sic aliud eſt prohibere, aliud nõ permittere, aliud quoque non prohibere, aliud permittere. *l. nec non* 18. §. *quod eius ex quib. cauſ. maior.* Aliud denique velle, aliud non nolle: & contra aliud nolle, aliud non velle. *l.* 1. §. *ſcientia. de trib. act. l. pater Seuerianam* 101. *de condic. & dem.*

31. VLPIANVS libro 13. ad legem Iuliam & Papiam.

PRinceps legibus ſolutus eſt. Auguſta autem, licèt legibus ſoluta non eſt [a]: principes tamen eadem illi priuilegia tribuunt, quæ ipſi habent [b].

Ad l. Princeps 31.

Ratio dubitandi, quia cùm omnis lex inuentum ac munus Dei ſit, eámque oporteat præeſſe bonis ac malis, & principem ducémque eſſe Reip. denique cùm ea regina omnium diuinarum & humanarum regina ſit *l. 2. hoc titul.* quomodo fieri poteſt vt non ipſum quoque principem teneat? Ratio decid. quia princeps ſupra leges eſt, cùm lege Regia quæ de imperio eius lata eſt populus ei, & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem contulerit. Ergo quemadmodum populus non poteſt eam ſibi legem dicere, ne poſſit à priore voluntate, quæ legem fecerat recedere, ita neque princeps qui populi imperium & poteſtatem habet: ſicut nec teſtator, cùm facit legem

priuatam faciendo teſtamentum. *l. ſi quis in principio 22. de leg. 3.* digna tamen vox eſt maieſtate principis, legibus ſe alligatum principem profiteri, & maius quiddam imperio eſt legibus ſubmittere principatum, *l. 4. C. hoc tit.* Ideò verius eſt dicere, & conuenientius principem legibus ſolutum videri, quam ſolutũ eſſe, vt loquitur *l. ex imperfecto 23. de leg. 3.* Quanquam & qui dicit principem legibus ſolutum eſſe, hoc ipſo exprimit ſatis fuiſſe illũ aliquando alligatũ. nec enim ſolutus dici poteſt, niſi qui fuit antea ligatus, fuit autẽ princeps ligatus, non ſolùm tanquã homo, & inſpecto eo tempore, quo nondum princeps fuit, ſed etiam inſpecto eo iure, quod ante legem regiam obtinebat. Et quamuis poſt legem Regiam quiſquis princeps eſt, ſit legibus ſolutus tanquam princeps, cùm tamen obligatus ſit tanquam homo, & ſemper meminiſſe debeat ſe hominem eſſe, nihil melius facere poteſt, quàm ſi & verbis & quod præcipuum eſt, moribus ac vita ſe legibus alligatum profiteatur. *l. Imperatorem 9. de hared. inſtit.* vbi bene Baldus plura priuatis permitti, quàm principi: & principem magis quam alios ab illicitis abſtinere oportere. Nam vt bene Cicero in epiſtola ad Lentulum, Quales in Rep. ſunt principes, tales reliqui ſolent eſſe ciues.

a *Soluta non eſt.* Ratio dubitandi, quia principis & Auguſtæ eadem perſona eſſe videtur, ſaltem conſtante matrimonio, vt & aliorum coniugum quorumlibet, *l. 1. de rit. nupt.* Habet ergo eadem iura, & eaſdem prærogatiuas. *l. 3. C. de quad. præſcript. l. fiſcus 6. in fin. de iur. fiſc.* Ratio dec. Quia lex Regia de principe tantùm locuta eſt, non de Auguſta. Neque ſane lex Regia ad fœminas pertinere potuit, non magis, quàm vt Romani fœminam ſibi imperare paterentur. Idem tamen iuris ſibi vindicant fœminæ, ſicubi principes ſunt, & populis imperant: vt in Hiſpania, Anglia, Scotia, & pleriſque aliis locis, cùm habeant regiam & ſupremam poteſtatem.

b *Eadem illi priuilegia tribuunt quæ ipſi habent.* non ergo ex iure communi, ſed ex priuilegio habet princeps, vt legibus ſolutus videatur. Fuit enim lex Regia veluti priuata quædam lex, quæ vnius hominis voluntatem & dignitatem intuita eſt potiùs quàm Reipub. vtilitatem: id quam ſanè populus Roma. nunquam pertinere credidit, vt ab hominis vnius voluntate tota reſp. penderet, niſi ſi quando grauiſſimis & periculoſiſſimis Reip. temporibus dictator aliquis in eam rem à populo ipſo eligeretur. Habet itaque princeps priuilegium à populo, Auguſta verò à principe, qui tamen priuilegium ſuum Auguſtæ tribuere & communicare non poſſet, niſi tale eſſet priuilegium per quod fit, vt ille ſit ſupra leges.

32. IVLIANVS libro 94. Digeſtorum.

DE quibus cauſis ſcriptis legibus non vtimur id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt: & ſi qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum & conſequens ei eſt [d]. ſi nec id quidem appareat: tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, ſeruari oportet. 1. ¶ Inueterata conſuetudo pro lege non immeritò cuſtoditur. (& hoc eſt ius, quod dicitur moribus conſtitutum.) Nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quòd iudicio populi receptæ ſunt: meritò & ea, quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes: nam quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis? Quare rectiſſimè etiam illud receptum eſt, vt leges non ſolùm ſuffragio legiſlatoris, ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur [e].

Ad l. 32. De quibus.

c *Moribus & conſuetudine.*] Ratio dubitandi, quia moribus & conſuetudini non conuenit definitio legis de qua *l. 1. & 2. h. t.* vt ſit commune præceptum, virorum prudendentium conſultum, communis Reipublicæ ſponſio. Quod enim præceptum eſſe poteſt ſine verbis? Quodnam prudentum conſultum in eo iure, quod inducitur ex tacito conſenſu populi, ac proinde etiam vulgi, quo nihil imperitius? Quænam denique ſponſio Reipub. nemine interrogante?

Ratio decidendi, quam lex ponit, quia cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa non teneant quàm quod iudicio populi receptæ ſint, meritò & ea quæ ſine ſcripto vllo populus probauit tenebunt omnes. Nam quid intereſt an ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret an rebus ipſis & factis? Neque deeſt hic prudentum conſultum, cùm populus conſtet etiam ex Senatu & magiſtratibus, quorum etiam authoritate & rebus iudicatis hoc ius fultum eſſe oportet. *l. cùm de conſuetudine. 34. & l. nam imperator. 38. hoc tit.*

d *Tunc quod proximum & conſequens ei eſt.*]Senſus eſt: in iure non ſcripto interpretando idem faciendum eſſe quod in ſcripto, vt ſi quando deficiat, ſupplendum ſit ex eo, quod in ſimilibus cauſis & quæ maiorem cum propoſito caſu affinitatem habeant, conſtitutum vel receptum inueniatur. Quod enim legibus ſcriptis ineſſe credi oportet, vt ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt. *l. ideo 27. h. tit.* idem de moribus quoque & conſuetudine dici poteſt. Ratio dubitandi erat, quia ius hoc conſuetudinarium inducitur ex tacito populi conſenſu: Qui conſenſus porrò non inducitur, niſi ex facto: ergo non niſi quatenus factum eſt.

Ratio decidendi, quia ex eo quoque, quod populus per longum tempus in quibuſdam cauſis fecit, colligi ſatis poteſt quid ille in ſimilibus cauſis facturus fuerit, ſi caſus contigiſſet. Vbi enim eadem ratio eſt, idem ius conſtitui ſemper debet, ſiue expreſsè, ſiue tacitè ius illud conſtituatur. *l. illud quæſitum. 32. ad l. Aquil.*

e *Abrogentur.*]Ratio dubitandi. ex *l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* Ratio decidendi, non poteſt quidem conſuetudo vincere legem, ſed deſuetudo poteſt eam abrogare: quia cùm tacitus ille conſenſus populi ſit lex quædam tacita, tantam vim habens quantam expreſſa; conſequens eſt, vt quemadmodum per poſteriorem legem expreſſam prior poſſit abrogare, ita & poſſit per deſuetudinem, quaſi per quandam legem tacitam. Itaque plus poteſt deſuetudo ad legem abrogandam, quàm conſuetudo legi contrariæ, ſi præſupponas deſuetudinem nullam eſſe, quomodo fieri facilè poteſt vt lex vigeat, & cõſuetudo aliqua contra legem inducatur. Deſuetudo enim requirit tacitum conſenſum totius populi, vt hæc [illegible] ait, conſuetudo verò non item; niſi ea quæ vim legis habeat. Denique poteſt vincere legem, ea demum conſuetudo quæ deſuetudinem admixtam habeat, quod tamen cùm ſit non tam conſuetudo, quàm deſuetudo illa eſt, quæ vincit & abrogat legem.

33. VLPIANVS libro 1. de officio Proconſulis.

DIuturna conſuetudo pro iure & lege [a] in his, quæ non ex ſcripto deſcendunt, obſeruari ſolet.

Ad l. Diuturna 33.

a *Pro iure & lege.*] Ratio dubitandi, quia conſuetudo inducitur, & vim accipit ex tacito totius populi conſenſu. *l. prox. ſup.* ergo deſinit vim habere deficiente illo totius populi conſenſu ex *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout quidque 80. de ſolut.* Atqui non adeſt totius populi conſenſus, ſtatim atque adſunt qui diſſentiant: ergo non debet conſuetudo vim legis obtinere contra inuitos.

Ratio decidendi, quia quod populi totius tacito conſenſu inductum eſt, & legis vim habere cœpit, non pendet amplius ex huius vel illius hominis voluntate. Totius ergo populi conſenſum interuenire neceſſe eſt, in eo iure per deſuetudinem abrogando. Proinde, quandiu abrogatum non eſt, pro iure ac lege haberi debet.

34. VLPIANVS libro 4. de officio Proconſulis.

CVm de conſuetudine ciuitatis, vel prouinciæ confidere quis videtur: primùm quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio [b] conſuetudo firmata ſit.

Ad l. Cùm de conſuetudine 34.

b *Contradicto aliquando iudicio.*] Ratio dubitandi, quia non poteſt conſuetudo aliqua firmari in iudicio contradictorio, quin habeat vim legis. Ergo ad inducendam conſuetudinem, quæ habeat vim legis, non eſt neceſſaria authoritas rerum iudicatarum, quæ ipſa conſuetudinem iam inductam præſupponit.

Ratio decidendi, quia rerum iudicatarum authoritas, licèt non inducat conſuetudinem inductam, tamen probat; quod magnum quidpiam eſt. Nec enim facilis probatio eſt conſuetudinis, quam probare oportet ex tacito conſenſu totius populi, & ex vniformi eius obſeruatione. Sic dicimus per confeſſionem depoſitarij non induci obligationem depoſiti, probari tamen depoſitum; quod non niſi re contrahitur. *leg. Publia. 26. §. vltim. depoſ.*

35. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

SEd & ea, quæ longa conſuetudine comprobata ſunt, ac per annos plurimos obſeruata, velut tacita ciuium conuentio [c], non minùs, quàm ea, quæ ſcripta ſunt iura, ſeruantur.

Ad l. 35. Sed & ea.

c *Velut tacita ciuium conuentione.* Ratio dubitandi, quia non poſſent vniuerſi ciues expreſsè conſentire, etiamſi maximè vellent. *l. 1. §. vlt. de acq. poſſ.* Ergo nec tacitè conuenire, quando conuentio nulla eſſe poteſt ſiue expreſſa, ſiue tacita, ſine conſenſu. *l. 1. 2. 3. 4. de pact.*

Ratio decidendi, quia facilius eſt vt vniuerſus populus conſentiat tacitè, & velut tacita conuentione, quam vt expreſsè, cùm tacita conuentio inducatur, non ex eo quod omnes faciunt, ſed ex eo quod aliquibus id facientibus & obſeruantibus, quod nulla lege expreſſa permiſſum eſt, cæteri omnes patiuntur diſſentiente nemine. Nam & in expreſſa lege ſancienda, quæ vniuerſos obliget, non tamen neceſſe eſt vt vniuerſi conueniant, ſed ſufficit vt ij tantùm qui ius comitiorum habent; & vt nihil ex ſolemnibus deſit.

36. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

IMmo magnæ authoritatis hoc ius habeãtur: quod in tantum probatum eſt, vt non fuerit neceſſe [d] ſcripto id comprehendere.

Ad l. 46. Imò magna.

d *Vt non fuerit neceſſe.*] ſcilicet ad dandam huic iuri non ſcripto authoritatem, cuius proinde inducendi magnam rationem eſſe neceſſe eſt, eámque valdè cognitam, vt ſola obſeruatio pro obſeruandi neceſſitate eſſe poſſit. Ratio dubitandi, quod plerunque ius conſuetudinarium etiam ſcribitur, vt videmus in tota ferè Gallia, conſuetudines prouinciarum non modò ſcriptas, ſed etiam variis commentariis illuſtratas eſſe.

Ratio decidendi, quia ſcriptura illa non requiritur ad conſuetudinem inducendam, ſed ad probandam eam quæ inducta iam eſt. Idque ad maximam totius Reipub. vtilitatem, cuius valdè intereſt ius conſuetudinarium certum eſſe: vt & litibus innumeris, & ſumptibus magnis, quos ad probationem fieri oporteret, via præcludatur. Sic dicimus contractus pleroſque, etiam qui conſenſu perficiantur nec ſcripturam aliquam exigant, tamen conſcribi, non vt fiant contractus in ſcriptis, ſed ad commodiorem rei geſtæ probationem *l. contrahitur 4. de pignor. l. 4. de fide inſtrument.* Sic teſtamentorum alia eſſe in ſcriptis, alia nuncupatiua: nec eo minus tamen ſcribimus hodie paſſim teſtamenta nuncupatiua: ne ſcilicet morientibus teſtibus fides ipſorum intercidat. Eodem igitur modo ius conſuetudinarium poteſt ſcriptum eſſe, nec eo minus tamen dici non ſcriptum: quia non eſt neceſſaria ſcriptura ad ſubſtantiam eius conſtituendam, quomodo neceſſaria eſt, cùm agitur de iure ſcripto inducendo.

37. CALLISTRATVS libro 1. Quæſtionum.

SI de interpretatione legis quæratur: in primis inſpiciendum eſt, quo iure ciuitas retrò in eiuſmodi caſibus vſa fuiſſet: optima enim eſt legum interpretes conſuetudo [a].

38. CALLISTRATVS libro 1. Quæſtionum.

NAm Imperator noſter Seuerus reſcripſit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum authoritatem [b], vim legis obtinere debere.

Ad l. 37. Si de interpretatione. & 38. Nam Imperator.

a *Conſuetudo.*] Ratio dubitandi, quia eius eſt interpretari, cuius eſt concedere *l. 1. le. C. hoc tit.* Atqui conſuetudo non poteſt inducere & condere ius ſcriptum, cùm à iure ſcripto differat tota ſpecie. *l. ius ciuile 6. de iuſt. & iur.* nec enim vna ſpecies aliam conſtituere vnquam poteſt, ſecundùm Philoſophos, ergo neque poterit ius ſcriptum interpretari.

Ratio decidendi, conſuetudo habet vim legis, ergo multò magis poteſt legem interpretari. Quia quamuis non ſit lex ſcripta, nihil tamen vetat legis ſcriptæ interpretationem eſſe non ſcriptam. Idem enim vtriuſque iuris & ſcripti & non ſcripti legiſlator populus eſt, qui an ex ſcripto an ſine ſcripto leges vel ſcriptas vel non ſcriptas interpretetur nihil planè intereſt. Quod autem lex ait, *Quo iure ciuitas retro in huiuſmodi caſibus vſa ſit:*

dubitationem parit quanti temporis conſuetudinem eſſe oporteat, vt habeat vim legis. Sunt enim qui decennium requirant, ex *l. diuturna 33. hoc tit.* Diuturnum ſiquidem dicitur, quod per longum tempus ſtetit, id eſt, per decennium, *l. ſi quis diuturno 10. ſi ſeruit. vind. l. cùm de in rem 6. de vſur. l. ſi cùm fideicommiſſa 16. §. Ariſto. qui & à quib. man.* Alij tempus immemoriale ex *l. 1. §. vlt. de acq. plu. arc. l. 3. §. ductus aquæ. de aq. cot. & æſt.* Dicendum eſt, quammcumque tempus ſufficere, ſi modò appareat in omnibus caſibus, qui poſt legem ſcriptam contigerint, idem fuiſſe vniformiter obſeruatum. Vniformitas enim obſeruationis præcipuè illa eſt quæ conſuetudinem conſtituit, ideóque plures actus interueniſſe neceſſe eſt, vt de vniformitate illa poſſit conſtare, *h. l. nam Imperator 38.* vbi, quod I. C. ait, *perpetuò*, denotat pluralitatem actuum, quod addit, *ſimiliter*, vniformitatem. Ait lex *In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur:* quia ſi nulla ſit ambiguitas non poteſt conſuetudo quidquam addere vel detrahere legi. *l. 2. Cod. quæ ſit long. conſ.*

b Ait lex, *Conſuetudinem aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum authoritatem.* alterutrum ergo ſufficit, nec proinde neceſſe eſt rerum iudicatarum authoritatem interuenire ad conſuetudinem conſtituendam, multominus vt ſæpius iudicatum ſit, *l. cum de conſuetudine 34.* in verb. *aliquando h. tit.*

39. CELSVS libro 23. Digeſtorum.

QVod non ratione introductum, ſed errore [c] primùm deinde conſuetudine obtentum eſt: in aliis ſimilibus non obtinet.

Ad l. 39. Quod non ratione.

c *Non ratione introductum ſed errore.* Ratio dubitandi, quia ius æſtimatur ex ratione, vt ſæpius diximus. Ergo vbi ratio non eſt, ſed error, ibi ius eſſe non poteſt: præſertim cùm dici ſoleat, errantis nullam eſſe voluntatem *l. ſi per errorem 15. de iuriſd.* Ergo fieri nequit vt longa vnquam conſuetudine obtineat, quod non ratione, ſed errore primùm inductum fuit.

Ratio decidendi. Non obtinet in ſimilibus aliis, vt lex ait, id eſt, in iis caſibus, qui poſt compertum errorem contingunt: quia nec ius facit huiuſmodi conſuetudo, cùm non poſſit vincere rationem. *l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* Nam ſi ius faceret, non tantùm obtineret in aliis cauſis ſimilibus ſpecie, ſed etiam traheretur ad conſequentias, id eſt, ad alias cauſas, quæ genere tantùm ſimiles eſſent. *l. de quibus 32. ſup. eod.* intellige igitur *ſimilia*, non tantùm genere, ſed etiam ſpecie. Senſus enim huius legis eſt, conſuetudinem non ratione, ſed errore primùm inductam, non ſolùm ad conſequentias produci non debere, ſed nec in ſimilibus caſibus obtinere, in quibus antea obtinuit. Quæ tamen obtinuerunt & obſeruata ſunt, non reuocantur: ſicuti nec quæ decreta ſunt à ſeruo, qui per errorem & liber, & prætor putabatur. *l. 3. de off. prætor.* Non quod communis error ius faciat, vt vulgò creditur imperitè, ſed propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet vt multa facta durent, quæ fieri prohibentur, *dict. l. 3. l. patre furioſo 8. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Itémque vt ſubueniatur iis, qui iuſto & probabili errore ſunt decepti, qualis eſſe ſolet ille, qui eſt communis & publicus: vt in *l. 3. §. 1. ad S.C. Maced. l. cùm quidam 30. §. quod dicitur de acq. hered.* Nam quod ſcriptum eſt in *l. 3. §. vltim. de ſupell. leg. & error ius facit:* ſic dicitur à Iureconſulto quaſi abſurdum quidpiam, vt ſolet Paulus noſter loqui, cùm aduerſus aliorum opinionem diſputat; quam tamen videt præualere, vt in *l. debitor 55. in fin. princ. ad Trebell.* idque apparet ex eo quod præcedit, *hodie propter vſum imperitorum.* Perinde namque eſt ac ſi dicerem, hodie propter interpretum impetitiam, innumera in iure noſtra haberi pro veris, quæ tamen euidenter ſunt falſa, & errorem ius facere.

40. MODESTINVS libro 1. Regularum.

ERgo omne ius aut conſenſus fecit [a], aut neceſſitas conſtituit [b], aut firmauit conſuetudo [c].

Ad l. Ergo omne ius 40.

a *Aut conſenſus fecit.* ſcilicet totius populi, & quidem expreſſus conſenſus, quod contingit in legibus, itémque in plebiſcitis, quæ lege Hortenſia vim legis habent. *§. lex eſt. & §. plebiſcitum. inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* & in conſtitutionibus principum, propter legem regiam. *l. 1. ſ. tit. prox.*

b *Aut neceſſitas conſtituit.* Senatuſconſulta intelligit. Nulla enim lex eſt, quæ ſenatuſconſultis vim legum dederit, ſed ſola neceſſitas fecit, vt vim legis ea habere oportuerit. Nam cùm eſſet auctus populus Romanus in eum modum, vt difficile eſſet in vnum eum conuenire, & conuocari legis ſanciendæ cauſa, cùm tamen quotidie noui caſus emergerent, qui in noua Rep. nouam legem implorabant: æquum viſum eſt, aut potius neceſſarium, ſenatum populi vice conſuli. *§. ſenatuſconſultum inſtitut. de iur. nat. gent.* Ideóque potuit ſenatus facere, non quidem legem, ſed legi ſimilem conſtitutionem. *§. quos autem. inſtit. de bon. poſſ.* id eſt, ea omnia quæ lex ipſa facere poterat putà heredem. *tot. tit. ad SC. Tertyl.* Itaque dicuntur ſenatuſconſulta per ſe obtinere perpetuam firmitatem. *l. vn. C. de ſenatuſconſ.* non quaſi ſenatus, tanquam ſenatus ius habuerit condendi legem, aut legi ſimilem conſtitutionem, ſed quatenus hoc facit vice populi.

c *Aut firmauit conſuetudo.* Rectè firmauit, quia conſuetudo non inducit ius non ſcriptum, ſed tacitus populi conſenſus. At conſuetudo inductum firmat, ne poſſit dubitari, quin ius ſit, quod alioqui pro iure & lege in poſterum haberi non deberet. Ratio dubitandi. Ad hanc legem, quia omnis diuiſio generis debet eſſe plena, & continere omnes ſpecies, vt ſit perfecta. Atqui non videtur hac diuiſione contineri ius Prætorum, nec reſponſa prudentum, quæ tamen iuris ciuilis partem conſtituunt.

Ratio decidendi. Imò continentur ſub iis verbis, *aut neceſſitas conſtituit.* Creatis enim magiſtratibus in vrbe, neceſſe fuit eam ipſis autoritatem præſtari, vt quod decernerent ſiue inter priuatos, ſiue in commune iuris vim & poteſtatem haberet: cùm per eos ſolos qui iuri dicundo præſunt effectus iuris, & legum accipiatur. Quid enim prodeſſet ius in ciuitate eſſe niſi eſſent qui iura regere poſſent? *l. 2. §. poſt originem de orig. iur.* quomodo autem iura regerent, qui ipſi iuris conſtituendi poteſtatem non haberent? Porrò cùm non poſſint magiſtratus ius dicere, quin neceſſaria in eam rem ſit diſputatio fori, neceſſariò factum eſt, vt ea iuris interpretatio & tractatio deſideraret prudentium authoritatem. *d. l. 2. §. his legibus 5.* Nam nec poteſt ius conſtare niſi ſint aliqui iuriſperiti, per quos poſſit quotidie in melius produci. *d. §. poſt originem.*

41. VLPIANVS libro 1. Inſtitutionum.

TOtum autem ius conſiſtit aut in adquirendo [d], aut in conſeruando [e], aut in minuendo [f]: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiuſque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius ſuum conſeruet, aut quomodo alienet, aut amittat.

Ad l. vlt. Totum autem.

d *Aut in acquirendo.* Ad hanc pertinent obligationes, contractus, teſtamenta, & alij quotquot ſunt modi acquirendi, ſiue ſingulariter, ſiue per vniuerſitatem: de quibus toto *lib. 2. & 3. Inſtitut.* ſunt enim comparatæ obligationes, & inducti contractus, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verbor. oblig.*

e *Aut in conſeruando.* Ad hanc pertinent actiones, tam ciuiles quàm honorariæ, & interdicta. Eſt enim actio ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur *l. nihil aliud 51. de oblig. & act.* ideóque non dicitur acquirere, qui agit, quia is qui actionem habet, rem quoque ipſam iam habere videtur. *l. is qui actionem 15. de reg. iur.* Etſi in effectu plus eſt rem habere, quam actionem propter incertum euentum, & moras, & ſumptum iudicij, adeóque executionis iudicati. *l. minor. annis 40. in princ. de minor. l. quod debetur 51. de pecul.* Pertinent etiam ad hanc partem exceptiones: nec enim dantur vnquam pro iure quærendo, ſed pro iam quæſito conſeruando. Et generale eſt, in actionibus & exceptionibus omnibus, vt nunquam dentur, niſi ei cuius intereſt. *l. 3. de verb. oblig. l. 3. de compenſat.* Ergo [illegible] ius quæſitum conſeruetur.

f *Aut in minuendo.* Ad hanc partem pertinent donationes, & delicta. His enim modis patrimonium cuiuſque minuitur. Nam qui vendit, aut permutat, aut in ſolutum dat, [illegible] ſi alienat, non tamen ſemper patrimonium ſuum minuit, ſed plerunque auget: cum nihil prohibeat per eiuſmodi contractus, aut alios ſimiles fieri quem locupletiorem, cùm is quoque qui ſoluit debitori ſuo fiat locupletior, quoniam à debitu liberatur. *leg. ſi pupilli 66. de ſolut.* At nemo vnquam donando fit locupletior, cùm donare ſit perdere. *l. filiusfamilias [illegible] de donat.* vt neque delinquendo. *lege 3. de adminiſtr. tutel. l. itaque fullo 12. §. 1. de furt*

Ratio dubitandi, quia iura generaliter conſtituta ſunt in omnes perſonas. *l. quod enim ſemel 6. eod.* ergo etiam ad eos pertinent, qui bona nulla habent, puta filiosfamilias, qui licet fuerint capaces acquiſitionis, nolentibus patribus ſibi acquiri, nihil tamen habere olim potuerunt inuito patre. *l. placet 79. de acquirend. heredit.* Atqui is qui nulla bona habet, nec habere poteſt, is vtique nec adquirere poteſt, nec conſeruare, nec minuere. Ergo manca hæc iuris diuiſio eſt. Non enim minus ſcripta ſunt iura miſeris & egenis, quam diuitibus. An non enim poſſunt & contrahere, & delinquere? Quod cùm fit neceſſe eſt luere eos in corpore, quod non habent in ære. Quod & olim ex 12. tabul. in cauſis quoque pecuniariis obtinebat.

Ratio decidendi, etiam qui nulla bona habent, poſſunt tamen aut ſibi, ſi acquiſitionis capaces ſint, ſiu minus, aliis acquirere in quorum ſunt poteſtate. Nemo igitur in Republica eſt, ad quem hæc iuris diuiſio non pertineat, ſi non actu ipſo, ſaltem potentia, quod ſufficit. Iuri enim, quod totum in arte & fictione conſiſtit, ſatis eſt, quod eſſe quis poſſit, licèt reuera non ſit. *l. hereditas 50. de petit. hered.* Nec ſcripta ſunt iura de illis tantùm caſibus, qui emergunt, ſed de iis etiam qui poſſunt emergere, quantum præuidere poſſunt.

DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

TITVLVS IV.

1. VLPIANVS libro 1. Inſtitutionum.

QVOD Principi placuit, legis habet vigorem: vtpote cùm *lege regia*, quæ de imperio eius lata eſt, populus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat. 1 ¶ Quodcumque igitur Imperator per epiſtolam & ſubſcriptionem ſtatuit [a], vel cognoſcens decreuit [b], vel de plano interlocutus eſt [c], vel edicto præcepit: legem eſſe conſtat [d]. hæc ſunt [e], quas vulgò conſtitutiones appellamus. 2 ¶ Planè ex his quædam ſunt perſonales [f], nec ad exemplum trahuntur: nam quæ Princeps alicui ob merita indulſit, vel ſi quam pœnam irrogauit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit: perſonam non egreditur.

Ad Tit. 4. De conſtitutionibus Principum.

Ad l. Quod principi 1.

Ratio dubitandi, quia cùm leges eam poteſtatem habeant, vt omnes qui in republica ſunt obligent: totius quoque populi conſenſum requirunt. *l. 1. & paſſim tit. præced. §. lex eſt. Inſtit. de iur. nat. gent.* nemo autem dixerit, quod principi ſoli placuit toti populo placuiſſe.

Ratio decidendi, imò placuit toti populo, quod ſoli placuit Principi, poſteaquam lege regia, quæ de eius imperio lata eſt, populus ei, & in eum, omne ſuum imperium & poteſtatem contulit.

a *Per epiſtolam aut ſubſcriptionem ſtatuit.* ad magiſtratuum ſcilicet conſultationes, relationes, de quibus in *tit. de appell. & rel. l. ſi quis filio 6. §. quid tamen. de iniuſt. rupt. & ir.*

b *Vel cognoſcens decreuit.* In eo namque differt decretum à reſcripto, quod reſcriptum fit ſine cauſæ cognitione, ad literas aut libellum præſidis: decretum nunquam, niſi cauſa plene cognita: cùm nihil aliud ipſum ſit niſi definitio negotij, poſt plenam cauſæ cognitionem. Decretorum exempla pleraque ſunt in iis Pauli noſtri legibus, quæ ſumptæ ſunt ex eius libris Decretorum, vt *l. Æmilius 38. de minor. l. antep. de acquir. hered. l. 3. de his quæ in teſtam. delent.*

c *Vel de plano interlocutus eſt.* Nihil enim fruſtrà princeps facere velle credendus eſt: & ideò interlocutiones

quoque ipſius vim legum habens, non tamen leges ſunt niſi animum habuerit princeps legis condendæ, id eſt, eius iuris conſtituendi, quod ſit vniuerſale, & ad omnes perſonas cauſáſque ſimiles pertineat. *l. 3. Codic. de legib.* Sic dicimus, non quamlibet vocem & interlocutionem iudicis eſſe ſententiam, ſed eam ſolùm per quam negotium totum finitur. Nec denique omnem, qui dicit ſpondeo obligari ex ſponſo, vt dicebat Varro libro quinto de lingua Latina. ſed eum duntaxat, qui animum ſpondendi & ſtipulandi habet. *l. iuris gentium 7. §. quod ferè. de pactis l. 1. §. eum qui. de conſtituta pecunia.*

d *Legem eſſe conſtat.* id eſt, legis habet vigorem, vt ſupra eadem lege. Alioqui falſum eſt omnes principis interlocutiones eſſe leges ſimpliciter. *d. l. 3. C. de leg.* Quæ enim ſunt tales, ſemper generales ſunt, & omnes obligant. Interlocutio autem, quæ fit de plano, ſicuti ſemper fit de priuato negotio, ita plerumque nihil niſi negotium illud afficit: tamen quantum ad negotium illud attinet, legis vigorem habet, & legem facit, vt ait *lex 2. C. de legibus.*

e *Hæc ſunt.* reſcripta ſcilicet, decreta, interlocutiones, edicta. Nam ſi de ſolis edictis intelligeres, de quibus non fuit locutus Vlpianus, niſi in numero ſingulari falſum eſſet, quod ſtatim ſequitur, *ex his conſtitutionibus principum quaſdam eſſe perſonales, quæ ad exemplum nō trahuntur, &c.* Edicta enim ſemper ſunt generalia, non etiam reſcripta, decreta, aut interlocutiones. *d. l. 3. C. de legib.*

f *Quædam ſunt perſonales.* Ratio dubitandi, quod iura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtitui de- *l. iura non in ſingulas 8. ſ. de legib.*

Ratio decidendi, quia Princeps, cùm ſit ſupra leges, priuilegia quoque dare poteſt. id eſt, priuatas quoque leges condere, quod ne à populo fieret diſtrictè lex 12. tabul. prouidebat. Hoc enim etiam ei populus permiſit, cùm omnia permiſit.

Ratio dubitandi, quia non potuit populus plus iuris transferre in principem, quàm ipſe habuerit. *l. nemo plus 54. de reg. iur.* Atqui non potuit populus priuatas leges facere, ob illam legem 12. tab. *priuilegia ne irroganto.* Ergo nec princeps, qui à populo ius omne habet.

Ratio decidendi, plus iuris habet princeps, quàm populus: quia in ipſum quoque populum poteſtatem habet. Ergo ſupra leges eſt, qui ſupra populum eſt. Replicabis, non potuiſſe populum eam principi poteſtatem dare, quia nec habebat eam in ſeipſum: cùm nemo ſit dominus membrorum ſuorum. *l. liber homo. 13. ad l. Aquil.* Nec enim idem poteſt eſſe agens & patiens, eodem reſpectu, ſecundùm Philoſophos. Sed reſpondeo, populum non habuiſſe quidem eam poteſtatem in ſeipſum, ſed habuiſſe in ſingulos ciues. Ergo & eam dare potuiſſe. Ea verò data, cepiſſe hoc ipſo principem eandem poteſtatem habere in vniuerſum populum, cùm non conſtet populus niſi ex indiuiduis. *l. proponebatur 76. De iudic.* Non enim ſic populus hanc poteſtatem principi dedit, vt etiam ſibi aliquid retinuerit, ſed ita, vt omnem, quam habebat à ſe abdicauerit. Hoc enim eſt quod ait Vlpianus *ei, & in eum.*

2. VLPIANVS libro 4. Fideicommiſſorum.

IN rebus nouis conſtituendis euidens eſſe vtilitas debet, vt recedatur ab eo iure, quod diu æquum viſum eſt.

Ad l. In rebus nouis 2.

Ratio dubitandi, quia eius eſt abrogare cuius & condere legem. *l. de quibus 32. De legibus.* Ratio decidendi, quia mutatio omnis, præcipuè legum ſemper periculoſa. *l. minime 23. De legib.*

3. IAVOLENVS libro 13. Epiſtolarum.

BEneficium Imperatoris, quod à diuina ſcilicet eius indulgentia proficiſcitur, quàm pleniſſimè interpretari debemus.

Ad l. Beneficium 3.

Ratio dubitandi, eius eſt beneficium interpretari qui dedit, *l. vlt. C. hoc tit. l. ex facto 43. De vulgar. & pupil.*

Ratio decidendi, ea res non excludit interpretationem prudentum. *d. l. 43. l. vltim. Cod. hoc titul.* Ad principis verò maieſtatem pertinet, vt liberaliſſimus exiſtimetur.

4. MODESTINVS libro 2. Excuſationum.

AἹ μετὰ ὑστέρας διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν. id eſt, *Conſtitutiones tempore poſteriores, potiores ſunt his quæ ipſas præceſſerunt.*

Ad l. 4. Conſtitutiones.

Ratio dubitandi. In legibus nihil tam commendatur, quàm antiquitas. *l. poſtliminium 19. §. filius 7. de capt. & poſtlim.* Ratio decidendi. Verùm illud eſt in legibus non abrogatis, ſed poſteriora ſemper derogant prioribus, cùm ſunt contraria. *l. ſed & poſteriores 28. ſupræ titul. prox.* nec poteſt populus, aut Princeps, aut quiſquam priuatus eam ſibi legem dicere, ne poſſit recedere à priore voluntate. *l. ſi quis in princ. 22. de legat. 3. l. pacta nouiſſima 12. C. de pact.*

DE STATV HOMINVM.

TITVLVS V.

1. GAIVS libro 1. Inſtitutionum.

OMNE ius, quo vtimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

Ad l. Omne.

Ratio dubitandi. Ius non eſt conſtitutum, niſi ob perſonas *l. 2. h. t.* non igitur ob res, aut ob actiones.

Ratio decid. Non eò minus pertinet ius etiam ad res & actiones, ſed tamen perſonarum duntaxat cauſa. quò autem diſtinctior aliqua diuiſio eſt eò & commodior.

HERMOGE

2. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

CVm igitur hominum cauſa omne ius conſtitutum ſit: primò de perſonarum ſtatu, ac pòſt de ceteris, ordinem edicti perpetui ſecuti, & his proximos atque coniunctos applicantes titulos, vt res patitur, dicemus.

Ad l. Cum igitur 2.

Ratio dubit. Quia multi ſunt in Pand. tituli pertinentes ad ius perſonarum poſt *tit. de rer. diuiſ.* quales ſunt *tit. de ſponſ. de rit. nupt. de tutel. ad municip. De capt. & poſtl.*

Ratio decidendi. Quia voluit Trib. etiam edicti perpetui ordinem ſequi, & multa ſunt circa perſonas, quæ non poſſunt bene intelligi, niſi res ipſæ bene intelligantur: qui ſenſus eſt verborum *vt res patitur.*

3. CAIVS libro 1. Inſtitutionum.

SVmma itaque de iure perſonarum diuiſio hæc eſt: quòd omnes homines aut liberi ſunt, aut ſerui.

Ad l. Summa 3.

Ratio dubit. Quòd tertium genus eſt libertorum, qui ſunt liberi & fuerunt ſerui *l. 4. de iuſtitia & iure.*

Ratio decidendi. Quòd, cum ſint liberi, melius continentur appellatione liberorum.

4. FLORENTINVS libro 9. Inſtitutionum.

Libertas eſt naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi, aut iure prohibetur.

Ad l. Libertas 4.

Ratio dubitandi, quia qui vi aut iure prohibetur quid facere, non ideo amittit facultatem id faciendi, ſiue vim repellendo. *l. 3. de iuſtitia & iure.* ſiue contra leges faciendo. *l. contra legem. 29. de legib. l. non dubium. 5. C. de legibus.* Ratio decidendi potentioribus pares eſſe non poſſumus. *l. 3. de alien. iud. mut.* nec facere poſſe credimur, quod non honeſtè ac licite poſſumus facere. *l. filius. 15. de condit. inſtit. l. anni. 79. §. 1. de iur. dot.*

2 ¶ Seruitus eſt conſtitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur. 2 ¶ Serui ex eo appellati ſunt, quòd Imperatores captiuos vendere, ac per hoc ſeruare, nec occidere ſolent. 3 ¶ Mancipia verò dicta, quòd ab hoſtibus manu capiantur.

Ad §. 1. Seruitus.

Ratio dubitandi, ius gentium æſtimatur ex ratione naturali. *l. omnes populi. 9. de iuſtitia & iure.* ergo non poteſt eſſe iuris gentium, id quod eſt contra naturam.

Ratio decidendi, poteſt quid eſſe contra naturam, & tamen ex ratione naturali: ſuppoſita ſcilicet malitia hominum quæ ius naturale violauit. dixi ad *l. 4. & 5. de inſt. & iur.*

5. MARCIANVS libro 1. Inſtitutionum.

ET ſeruorum quidem vna eſt conditio: liberorum autem hominum quidam ingenui ſunt, quidam libertini.

Ad l. Et ſeruorum 5.

Ratio dubitandi, quia & diuerſæ ſunt ſeruorum quoque conditiones. *l. ſed ſi quid. 15. §. 1. de vſufruct. l. vlt. in fi. de ædilit. edict.* Ratio decidendi: ſunt diuerſæ, quod ad miniſteria, non quod ad ſtatum. Omnes enim ſunt æquè ſerui, etiam qui ſunt hereditarij, quamuis hi in nullius ſint poteſtate. *l. 3. de pecul.*

1 ¶ Serui autem in dominium noſtrum rediguntur, aut iure ciuili [a], aut gentium. Iure ciuili, ſi quis ſe maior viginti annis ad pretium participandum venire paſſus eſt. Iure gentium ſerui noſtri ſunt, qui ab hoſtibus capiuntur, aut qui ex ancillis noſtris naſcuntur.

Ad §. 1. Serui autem.

a *Iure ciuili.* Ratio dubitandi, nemo eſt dominus ſui ipſius *l. liber. homo. 13. ad l. Aquil.* & difficilius eſt libertatem amittere, quam vitam *l. vlt. C. de patr. pot.* Ratio decidendi, libertas hoc caſu amittitur non propter voluntatem hominis, ſed ex autoritate legis tam improbum factum punientis, quod tamen emendauit Leo *Nou. 59.* Hodie iure ciuili nemo fit ſeruus *Nouel. Inſtit. 22. cap. 8.* De ſeruis qui fiunt iure gentium, dixi ad *l. 4. & 5. de iuſtitia & iure.*

2 ¶ Ingenui ſunt, qui ex matre libera nati ſunt: ſufficit enim liberam fuiſſe eo tempore, quo naſcitur, licèt ancilla concepit: & è contrario ſi libera conceperit, deinde ancilla pariat [b]: placuit eum qui naſcitur, liberum naſci. Nec intereſt iuſtis nuptiis concepit, an vulgò: quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre eſt.

Ad §. 2. Ingenui ſunt.

Ratio dubitandi, quia filius ſequitur familiam patris, non matris. *l. pen. de agnoſcendis liberis.* cur non ergo & conditionem? Ratio decidendi, nihil debet eſſe certius ſtatu hominis. vt ipſum quoque ius hominis cauſa comparatum poſſit certum eſſe, ſola verò mater ſemper certa eſt. *l. quia ſemper. de in ius vocand.* niſi iuſtis nuptiis interuenientibus. *l. cum legitimæ. 19. hoc tit.*

b *Ancilla pariat.* Ratio dubitandi, non eſt homo, priuſquam ſit editus. *l. in Falcidia. 9. in fin. ad legem Falcidiam.* ergo tempus partus ſpectandum eſt. Ratio decidendi, non debet calamitas matris nocere ei, qui in vtero eſt. qui exinde habetur pro nato, quoties de commodo eius quæritur. *l. qui in vtero 7. hoc tit.* Videtur autem verſiculus, *Nec intereſt*, ineptè interiectus ab aliquo interprete. Nihil enim commune habet cum ratione, quæ ſequitur, & quæ immediatè iungenda eſt verbo *pariat.* Nulla enim

ſupervenit calamitas matri, quæ vulgò concepit. Imò tantu magis neceſſe eſt eo caſu filium ſequi conditionem matris: cuius enim ſequeretur, cùm patr[illegible] non habeat *l.1.in fi ad municip.*

3 ¶ Ex hoc quæſitum eſt: ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit deinde ancilla poſtea facta, aut expulſa ciuitate pepererit: liberum, an ſeruum pariat: & tamen rectius probarum eſt liberum naſci: & ſufficere ei, qui in ventre eſt, liberam mattem vel medio tempore habuiſſe.

Ad §.3. Ex hoc quæſitum.

Ratio dubitandi, filius quamdiu eſt in vtero, pars eſt viſcerum matris. *lege 1.§.1. de ventre inſpiciendo.* nec niſi ſpes animantis. *l.3. de mortuo inferendo.* Ratio decidendi eadem quæ ad *§.prox.*

6. Gaivs libro 1. Inſtitutionum.

Libertini ſunt, qui ex iuſta [a] ſeruitute manumiſſi ſunt.

Ad l. Libertini 6.

Ratio dubitandi ſublata ſeruitute ſolus ſupereſt is ſtatus qui erat ante ſeruitutem. Ergo manumiſſus ſicut ſit liber, ita & ingenuus, vnaquæque enim res facilè redit ad ſuam naturam *l.ſi vnus.27.in fi.de pact.* Ratio decid. Manumiſſio tollit ſtatum, ſed non memoriam ſeruitutis, quam è contrario præſupponit. Ergo non reddit ingenuitatem, quæ ex natalibus æſtimatur: quia quod factum eſt pro infecto haberi nequit. *l.denique.19. ex quib.cau.maior.l.in bello.12.§.facti.de capt.& poſt.*

a *Iuſta.* id eſt, vera, & iure gentium, vel ciuili approbata. Aliud enim eſt ſeruum eſſe, aliud ſeruire, aut in ſeruitutute eſſe. Hæc facti ſunt, illud iutis. *l.4. §.ſi Stichus Titio de ſtatulib. l.lex qua tutores.12. & tolerabilius. Cod. de admin.tutor.* Ergo ingenuis natalibus non officiet mala manumiſſio. *8.vltim.inſtit.de ingen.* adde *l.homo liber.21. hoc titul.*

7. Pavlvs libro ſingulari de Portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur.

Qui in vtero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quotiens de commodis ipſius partus quæritur: quamquam alij [b], antequam naſcatur, nequaquam proſit.

Ad l. Qui in vtero 7.

Ratio dubitandi, non entis nullæ ſunt qualitates, Partus autem non editus homo non eſt. *lege in Falcidia 9. in fi.ad l.Falcid.* ergo non poteſt haberi pro nato. Ratio decidendi. Hæc fictio fit fauore illius, qui & homo & ciuis futurus eſt. Nam & Natura & lex ſemper bene ſperat, & abominantur metum abortus.

b *Quamquam alij.* Ratio dubitandi, non poteſt eadem perſona, vel alia res diuerſo iure cenſeri. *l. eum qui ædes, 23.de vſucap.l.ſi plures.9.de pact.* Ratio decidendi, ex *l. quod vero.14.de ll.* perſonalia enim priuilegia ad alios non porriguntur, *l.quia tale.13.ſolu. matr. l.ex pluribus.42. de adminiſt.tutor.*

8. Papinianvs libro tertio Quæſtionum.

Imperator Titius Antoninus reſcripſit, non lædi ſtatum liberorum ob tenorem inſtrumenti malè concepti.

Ad l. Imperator 8.

Ratio dubitandi quia per inſtrumenta probatur veritas. *l.1. & paſſ de fide inſtrum.l.4. de pignor.* Ratio decid. niſi conſtet inſtrumentum malè & falsò conceptum eſſe: tetum enim veritas erroribus geſtorum non vitiatur, *l. ſi licitas.6. §.1. de officio præſidis.* & ſemper locus ſupereſt veritati *l.Imperatores.29.de probat.*

9. Idem libro 31. Quæſtionum.

In multis iuris noſtri articulis deterior eſt conditio fœminarum, quàm maſculorum.

Ad l. In multis 9.

Ratio dubitandi, quia fœminas æquè ac maſculos natura produxit, tanquam nec ad rempub. conſeruandam munus neceſſarias. *l.4. Cod. de lib.prat.* Ratio decidendi. Sexus ipſe arcet fœminas à muneribus ciuilibus. *l.2. de reg.iur.* ob verecundiam, & publicam honeſtatem. *l.* [illegible] *§.ſecundo loco.§.de poſtul.* Itaque mulierum quoque intereſt, vt in hoc ſint deterioris conditionis.

10. Vlpianvs libro primo ad Sabinum.

Quæritur, Hermaphroditum cui comparamus: & magis puto eius ſexus æſtimandum, qui in eo prævalet.

Ad l. Quæritur 10.

Ratio dubitandi, vtrumque ſexum habet: ergo vtriuſque iure gaudere debet. Ratio decidendi, quia non poteſt vterque ſexus in eadem perſona æquè valere, cùm natura maſculos à fœminis tota ſpecie diſtinxerit: potentior ergo eſſe debet, qui prævalet. *l.repetundarum.15. §.1.de teſtibus l.ſed eſt quæſitum.6.de li.& poſthum.*

11. Pavlvs libro 28. Reſponſorum.

Paulus reſpondit, eum qui viuente patre & ignorante de coniunctione filiæ conceptus eſt, licèt poſt mortem aui natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.

Ad l. Paulus 11.

Ratio dubitandi, quo tempore hic naſcitur, ſublatum eſt impedimentum, quod faciebat ne poſſet patri ſuo naſci iuſtus filius: Ius ſcilicet patriæ poteſtatis, quod auus maternus habebat in filiam, quæ non poterat nubere ſine conſenſu patris *l.2.de ritu nupt.* Ratio decidendi, nuptiæ ab initio non valuerunt, *d.l.2.* ergo non conualeſcunt per mortem aui. Nam & duræ iniuria auo facta,

ſi quando nepos hic poſſit in eius bonis ſuccedere ſiue mediatè, ſiue immediatè. Denique iuſtum filium æſtimamus, non ex inſtanti conceptionis, ſed ex die nuptiarum iuſtarum. *Inſtit. de patr. pot. & de nup. in princip.* At qui nuptiæ nunquam iuſtæ fuerunt: ergo durat ſemper impedimentum, quamuis auus, poſt cuius mortem nepos conceptus eſt, ne quidem auus fuiſſe videatur. *l. Titius. 6. de ſuis & leg.*

12. IDEM libro 19. Reſponſorum.

SEptimo menſe naſci perfectum partum iam receptum eſt propter auctoritatem doctiſſimi viri Hippocratis: & ideo credendum eſt, eum, qui ex iuſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, iuſtum filium eſſe.

Ad l. Septimo 12.

Ratio dubitandi, ſi non eſt partus legitimus, & vitalis octauo menſe, multominus erit ſeptimo. Ratio decidendi, plus poteſt ſeptimus menſis, quàm octauus. *l. in fi. de ſuis & legit.* Rationem pete ex poteſtate numeri ſeptenarij.

13. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

SEruus in cauſa capitali, fortunæ iudicio [a] à domino commiſſus, & ſi fuerit abſolutus, non fit liber.

Ad l. Seruus 13.

Ratio dubitandi, videtur hic ſeruus pro derelicto haberi à domino *l. ſciendum 9. de publ. iud.* Ratio decidendi, imò non habetur pro derelicto, ſiue committatur iudicio fortunæ, à domino ipſo, vt hic: ſiue non defendatur. *d. l. ſciendum 9.* quia dominus poteſt facti ſui illam excuſationem prætendere, quod in accuſando vel non defendendo ſeruo maiorem habuerit rationem vtilitatis publicæ, quàm ſuæ. Denique non niſi certis modis poteſt ſeruus fieri liber, inter quos hic non eſt.

a *Fortunæ iudicio.* id eſt, aleæ iudiciorum, quaſi ſententia ſit caſus fortuitus. iung. *l. ſeruo. 2. qui ſin. manum. ad lib.*

14. PAVLVS libro 4. Sententiarum.

NOn ſunt liberi, qui contra formam humani generis conuerſo more procreantur: veluti ſi mulier monſtroſum aliquid, aut prodigioſum enixa ſit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliauit, aliquatenus videtur effectus: & ideo inter liberos connumerabitur.

Ad l. Non ſunt liberi 14.

Ratio dubitandi, quia proſunt parentibus contra legem Iuliam & Papiam, quibus ſcilicet nihil poteſt imputari. *l. quæret aliquis 135. de verb. ſign.* Ratio decid. non poſſunt dici homines, qui contra formam humani generis nati ſunt: cùm forma humana exterior illa ſit, quæ hominem facit. Quare ſi forma illa adſit, licèt aliquid deſit, vel ſuperſit, homines eſſe intelliguntur: ac proinde liberi. *l. idem Ofilius. 10. §. 2. de edi. edict.*

15. TRYPHONINVS libro 10. Diſputationum.

AReſcuſa, *ſi tres pepererit*, libera eſſe teſtamento iuſſa, primo partu vnum, ſecundo tres peperit quæſitum eſt, & quis eorum liber eſſet. hæc conditio libertati adpoſita iam implenda mulieri eſt: ſed non dubitari debet, quin vltimus liber naſcatur: nec enim natura permiſit ſimul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere: vt ordine incerto naſcentium non appareat, vter in ſeruitute, libertatéve naſcatur. Incipiente igitur partu exiſtens conditio efficit, vt ex libera edatur, quod poſtea naſcitur: veluti ſi quælibet alia conditio libertati mulieris adpoſita, parturiente ea, exiſtat: vel manumiſſa ſub hac conditione, *ſi decem millia heredi Titióve dederit*, eo momento, quo parit, per alium impleuerit conditionem: iam libera peperiſſe credenda eſt.

16. VLPIANVS libro 16. Diſputationum.

IDem erit, ſi eadem Areſcuſa primo duos pepererat, poſtea geminos ediderat. dicendum eſt enim, non poſſe dici vtrumque ingenuum naſci, ſed eum, qui poſterior naſcitur: quæſtio ergo facti potiùs eſt, non iuris.

Ad l. Areſcuſa 15. Idem erit & 16.

Hæc l. 15. ni fallor, valde corrupta eſt à Tribon. & ſic reſtituenda. *Areſcuſa ſi tres pepererit libera eſſe teſtamento iuſſa primo partu vnum, ſecunda tres peperit. Incipiente partu*, &c. Reliqua omnia ſunt Triboniani, omnia parum elegantia, inepta & falſa. ſcripſi latè ad *princ. ſ. de ingen. illat. 2. l. 16.* tota eſt Tribon. abutentis nomine Vlpiani, vt & in *leg. ſi fuerit. 10. §. planè. de reb. dub.* ſcripſi loco ſupradicto.

17. IDEM libro 22. ad Edictum.

IN orbe Romano qui ſunt, ex conſtitutione Imperatoris Antonini ciues Romani effecti ſunt.

Ad l. In orbe Romano 17.

Ratio dubitandi, ſerui, itémque liberti Iuniani, & dedititij, ſunt in orbe Romano, itémque liberi naturales, & tamen non ſunt ciues Romani. *Nouell. 89. pr.* Ratio decidendi, hoc intelligitur de iis omnibus, qui ſola patria, non etiam ſua conditione impediuntur, ne ſint ciues. Non de iis qui etſi Romæ nati ſint, ciues tamen eſſe non poſſunt.

18. IDEM libro 27. ad Sabinum.

IMperator Hadrianus Publicio Maecello reſcripſit, liberam, quæ prægnans vltimo ſupplicio damnata eſt, liberum parere: & ſolitum eſſe ſeruari eam dum partum ederet.

¶ Sed ſi ei, quæ ex iuſtis nuptiis concepit, aqua & igni interdictum eſt, ciuem Romanum parit, & in poteſtate patris.

A l. Imperator 18.

Ratio dubitandi, mater vltimo ſupplicio damnata fit ſerua pœnæ, deportata verò amittit ciuitatem. *l. ſunt quidam. 17. de pœn.* partus autem ſequitur conditionem matris. *l. & ſeruorum. 5. §. 1. ſupra eodem.* Ratio decidendi, ſufficit matrem liberam, & ciuem Romanam aliquo tempore fuiſſe. *dicta l. 5. §. 2. & 3.*

19. CELSVS libro 29. Digeſtorum.

CVm legitimæ nuptiæ factæ ſint patrem liberi ſequuntur: vulgò quæſitus matrem ſequitur.

Ad l. Cum legitimæ 19.

Ratio dubitandi, quia nuptiis quoque interuenientibus certior videtur eſſe mater, quàm pater, *l. quia ſemper. 5. de in ius voc.* Ratio decid. Certiſſimus eſt pater quem nuptiæ demonſtrant. *d. l. 5. niſi in caſu. l. filium. 6. ℸ. tit. prox.* quia nec poſſibile eſt aliter probari patrem. *l. Lucius Titius 83. de condit. & demonſt.* Pater autem dignior eſt matre: quia maſculus, & propter ius poteſtatis. Nuptiæ porrò non fiunt niſi inter liberas perſonas.

20. VLPIANVS libro 38. ad Sabinum.

QVi furere cœpit, & ſtatum, & dignitatem, in qua fuit, & magiſtratum, & poteſtatem videtur retinere: ſicut rei ſuæ dominium retinet.

Ad l. Qui furere 20.

Ratio dubitandi, quia furioſus non habet animum iſta retinendi, cùm affectu careat. *l. 1. §. 6. ne vis fiat. nec ſentiat. l. ſi tibi. 8. §. pen. de apt. legat.* Ratio decidendi. Requirunt iſta animum vt acquirantur, non vt retineantur. *l. ſi quis 17. §. 1. de acqui. poſſ.* Acquiſita enim non amittuntur, niſi certis modis inter quos furor non eſt. *l. parte furioſo. 8. ℸ. tit. 1.*

21. MODESTINVS libro 7. Regularum.

HOmo liber, qui ſe vendidit, manumiſſus non ad ſuum ſtatum reuertitur, qui ſe abdicauit, ſed efficitur libertinæ conditionis.

Ad l. Homo liber 21.

Ratio decidendi & dubitandi, eadem quæ ad *l. libertini. 6. ℸ. eo.*

22. IDEM libro 12. Reſponſorum.

HErennius Modeſtinus reſpondit, ſi eo tempore enixa eſt ancilla, quo ſecundùm legem donationis manumiſſa eſſe debuit: cùm ex conſtitutione libera fuerit, ingenuum ex ea natum.

Ad l. Herennius 22.

Ratio dubitandi. Manumiſſio ea eſt quæ confert libertatem. *l. 4. de iuſt.* hic autem nulla manumiſſio interceſſit. Ratio decidendi. Conſtitutio D. Marci quæ locum habet etiam in ſeruis donatis, repræſentat factum hominis. *l. vlt. C. ſi mancip. ita fu. alie. l. mancipia. 8. qui ſin. man. ad lib. peru.*

23. IDEM libro primo Pandectarum.

VVlgò concepti dicuntur, qui patrem demonſtrare non poſſunt, vel qui poſſunt quidem, ſed eum habent: quem habere non licet [a], qui & *ſpurij* appellantur παρὰ τὴν σποράν, *id eſt, à ſatione.*

Ad l. Vulgò concepti 23.

Ratio dubitandi, quòd vulgò concepti populum ipſum patrem habere intelliguntur. Vnde eſſe videtur, quod ſint ciues, poſſúntque ſuccedere matri, non tantùm ab inteſtato ex Orphytiano, *l. 1. §. 2. ad Tertyllianum. l. 2. §. itaque. vnde cognat.* ſed etiam contra teſtamentum, propoſita querela. *l. ſi ſuſpecta. 19. §. 1. de inofficio teſtam.* Ratio decidendi, paria ſunt populum patrem habere, & nullum: quia populus naturaliter, & re vera pater eſſe non poteſt. Itaque quamuis re vera non ſint iſti ſine patre, quia tamen eum demonſtrare non poſſunt, dicuntur ἀπάτορες. *§. ſi aduerſus. Inſtitut. de nuptiis.* quia non entium, & non apparentium idem iudicium eſt. *l. duo ſunt. 30. de teſt. tut.*

a *Non licet.* putà ex inceſtis nuptiis. Ratio dubitandi, quia re vera hunc patrem habet, potéſtque demonſtrare. Ratio decid. quia non videtur poſſe demonſtrare, quem honeſtè non poteſt. *l. filius 15. de condit. inſtit.*

24. VLPIANVS libro 27. ad Sabinum.

LEx naturæ hæc eſt vt qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur, niſi lex ſpecialis aliud inducit.

Ad l. Lex naturæ 24.

Ratio dubit. nulla eſt contra hanc l. vt neque contra alias leges naturæ. Cuius enim alterius quàm matris conditionem ſequeretur filius, qui patrem nullum habet. *l. 1. in fi. de municip.* ſed quod additur, *niſi lex ſpecialis aliud inducit.* ſanè eſt Trib. reſpicientis ad conſtitutiones Impp. de naturalibus liberis, quia licèt ſint nati extra legitimum matrimonium, patrem tamen & quidem certum habere intelliguntur, cuius & conditionem ſequuntur. Quod ſanè Vlpiani temporibus non obtinebat, cùm manſuerint naturales omnino incogniti, tanquam alienigenæ & peregrini vſque ad tempora Conſtantini. *Nou. 89. in prin.*

25. IDEM

25 IDEM libro 1. ad legem Iuliam & Papiam.

INgenuum accipere debemus etiam eum, de quo ſententia lata eſt, quamuis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.

Ad l. Ingenuum 25.

Ratio dubitandi veritatis potior ſemper & antiquior cauſa eſſe debet. *l. Imperator. 8. vb. dix. ẽ. eod.* Ratio decidendi res iudicata pro veritate habetur. *l. res iudicata.* 207. *de regul. iur.* propter rerum iudicatarum autoritatem quam ſaluam eſſe intereſt etiam Reip. *l. 65. §. 2. ad Trebel. l. pen. ſupr. de iuſt. & iur.* Alioqui nullus erit litium finis ſi poſt rem iudicatam adhuc ſuperſit locus quærendi de veritate.

26. IVLIANVS libro 69. Digeſtorum.

QVi in vtero ſunt in toto pene iure ciuili intelliguntur in rerum natura eſſe. ¶ Nam & legitimæ hereditates his reſtituuntur [a]: & ſi prægnans mulier ab hoſtibus capta ſit: id, quod natum erit, poſtliminium habet [b], item patris, vel matris conditionem ſequitur [c]. Præterea ſi ancilla prægnans ſurrepta fuerit: quamuis apud bonæ fidei emptorem pepererit: id quod natum erit, tanquam furtiuum, vſu non capitur [d]. His conſequens eſt, vt libertus quoque, quamdiu patroni filius naſci poſſit, eo iure ſit, quo ſunt, qui patronos habent.

Ad l. Qui in vtero 26.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 7. ſupr. eod.*

a *Reſtituuntur.* Ratio dubitandi quia l. 12. tab. in deferendis legitimis hæreditatibus, non eſt locuta niſi de ſuis, & de proximis agnatis. Poſthumus autem neque ſuus eſt, ne quidem cùm naſcitur: quia nec eſt, nec fuit, moriente patre, in eius poteſtate. *l. vlt. de collat. bon.* cùm nondũ ſit natus. Ratio decidendi, quia lex habet eum pro nato, ſi tamen poſtea quandocunque naſcatur. *l. is cui ita. 18. quand. dies leg. ced.* non vt ei deferat hereditatem ſtatim, cùm poſſit non naſci. Alioqui, etiam abortum faciente muliere non potuiſſet olim deferri hereditas proximo agnato ſuperſtiti, cùm neque in ſuis neque in agnatis eſſet olim ſucceſſio. *l. 1. §. ſciendum. de ſuis & legit. §. placebat inſtit. de legit. agn. ſucceſ.* ſed hactenus vt interim ſuſpendat delationem, quam non poſſet ſuſpendere, ſi non haberet poſthumum pro nato, quoniam inſpicit quis ſit proximus tempore mortis. *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.*

b *Poſtliminium habet.* Ratio dubitandi quia poſtliminium ex propria perſona habent ſoli ciues, hic autem non potuit eſſe ciuis, priuſquam homo, nec homo priuſquam ederetur. *l. in falcidia 9. ad l. falcid.*

c *Conditionem ſequitur.* Ratio dubitandi, qui nondum eſt nullius adhuc conditionis capax videtur.

d *Vſu non capitur.* Ratio dubitandi non videtur hoc pertinere ad commodum eius, qui in vtero eſt, quem dominum habeat, ſed prioris domini. Non habetur autem ille pro nato niſi in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant. *l. qui in vtero. 7. ẽ. eo.* Ratio decidendi in ſupradictis omnibus. Intereſt illius qui eſt in vtero, vt habeat poſtliminium & certam conditionem, & vſucapi non poſſit. Quanquam poſtremus hoc non ex eo fieri videtur, quòd pro nato habeatur, quàm quòd furti tempore fuerit pars rei furtiuæ. Intereſt ſanè illius, vt habeatur pro nato ad hoc vt habeatur pro patrono *hac l. in fi.*

27. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

EVm, qui ſe libertinum eſſe fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit.

Ad l. Eum, qui ſe 27.

Ratio dubitandi. Solius patroni intereſt ne libertus per arrogationem fiat ingenuus, *l. liberto. 49. de bon. libert. l. 1. §. 2. ſi à par. quis man.* Atqui non fit iniuria volenti. *l. in diem 9. de aqua plu. arcen.* Ratio decidendi, natales ſoli faciunt ingenuum non voluntas patroni. *l. 1. §. 1. ẽ. eo.* Conſequitur tamen iura ingenui in familia arrogatoris. *l. ſciendum eſt. 32. de ri. nup.*

DE HIS, QVI SVI, VEL ALIENI IVRIS SVNT.

TITVLVS VI.

1. GAIVS libro 1. Inſtitutionum.

DE iure perſonarum alia diuiſio ſequitur: quòd quædam perſonæ ſui iuris ſunt, quædam alieno iuri ſubiectæ ſunt. ¶ Videamus itaque de his, quæ alieno iuri ſubiectæ ſunt: nam ſi cognouerimus, quæ iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligimus, qui ſui iuris ſunt: diſpiciamus itaque de his, quæ in aliena poteſtate ſunt.

Ad l. De iure 1.

Ratio dubitandi. Sunt quædam perſonæ, quæ nec ſui iuris videntur eſſe, nec alieni: vt ſeruus hereditarius. *l. 4. de pecul. & filius captiui. §. ſi ab hoſtibus Inſt: tit. quib. mod. ius patr. pot. ſol.* Ratio decidendi. Seruus hereditarius re vera eſt alieni iuris, cùm hereditas defuncti perſonam ſuſtineat. *l. in eo quod 33. §. vlt. & ſeq. de acq. rer. dom.* filius verò, ex poſt facto an ſui, vel alieni iuris fuerit, apparet *d. §. ſi ab hoſtibus.* Cuiuſmodi pleraque ſunt in iure noſtro. *l. qui res. 98. §. rem autem de ſolut.*

1 ¶ Igitur in poteſtate ſunt ſerui dominorum, quæ quidem poteſtas iuris gentium eſt: nam apud

omnes

omnes peræquè gentes animaduertere poſſumus, dominis in ſeruos vitæ necíſque poteſtatem fuiſſe, & quodcunque per ſeruum acquiritur [a], id domino adquiritur.

Ad §. Igitur in poteſtate 1.

Ratio dubitandi, eius eſt adimere qui dedit. *l. eum qui. 3. de interd. & releg.* At dominus non dedit vitam ſeruo. Ratio decidendi, imò videtur dediſſe cùm eum ſeruare maluit, quem poterat occidere. *l. 4. & l. ſeq. de iuſtit. & iur. l. 4. §. 1. de ſtatu hom.*

a *Adquiritur.* Ratio dubitandi, ſeruus eſt omnino incognitus. *l. quod attinet. 32. de regu. iur. l. nullo modo 7. de falſ.* Ergo nihil poteſt adquirere domino, cùm habeatur pro nullo. Ratio decidendi, eſt capax omnium, etiam quæ ſunt iuris ciuilis, ex perſona domini. *Inſt. tit. de ſtip. ſeru. l. non minus. 31. de hered. inſtit.*

2 ¶ Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub imperio Romano ſunt, licet ſuprà modum, & ſine cauſa legibus cognita in ſeruos ſuos ſæuire. Nam ex conſtitutione Diui Antonini, qui ſine cauſa ſeruum ſuum occiderit, non minùs puniri iubetur, quàm qui alienum ſeruum occiderit. ¶ Sed & maior aſperitas dominorum eiuſdem principis conſtitutione coërcetur.

Ad §. Sed hoc tempore 2.

Ratio dubitandi, quibet rei ſuæ pro arbitrio moderator eſt. *l. in mandato. C. mandat.* Ratio decidendi. Expedit Reip. ne quis re ſua malè vtatur, nec vllorum magis, quàm dominorum intereſt, vt eorum aſperitas coërceatur. *§. vlt. Inſt. h. t. l. 2. ꝟ. eod.*

2. VLPIANVS libro 8. de officio Proconſulis.

SI dominus in ſeruos ſæuierit, vel ad impudicitiam, turpémque violationem compellat: quæ ſint partes præſidis, ex reſcripto Diui Pij ad Ælium Marcianum proconſulem Bæticæ manifeſtabitur, cuius reſcripti verba hæc ſunt: Dominorum quidem poteſtatem in ſuos ſeruos illatam eſſe oportet. nec cuiquam hominum ius ſuum detrahi. ſed dominorum intereſt, ne auxilium contra ſæuitiam, vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur his, qui iuſtè deprecantur. Ideòque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Iulij Sabini ad ſtatuam confugerunt: & ſi vel durius habitos, quàm æquum eſt, vel infami iniuria affectos cognoueris: veniri iube, ita vt in poteſtate domini non reuertantur: qui ſi meæ conſtitutioni fraudem fecerit, ſciet me admiſſum ſeuerius executurum. ¶ Diuus etiam Hadrianus Vmbriciam quandam matronam in quinquennium relegauit, quod ex leuiſſimis cauſis ancillas atrociſſimè tractaſſet.

Ad l. Si dominus 2.

Ratio dubitandi, dominorum poteſtatem in ſeruos illibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum ius ſuum detrahi. Ratio decidendi. Dominorum intereſt, ne auxilium contra ſæuitiam &c. vt in *h. l.* etſi enim iure ciuili, ſerui, non ſolùm pro mortuis, ſed etiam pro nullis habentur. *l. quod attinet 32. de regul. iur.* ita vt comparentur quadrupedib. *l. 2. ad l. Aquil.* iure tamen naturali ab hominibus cæteris non differunt. *dict. l. quod attinet. 32.* quo reſpectu iniuriam quoque pati poſſunt, licèt non quaſi ſerui. *§. 3. inſtit. de iniur.*

3. GAIVS libro 1. Inſtitutionum.

ITem in poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri, quos ex iuſtis nuptiis procreauerimus. quod ius proprium [b] ciuium Romanorum eſt.

Ad l. Item in poteſtate 3.

Ratio dubitandi, liberi noſtri ſunt ciues æquè atque nos, ergo non ſunt in poteſtate noſtra.

Ratio decidendi, poteſtas hæc non dominica eſt, ſed patria, & inæſtimabilis. *l. filiusfam. 114. ſed ſi liberos de leg. 1.* inducta, vt hoc velut præmio inuitarentur ciues ad iuſtas nuptias contrahendas.

b *Proprium.* Ratio dubitandi. Gentes omnes vtuntur iuſtis nuptiis, cùm matrimonium ſit iuris naturalis. *l. 1. §. 1. de iuſt. & iur.* ergo & patria poteſtate, quæ naſcitur ex iuſtis nuptiis. Ratio decidendi. Non naſcitur ius patriæ poteſtatis, niſi ex iuſtis nuptiis, ſed non omnes iuſtæ nuptiæ pariunt ius poteſtatis, niſi apud Romanos.

4. VLPIANVS libro primo Inſtitutionum.

NAm ciuium Romanorum quidam ſunt patres familiarum, alij filiifamiliarum: quædam matres familiarum, quædam filiæ familiarum. *Patres familiarum* ſunt, qui ſunt ſuæ poteſtatis, ſiue puberes, ſiue impuberes [a], ſimili modo matresfamiliarum: *filij familiarum*, & *filiæ*: quæ ſunt in aliena poteſtate. Nam qui ex me & vxore mea naſcitur, in mea poteſtate eſt: item qui ex filio meo & vxore eius naſcitur, id eſt, nepos meus & neptis, æquè in mea ſunt poteſtate, & pronepos, & proneptis: & deinceps cæteri [b].

Ad l. Nam ciuium 4.

Ratio dub. Parentes habent ius vitæ & necis in filiosfamilias. *l. vlt. C. de part. pot.* Atqui nemo poteſt animaduertere in caput ciuis Romani iniuſſu populi, ne quidem conſul. *l. 2. §. exactis. 16. de orig. iur.* Ergo non videntur filiifamilias olim fuiſſe ciues Romani. Ratio decidendi. Habuit pater illud ius in caput filij non lege aliqua, ſed moribus Pop. Rom. quod videretur poſſe iure ſuo adimere vitam, cui dediſſet. *l. in ſuis 11. de lib. & poſt.* at non æquè libertatem, quam non dediſſet. *d. l. vlt.*

a *Siue impuberes.* Ratio dubitandi. Qui dicit patremfa. dicit patrem & genitorem. *d. l. in ſuis 11. de lib. & poſthu.* atqui impubes non poteſt eſſe pater, non poteſt ergo eſſe paterfamilias. Ratio decidendi. Eſt nomen hoc ciuile, non naturale: eóque non ſolùm perſonam, ſed & ius demonſtramus. Significat enim eum qui in domo dominium habet. *l. pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. ſign.* In matremfamilias eadem ratio dubit. & decid.

b *Cæteri.* Ratio dubitandi. Quia hi omnes ſuſcepti ſunt ex nuptiis, non meis ſed filij vel nepotis mei: ius autem nepotis naſcitur ex iuſtis nuptiis. *l. 3. ꝟ.* Ratio decidendi.

Quia

Quia filius meus, qui in mea poteſtate eſt, non poteſt habere alium in poteſtate. *l. ſic eueniet ad l. Iul. de adul.* nec rurſus poteſt quis eodem tempore eſſe in duorum poteſtate *l. ſi filiusfamilias 33. in fin. de teſt. milit.*

5. IDEM libro 36. ad Sabinum.

NEpotes ex filio mortuo auo, recidere ſolent in filij poteſtatem, hoc eſt patris ſui Simili modo & pronepotes, & deinceps, vel in filij poteſtatem, ſi viuit & in familia manſit, vel in eius parentis, qui ante eos in poteſtate eſt. Et hoc: non tantùm in naturalibus, verùm in adoptiuis [c] quoque iuris eſt.

Ad l. Nepotes 5.

Ratio dubitandi. Ius poteſtatis, cum non acquiratur, niſi ex iuſtis nuptiis, nunquam poteſt acquiri niſi ex poſt facto. Atqui non fuit hic ab initio acquiſitum patri, ſed auo. Ratio decidendi. Fuit ab initio quæſitum patri aptitudine, cum is liberos ex iuſtis nuptiis procreaſſet quamuis non acta, propter impedimentum prouenicus ex perſona aui.

c *Adoptiuis.* Ratio dubitandi. Adoptiui non ſunt quæſiti ex iuſtis nuptiis, ex quibus tamen deſcendit ius poteſtatis. *l. 3. ͡. eo.* Ratio decidendi. In adoptionibus lex imitatur naturam, & facit adoptiuos perinde filiosfamilias, ac ſi ex iuſtis nuptiis quæſiti eſſent. *l. 1. l. adoptio 16. ͡. ſu. prox.*

6. IDEM libro 9. ad Sabinum.

FIlium eum definimus, qui ex viro & vxore eius naſcitur. ¶ Sed ſi fingamus abfuiſſe maritum, verbi gratia per decennium, reuerſum anniculum inueniſſe in domo ſua: placet nobis Iuliani ſententia, hunc non eſſe mariti filium. ¶ Non tamen ferendum Iulianus ait, eum qui cum vxore ſua aſſiduè moratus nolit filium adgnoſcere, quaſi non ſuum Sed mihi videtur, quod & Scæuola probat, ſi conſtet maritum aliquandiu cum vxore non concubuiſſe infirmitate interueniente, vel alia cauſa, vel ſi ea valetudine paterfamilias fuit, vt generare non poſſit: hunc qui in domo natus eſt, licèt vicinis ſcientibus, filium non eſſe.

Ad l. Filium eum 6.

Ratio dubitandi. Impoſſibile eſt, vt quis probetur filius eius, qui dicitur pater. *l. Lucius Titius 83. de cond. & demon.* ergo non poteſt definiri quis ſit filius. Ratio decidendi. Impoſſibilis eſt ea probatio, niſi fiat per probationem iuſtarum nuptiarum. Etſi autem præſumptio hæc verius, quàm probatio eſt, tamen ſufficit. An quia ſit præſumptio iuris & de iure, contra quam non admittitur probatio, vt vulgò aiunt? imò admittitur: ſed ea tantùm, quæ ſit concludens, qualis nulla eſſe poteſt extra caſus in hac lege expreſſos.

7. IDEM libro 25. ad Sabinum.

SI qua pœna pater fuerit affectus, vt vel ciuitatem amittat, vel ſeruus pœnæ efficiatur: ſine dubio nepos filij loco ſuccedit.

Ad l. Si qua pœna 7.

Ratio dubitandi. Filius quandiu viuit poteſt in ciuitatem reſtitui. *l. intercidit. 59. de cond. & demonſt.* & poteſt ante eum nepos mori. *l. Statius Florus. 48. §. ſi. de iur. fiſci.* ergo adhuc obſtat nepoti. Ratio decidendi. Non poteſt eſſe in poteſtate, qui non eſt ciuis, cùm ius poteſtatis proprium ſit ciuium Romanorum *l. 3. ͡.* ſuccedit ergo nepos in locum eius, quia ſucceſſio illa, fit ipſo iure. *l. poſthumorum. 13. de iniuſt. rupt.* Tam enim deportatus, quam ſeruus pœnæ, pro mortuis habentur, quantum ad ea, quæ ſunt iuris ciuilis. *l. 1. §. pen. de contr. tab. bon. poſ. l. 4. §. 2. de bon. lib. l. verum eſt. §. vlt. pro ſocio. §. 1. 2. & 4. inſti. quib. mod. ius p. poteſt. ſolu.* Aliud eſt ſi filius ab hoſtibus captus ſit. *l. ſi quis poſtumos 9. §. 2. de lib. & poſtum.*

8. IDEM libro 26. ad Sabinum.

PAtre furioſo liberi nihilominus in patris ſui poteſtate ſunt. ¶. Idem & in omnibus eſt parentibus, qui habent liberos in poteſtate: nam cùm ius poteſtatis moribus ſit receptum, nec poſſit deſinere quis habere in poteſtate, niſi exierint liberi, quibus caſibus ſolent: nequaquam dubitandum eſt, remanere eos in poteſtate. Quare non ſolùm eos liberos in poteſtate habebit, quos ante furorem genuit: verùm & ſi qui ante furorem concepti in furore editi ſunt: ſed & ſi in furore agente eo, vxor concipiat: videndum an in poteſtate eius naſcatur filius: nam furioſus licèt vxorem ducere non poſſit, retinere tamen matrimonium poteſt [a], quod cùm ita ſe habeat, in poteſtate filium habebit. ¶ Proinde & *ſi furioſa ſit vxor*, & ex ea antè cõceptus in poteſtate naſcetur, ſed in furore eius conceptus ab eo, qui non furebat, ſine dubio in poteſtate naſcetur: quia retinetur matrimonium. ¶ Sed & *ſi ambo in furore agant* & vxor & maritus, & tunc concipiat, partus in poteſtate patris naſcetur, quaſi voluntatis reliquiis in furioſis manentibus: nam cùm conſiſtat matrimonium altero furente, conſiſtet & vtroque.
1 ¶ Adeo autem retinet ius poteſtatis pater furioſus, vt adquiratur illi commodum [b] eius, quod filius adquiſiuit.

Ad l. Patre furioſo 8.

Ratio dubitandi. Peruenit res ad eum caſum, à quo incipere non poſſet. *l. quia in eum. 16. ad l. Aquil. l. pro parte. 11. de ſeruitut. l. in ambiguis. 85. §. 1. de regul. iur.* non enim poſſet furioſus incipere liberos habere in poteſtate, cùm non poſſit matrimonium contrahere. Ratio decidendi. Quia ius poteſtatis, quod moribus receptum eſt, vbi ſemel plene quæſitum eſt, non amittitur niſi certis modis: inter quos non eſt furor. *l. qui furere. 20. ſup. tit. 1. & ſup. d. regula* præter id, quod non placuit omnibus prudentibus. *l. exiſtimo. 98. de verb. oblig. l. verbis legati. §. ad l. Falcid.* vt neque Iuſtiniano. *§. 14. de leg.* vitiatur in pleriſque. *d. l. in ambiguis. 85. §. 1. l. pluribus. 140. §. vlt. de verb. oblig.* nempe,

quoties actus ſemel habuit ſuum perfectum eſſe, & effectum. Non poteſt tamen furioſus poteſtatis ius exercere, vbi facto aliquo opus eſt, ideóque poſſunt ipſius liberi ſine eo nuptias contrahere. *l. ſi furioſi. 25. C. de nupt.*

a *Retinere tamen matrimonium poteſt.* Ratio dubitandi, quia ſicuti non contrahitur matrimonium, niſi conſenſu, ita nec retinetur. Ratio decidendi. In furioſo ſuperſunt reliquiæ prioris voluntatis: & matrimonium ſemel contractum tandiu retinetur, quandiu non diſſoluitur. vt verò diſſoluatur, opus eſt diſſenſu. *l. 2. de diuort.* qui in furioſo non magis poteſt eſſe quam conſenſus. *l. ſi tibi. 8. §. 2. de opt. legat. l. oratione. 16. §. 1. de ritu nupt.*

b *Acquiratur illi commodum.* Quia hæc acquiſitio fit ipſo iure. *l. placet. 79. de acq. her.* Itaque ſi eſſet opus aliquo facto, vt in hereditatis aditione, aliud eſſet, *l. cum heres. 52. eod.*

9. POMPONIVS libro 67. ad Quintum Mucium.

Filiusfamilias in publicis cauſis loco patrisfamilias habetur, veluti vt magiſtratum gerat, vt tutor detur.

Ad l. Filiusfamilias 9.

Ratio dubitandi. Neque magiſtratus, neque aliud quidquam quod ſit iuris publici, excepta patriciatus dignitate eximit filium à poteſtate patria. *§. 4. inſti. quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* Ratio decidendi. Quod ad ius publicum attinet, filius non ſequitur ius poteſtatis. *l. quod. 14. ad Trebell.* potiorem enim cauſam eſſe Reip. quam parentum, ipſi parentes voluerunt. *l. poſtliminium. 19. §. filius de captiu. & poſtlim. l. an priuatus. 77. & ſeq. de iudic.*

10. VLPIANVS libro 4. ad Legem Iuliam & Papiam.

Si iudex nutriri, vel ali oportere pronunciauerit: dicendum eſt de veritate quærendum, filius ſit, an non: neque enim alimentorum cauſa veritati facit præiudicium.

Ad l. Si iudex 10.

Ratio dubitandi. Fuit pronunciatum hunc ali debere non alio prætextu, quàm quaſi filium. De liberis enim & parentibus tantùm alendis: facta ſunt ſenatuſconſulta, *l. 3. §. vlt. l. 5. de agnoſ. lib.* ergo in antecedens neceſſarium, videtur pronuntiatum hunc eſſe filium. Ratio decidendi. Aliud eſt pronunciari, ali debere, aliud filium eſſe. *d. l. 5. §. meminiſſe.* Pronuntiatio de iure filij exigit pleniſſimam cauſæ cognitionem, quam non exigit pronuntiatio de alimentis. Eſt enim illa diſceptatio ſummaria. *d. l. 5. §. ſi vel parens*, ne filius interim fame pereat. Nullum ergo veritati præiudicium facere debet. Nam res iudicata habetur quidem pro veritate. *l. ingenuum. 25. ff. tit. 1.* ſed quatenus iudicatum eſt, non vltra. Idque eſt quod noſtri iactitant: ſententiam eſſe ſtricti iuris.

11. MODESTINVS libro 1. Pandectarum.

Inuiti filij naturales [a], vel emancipati non rediguntur in patriam poteſtatem.

Ad l. Inuiti 11.

Ratio dubitandi. Ius ſui heredis eſt honorabile, & inæſtimabile ex parte filij, propter commoda quæ habet. *l. in ſuis. 11. de lib. & poſthum.* ſicut ius patriæ poteſtatis ex parte patris. *l. filiusfamilias. 114. §. ſed ſi liberos. de leg.* cur non ergo licebit patri hunc honorem acquirere filio, etiam inuito? Nam & duplex beneficium dare dicitur, qui dat inuito, &, non poteſt filius conſilium melius capere, quàm paternum. *l. vlt. Cod. de cur. furioſ.* Ratio decidendi. Ius ſui heredis non ſolùm honor, ſed etiam onus eſt: ideóque requirit conſenſum omnium quorum intereſt. *§. ſed ſi quis. inſt. tit. de adopt.*

a *Naturales.* Id eſt, concepti in ſeruitute, ac proinde extra iuſtas nuptias. *l. Lucius Titius. 88. §. 12. de leg. 2.* ideóque nunquam fuerunt in poteſtate, quomodo qui ſunt emancipati in quibus maior erat dubitandi ratio quod facilè vnaquæque res redeat ad ſuam naturam. *ſi vnus. 27. in fin. de pact.* ſed id debet intelligi, dummodo fiat per modos, per quos vt loquuntur pragmatici.

DE ADOPTIONIBVS, ET EMANCIPATIONIBVS, & aliis modis, quibus poteſtas ſoluitur.

TITVLVS VII.

MODESTINVS libro ſecundo Pandectarum.

Filiofamilias non ſolùm natura, verùm & adoptiones faciunt.

1 ¶ Quod adoptionis nomen eſt quidem generale, in duas autem ſpecies diuiditur: quarum altera adoptio ſimiliter [b] dicitur: altera, adrogatio. Adoptantur filiifamiliás: adrogantur qui ſui iuris ſunt.

Ad Titulum 7. De adoptionibus: & emancipationibus, & aliis modis quibus poteſtas ſoluitur.

Ad l. Filiofamilias 1.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias eſt, quia naſcitur ex iuſtis nuptiis. *l. 3. & 6. ff. tit. 1.* quæ porro nullæ interueniunt in adoptione. Ratio decidendi. Quia naturam lex repræſentat, & inducit imaginem quandam & fictionem nuptiarum, vt filius adoptiuus perinde habeatur, ac ſi ex iuſtis nuptiis quæſitus eſſet. *l. filio, quem 23. de lib. & poſt. l. ſi paterfamil. 15. §. vltim. & l. ſeq. h. tit.* Nam & adoptio inde dicta eſt, quaſi valde optet liberos, qui adoptat (Atticulus enim adſolet augere) vel quod liberos eligat, quos vult.

b *Adoptio ſimiliter.* Retento ſcilicet nomine generis, vt in cognatione, quatenus opponitur agnationi. *l. 4. §. 2. l. iuriſconſulti. 10. §. 4. de grad. & affin.*

2. GAIVS libro 1. Inſtitutionum.

Generalis [c] enim adoptio duobus modis fit: aut principis auctoritate, aut magiſtratus imperio.

¶ Principis auctoritate adoptamus eos, qui iuris ſunt [d]. quæ ſpecies adoptionis dicitur *adrogatio.*

tio: quia & is,qui adoptat,rogatur,id eſt interrogatur, *an velit eum, quem adoptaturus ſit,iuſtum ſibi filium eſſe*: & is,qui adoptatur rogatur, *an id fieri patiatur.* ¶ Imperio magiſtratus adoptamus eos, qui in poteſtate parentis ſunt [c]: ſiue primum gradum liberorum obtineant, qualis eſt filius, filia: ſiue inferiorem,qualis eſt nepos, neptis [f], pronepos, proneptis.

Ad l. Generalis 1.

c *Generalis.* Id eſt, generaliter ſumpto nomine,vt contineat & adoptionem ſpecialem, & adrogationem. Nam adrogatio generalis nulla eſt.

d *Qui ſui iuris ſunt.* Ratio dubitandi. Amittitur hoc modo familia arrogati. *l. qui ex liberis. 11. §. 1. de bonor. poſ. ſec. tab.* quod cedit damno Reip. ad quam pertinet augeri potius numerum, vt dignitatem familiarum. *l. 1. §. antep. de ventr. inſp.* Ratio decidendi. Olim ob id neceſſaria erat in eam rem autoritas populi,hodie principis,& magiſtratus. *l. 2. C. h. tit. Vlpian. tit. 8. §. 2. & 3.*

e *Qui in poteſtate parentis ſunt.* Ratio dubitandi. Non poteſt quis eſſe in duorum ſimul poteſtate. *l. ſi filiusfamilias. 33. de teſt. milit.* Adoptandus autem eſt in poteſtate patris ſui naturalis. Ratio decidendi. Adoptio fiebat olim per emancipationem. *l. vlt. C. h. tit.* At hodie filius adoptiuus remanet in poteſtate patris naturalis, niſi datus ſit in adoptionem auo materno. *l. pen. C. eod.*

f *Nepos neptis.* Facilior tamen eſt iſtorum adoptio, quia vnica mancipatione de poteſtate exeunt: quòd in ſuis heredibus maſculis primi gradus diuerſum eſt. *l. verum eſt. 8. §. 1. de iniuſt. rupt.*

1 ¶ Illud vtriuſque adoptionis commune eſt: quòd & hi, qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare poſſunt.

Ad §. 1. Illud vtriuſque.

Ratio dubitandi, qui generare non poſſunt, liberos ex iuſtis nuptiis habere non poſſunt, ergo nec per adoptionem. *l. adoptio. 16. ĵ. eo.* Ratio decidendi, ſufficit legi, vt qui adoptat, poſſit iuſtas contrahere nuptias, licèt vitio aliquo corporis impediatur, ne generare poſſit: vt ſpado. *l. adrogato. 40. §. 1. ĵ. eod. l. ſi ſerua ſeruo. 39. §. 1. de iur. dot.* Aliud ergo eſt in caſtrato, quia is per naturam generare non poteſt, nec nuptias contrahere. *d. l. ſi ſerua ſeruo. §. 1.*

2 ¶ Hoc verò proprium [g] eſt eius adoptionis, quæ per principem fit: quòd his qui liberos in poteſtate habet ſi ſe adrogandũ dederit. non ſolùm ipſe poteſtati adrogatoris ſubiicitur,ſed & liberi eius in eiuſdem fiunt poteſtate, tanquam nepotes.

Ad §. 2. Hoc verò proprium.

Ratio dubitandi, liberi eius qui arrogantur, non rogantur, an velint tranſire in familiam adrogatoris; Ergo nec adrogantur, ſi vera eſt etymologia adrogationis poſita in *h. l.* Ratio decidendi, non rogantur quia ſequuntur caput patris, & tranſeunt in familiam adrogatoris per conſequentiam, tanquam qui ſint de familia *l. qui ex liberis. 11. §. 1. de bon. poſ. ſecund. tab.* non ſolet autem curari quod non ſit niſi per conſequentiam. *l. 1. & l. quod dicimus. 7. de autor. tutor.*

g *Proprium.* Aliud enim eſt, cùm filiusfamilias à patre datur in adoptionem. *l. adrogato. 40. eod.*

3. PAVLVS libro 4. ad Sabinum.

SI conſul vel præſes filiusfamilias ſit: poſſe eum apud ſemetipſum vel emancipari, vel in adoptionem dari conſtat.

4. MODESTINVS libro 1. Regularum.

MAgiſtratum, apud quem legis actio eſt, & emancipare filios ſuos, & in adoptionem dare apud ſe poſſe Neratij ſententia eſt.

Ad l. Si conſul. 3. & l. Magiſtratum 4.

Ratio dubitandi, non poteſt quis in eodem actu duorum vicem ſuſtinere. *l. ſi plures. 9. de pact.* Ratio decidendi, requiritur præſentia magiſtratus, duntaxat ad ſolennitatem, vt actus legitimus non fiat, niſi præſente eo, apud quem legis actio eſt. *l. 2. & 3. de off. proconſ.* Cæterùm adoptionis ſubſtantia, & emancipationis, pendet ex voluntate adoptantis, & emancipantis. Itaque ſi quo eſſet opus facto magiſtratus, aliud eſſet, vt in *l. 1. §. 2. de off. conſ.* id eſt, in probanda cauſa manumiſſionis. Cauſa enim examinanda eſt per collegam. *d. §. 1.* licet ipſa manumiſſio fiat apud conſulem. *l. ſi rogatus. 20. inſ. de man. vind. l. 2. de off. prætor.*

5. CELSVS libro 28. Digeſtorum.

IN adoptionibus, eorum duntaxat qui ſuæ poteſtatis ſunt, voluntas exploratur. ſin autem à patre dantur in adoptionem [h]: in his vtriuſque arbitrium ſpectandum eſt, vel conſentiendo, vel non contradicendo.

Ad l. In adoptionibus 5.

Ratio dubitandi, exquirenda eſt voluntas eorum omnium, quorum intereſt, & qui ex adoptione etiam in futurum lædi poſſent. *l. nam ita. 39. eod. §. ſed ſi quis inſt. eod.* Intereſt autem eorum quoque qui ſunt in arrogati poteſtate. Ratio decidendi, nullam intelliguntur habere voluntatem, cùm ſint in alterius poteſtate habentis in eos ius vitæ & necis. vid. *l. 2. §. 2. eod.*

h *Sin autem à patre dantur in adoptionem.* Ratio dubit. videtur hoc caſu ſufficere voluntas patris, ex iis quæ proximè dicta ſunt. Ratio decidendi. Adoptio non fit niſi per emancipationem, per quam exit filius de familia patris naturalis, vt poſſit in aliam tranſire. *l. vlt. C. h. tit.* Ipſius ergo voluntas neceſſaria eſt: non etiam cùm pater dat ſe adrogandum, quia tunc filij etiam inuiti ſequuntur patrem, vt nepotum loco eſſe incipiant. *§. pen. Inſtit. h. tit.*

6. PAVLVS libro 35. 4. ad Edictum.

CVm nepos adoptatur, quaſi ex filio natus: conſenſus filij exigitur, idque etiam Iulianus ſcribit.

Ad l. Cùm nepos 6.

Ratio dubitandi, negotium geritur inter adoptantem & adoptatum, quorum neuter filius eſt: ergo non eſt neceſſarius conſenſus filij, vt nec aliorum agnatorum

l.prox.ſeq.eod. Ratio decidendi, quia filij potiſſimùm intereſt, ne inuito ei ſuus heres agnoſcatur. *§. 7. inſt. eod.* non enim poteſt quis adoptari tanquam nepos ex filio viuo, quin fiat filius filij. Itaque ſi filius autor non fuerit, poſtea mortuo auo non erit nepos in ipſius poteſtate. *l.ſi is, qui 11. ſ. h. tit.* non enim fit hic filius filij per conſequentias, ſed in antecedens neceſſarium, vt poſſit fieri nepos. *l.dotem.6.de colla.*

7. CELSVS libro 39. Digeſtorum.

CVm adoptio fit, non eſt neceſſaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis conſequuntur.

Ad l. Cùm adoptio 7.

Ratio dubitandi, intereſt omnium agnatorum, quibus per adoptionem vt agnatus ita legitimus heres acquiritur. *l.qui in adoptionem.23.infr.* Vnde dicimus contractus matrimonium, non tam priuatorum, qui contrahunt, quàm familiarum ac penè reipu. contractus eſſe: quæ res facit vt agnati omnes cognatique ſoleant conuenire, vt conſtet eos conſentire. Ratio decidendi, non ideò conſenſus eorum neceſſarius eſt, ſed illorum duntaxat qui ex adoptione ſuum heredem ſunt habituri. *l.6. & l.ſi is qui. 11. h. tit.* Agnatum enim heredem nemo inuitus habet, cùm poſſit teſtamento eum excludere. At ſuum heredem habet quis, vt inuitum, ita inuitus: cùm non poſſit eum exheredare, niſi ex certis cauſis. *l. vlt. de bon. dam. l.in ſuis 11.de lib.& poſt.* Denique, per adoptionem acquiruntur iura ſuitatis principaliter, agnationis verò non niſi per conſequentias, *l.2.§.2.ſup.*

8. MODESTINVS libro ſecundo Regularum.

QVod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, antè tenuerat, ſub diuo Claudio rectè mutatum eſt.

Ad l. Quod, ne 8.

Ratio dubitandi. Curator minoris non datur perſonæ, ſed bonis. *l.cùm in vna.17.§.1. de appel.* arrogatur autem perſona, non bona quamuis transeant in familiam arrogatoris cum capite arrogati, per conſequentiam. *l.qui ex liberis.11.§.ſecundùm. de bon. poſſeſſ. ſecundùm tab.* Ratio decid. Arrogatio damnum aufert omnium bonorum, & minor curatorem habens æquiparatur pupillo, & prodigo. *l.3.C.de in integ.reſt.minor.* Sed & arrogatio ſoluit curam, ſicut tutela. *l.vlt.de autor præſt.* Curatorem ergo interuenire, & conſentire oportet.

9. VLPIANVS libro 1. ad Sabinum.

ETiam cæcus adoptare vel adoptari poteſt.

Ad l. Etiam cæcus 9.

Ratio dubit. Adoptio non fit ſine optione, id eſt, electione illius qui pater fit & illius qui filius: quæ electio non poteſt fieri a cæco, niſi alienis oculis, & alieno iudicio. Quis enim portentoſum hominem, aut morboſum, vel patrem vel filium habere velit ſi detur optio? Sunt ergo hæ adoptiones velut captatoriæ, id eſt, collatæ in alienum iudicium: quod tamen abſurdum eſt, cùm ſint actus ſolemnes. *l.illa inſtitutio.32. de hered. inſtit.* Ratio decidendi, etiam cæcus & voluntatem, & iudicium habet: poteſtque tam cautè agere, vt non fallatur. Ideóque iudex eſſe poteſt. *l.8.de iudic.& teſtam. l.hac conſultiſſima. 8.C.qui teſt.facere poſ.*

10. PAVLVS libro 2. ad Sabinum.

SI quis nepotem, quaſi ex filio natum, quem in poteſtate habet, conſentiente filio adoptauerit: non agnaſcitur auo ſuus heres: quippe cum poſt mortem aui, quaſi in patris ſui recedit poteſtatem.

Ad l. Si quis nepotem 10.

Ratio dubitandi. Adoptionum vſus inuentus eſt, vt filiosfamilias, ac proinde ſuos heredes ſibi acquirere quis poſſet. *l.1. ſ.* ergo dicendum eſt vel fieri ſuum heredem, qui adoptatur, vel adoptionem non valere. Ratio decid. Id verum eſt ſi adoptetur quis in filium, non etiam ſi in nepotem ex filio in poteſtate: quia ſuus heres eſſe non poteſt, quem alius antevertit *l.ſcripto herede.7.vnde lib. l.ſi filiusf.43.de teſtib. mili.* ſufficit autem ad validitatem adoptionis, vt qui adoptatur poſſit aliquo caſu ſuus heres eſſe: quod hic contingeret filio præmoriente, adeo vt rupturus eſſet teſtamentum, ſi non ſe inſtitutum inueniret. *l.filio.23.§.1.de lib.& poſthu.* alioqui non poſſet quis adoptari in nepotem ex filio viuo, & in poteſtate, quod eſſet iniquum.

11. IDEM libro 4. ad Sabinum.

SI is, qui filium haberet, in nepotis locum adoptaſſet, perinde atque ſi ex eo filio natus eſſet: & is filius auctor factus non eſſet: mortuo auo, non eſſe nepotem in poteſtate filij.

Ad l. Si is, qui filium 11.

Ratio dubitandi fruſtrà exquiritur voluntas illius, qui ipſe in alterius eſt voluntate, ac poteſtate. *l. filiusfa.92. de acq.hered.* Ratio decidendi, adoptio hæc ſuum effectum porrigit etiam in id tempus, quo filius erit ſui iuris, mortuo auo, quo tempore is, qui nunc filiusfamilias eſt poterit habere ſuum heredem: & inuitus habiturus eſſet eum, qui adoptatur in nepotem, ſi poſſet ille adoptari eo inuito. Vnde petenda eſt etiam ratio. *l. oratione.16. §.1. de ritu nupt.* Quid ergo ſi filius non conſenſerit, & mortuus ſit ante adoptatorem? Non eo minus valebit adoptio, vt nepos hic ſit ſuus heres auo morienti: quia valuit adoptio, quantum ad auum, nec filij conſenſus neceſſarius eſt, niſi propter filium, vt hæc lex non obſcurè innuit.

12. VLPIANVS libro 14. ad Sabinum.

QVi liberatus eſt patria poteſtate, is poſtea in poteſtatem honeſtè reuerti non poteſt, niſi adoptione.

Ad

Ad l. Qui liberatus 12.

Ratio dubit. poſſunt filij emancipati reuerti in poteſtatem, ſi velint, & pater conſentiat *l. vlt. § vlt. 1.* Ratio decid. poſſunt quidem, ſed non niſi per adoptionem, aut per ingratitudinem. *l. vn. C. de ingr. lib.* quorum prior modus honeſtus eſt, poſterior inhoneſtus.

13. PAPINIANVS libro 36. Quæſtionum.

IN omni ferè iure, finita patris adoptiui poteſtate, nullum ex priſtino retinetur veſtigium: denique & patria dignitas [a] quæſita per adoptionem, finita ea, deponitur.

Ad l. In omni ferè 13.

Ratio dubitandi. Adoptio facti eſt, & iuris. Quæ autem ſunt facti pro infectis haberi non poſſunt. *l. denique. 19.* ex quibus cauſis maior. *l. in bello. 12. § facti. de captiu. & poſtlim.* Ratio decidendi, effectus adoptionis totus eſt iuris, quia non eſt nomen ciuile, qui proinde contrario iure ciuili tolli in totum poteſt. *l. nihil tam. 35. de reg. iur.* excipe tamen caſum *l. qui etiam 55. de ritu nuptiar.* propter publicam honeſtatem.

a *Et patria dignitas.* Ratio dubitandi, ex *l. filiam. 9. § de ſenator.* quæſita dignitas liberis, non eſt iis inuitis, aut ignorantibus auferenda. Ratio decidendi, quæſita fuerat per adoptionem: finita igitur adoptione per emancipationem neceſſariò deponitur. Ciuilis enim [illegible] iura corrumpere facile poteſt. *§ vlt. inſtit. de [illegible] tut. l. eas obligationes 8. de cap. minut.*

14. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

SEd etiam nepos ex filio apud adoptatum patrem conceptus & natus, per emancipationem iura omnia perdit.

Ad l. Sed etiam nepos 14.

Ratio dubitandi, ius iſtius nepotis in familia patris adoptati videtur naturale, cùm ſit ille conceptus & natus in familia adoptiua. Ergo non videtur poſſe tolli per emancipationem, quia ciuilis ratio corrumpere non poteſt iura naturalia. *l. eas obligationes. 8. de cap. minut.* Ratio decidendi, nullum ius habet hic nepos in familia adoptiua, niſi propter adrogationem: ergo diſſolui quandocunque poteſt per emancipationem. *§ vlt. inſtit. de legit. agnat. tut.*

15. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

SI paterfamilias adoptatus ſit, omnia, quæ eius fuerunt, & acquiri poſſunt, tacito iure ad eum tranſeunt, qui adoptauit. hoc amplius, liberi eius, qui in poteſtate ſunt, eum ſequuntur: ſed & hi, qui poſtliminio redeunt [a]: vel qui in vtero fuerunt, cùm adrogaretur, ſimili modo in poteſtatem adrogatoris rediguntur.

Ad l. Si paterfamilias 15.

Ratio dubitandi, qui arrogatur, non rogatur niſi de ſuo capite; ergo nihil de bonis, aut liberis ſuis promittere, aut diſponere videtur. Ratio decidendi, quod tacitè agitur pro cauto habendum eſt. *l. cum quid mutuum 3. de reb. cred.* hoc autem tacitè agitur, quia liberi & bona neceſſariò ſequuntur caput illius, qui adoptatur. *l. qui ex liberis. 11. § 1. de bon. poſſ. ſec. tab. vide tamen § 2. inſtitut. de acquiſit. per arrogat.*

a *Qui poſtliminio redeunt.* Ratio dubitandi, quia non fuerunt in poteſtate, tempore adrogationis. *l. lege Cornelia 12. qui teſt. fac. poſ.* idémque dici poteſt de iis, qui tunc in vtero fuerunt. *l. vlt. de collat.* Ratio decid. quia retro finguntur, & iam nati, & in poteſtate eo tempore fuiſſe, & apparet ex poſtfacto quid antea fuerit. *§ ſi ab hoſtibus. inſtit. quibus modis ius patr. poteſt ſoluit.*

1 ¶ Qui duos filios, & ex altero eorum nepotem habet: ſi vult nepotem, quaſi ex altero natum ſic adoptare: poteſt hoc efficere, ſi eum emancipauerit, & ſic adoptauerit, quaſi ex altero natum, facit enim hoc quaſi quilibet, non quaſi auus. & qua ratione quaſi ex quolibet natum poteſt adoptare, ita poteſt & quaſi ex altero filio.

Ad § 1. Qui duos.

Ratio dubitandi, fictiones iuris debent reſpondere naturæ & veritati. *l. Confeſſionibus 13. & l. ſeq. de inter. in iur. fac.* atqui impoſſibile eſt per naturam, vt quis ex duplici filio habeat eundem nepotem, id eſt, vt quis ſit auus dupliciter. Ratio decidendi, auus non adoptat hunc nepotem quaſi auus, ſed quaſi quilibet, nec adoptat, niſi poſtquam eum emancipauit, atque ita cœpit illi extraneus eſſe iure ciuili. *l. quin etiam. 55. de ritu nupt.* non tam ergo inſpiciendum eſt, quem adoptet, quam qualem: nec tam quis, quam quaſi quis. *l. item eorum. [illegible] in princip. quod cuiuſque vniuerſ.* ſic proprium filium pater poteſt adoptare, licèt non poſſet magis pater fieri. nempe ſi prius deſierit pater eſſe, eum emancipando. *l. qui liberatus. 12. l. ſi pater. 41. hoc titul.*

2 ¶ In adrogationibus cognitio vertitur, num fortè minor ſexaginta annis ſit, qui adrogat: quia magis liberorum creationi [b] ſtudere debeat: niſi forte morbus, aut valetudo in cauſa ſit, aut alia iuſta cauſa adrogandi. veluti ſi coniunctam ſibi perſonam velit adoptare.

Ad § 2. In adrogationibus.

Ratio dubitandi, nemo arrogatur, niſi rogatus & conſentiens. *l. 2. neque abſens. 24. h. tit.* ergo cùm nulla ei fiat iniuria, cur requirimus cauſæ cognitionem? Ratio decidendi, fit iniuria Reipu. quia familia amittitur, quod non eſt ferendum niſi ex cauſis. Aliud ergo in aliis adoptionibus iuris eſt.

b *Liberorum creationi.* vt repleatur liberis hominibus ciuitas, nec fictos liberos quærat qui poteſt habere veros, niſi accipiat eos a vero patre, quo caſu adoptatus quidem mutat familiam, ſed nulla familia amittitur.

3 ¶ Item non debet quis plures adrogare, niſi ex iuſta cauſa. ¶ Sed nec libertum alienum [c], nec maiorem minor [d].

Ad § 3. Item non.

Ratio dub. & decid. eadem quæ ad § præced.

c *Libertum alienum.* Ratio dubitandi, minus eſt damnum reipu. in arrogatione liberti, ergo facilius permittenda.

Ratio decidendi, ne patrono fiat iniuria. *l. 1. §. 2. ſi à par. quis man. erit.*

d *Nec maiorem minor.* Ratio dub. adoptio non naturæ, ſed legis actio eſt. *l. 1. & 3. de off. proconſ.* conſequenter fictio, & mendacium: ergo cadere poteſt in quemcunque. Ratio decid. lex nihil facit imprudenter, ſed prouidè omnia, & imitatione naturæ, quantum poteſt. *l. adoptio. 16. & l. arrogato. 40. §. 1. hoc tit. §. 4. inſtit. h. tit.*

16. IAVOLENVS libro 6. ex Caſſio.

ADoptio enim in his perſonis locum habet in quibus etiam natura poteſt habere.

Ad l. Adoptio 16.

Ratio dubit. plus poteſt lex, quàm natura: cùm poſſint adoptare etiam ij, qui non poſſunt generare. *l. 2. §. 1. l. ſi paterfamilias. 15. §. 2. eod.* Ratio decid. plus poteſt, quàm perſona quæ adoptat, ſed non quàm natura in genere, licèt ea debilitata ſit in adoptante: ſiue per morbum, ſiue per ætatem. Itaque lex defectum naturæ, non naturam ipſam ſupplet, & hoc non naturam præueniendo, ſed veſtigia eius inſequendo. Eſt enim adoptio imago naturæ, *l. filio, quem 23. de lib. & poſthum.*

17. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

NEc ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicuius adminiſtrauit: ſi minor vigintiquinque annis ſit, qui adrogatur: ne fortè eum ideò adroget, ne rationes reddat. ¶ Item inquirendum eſt, ne fortè turpis cauſa adrogandi ſubſit.

Ad l. Nec ei permittitur 17.

Ratio dubitandi, Poteſt hæc adrogatio vtilis eſſe pupillo, vel minori: ergo erit aliquando permittenda, ne quod fauore minorum cautum eſt, in perniciem eorum retorqueatur. *l. pen. Cod. ad Trebellia.* præſertim ſi concurrat adfectio iuſta tutoris, vel curatoris priuignum fortè ſuum adoptare volentis vt *l. nonnunquam 32. §. 1. eod.* Ratio decidendi, erit adhibenda cauſæ cognitio, an ideò poſtuletur hæc adrogatio, vt adrogator ſe liberet à reddendis rationibus, an iuſta adfectione, & ob coniunctionem perſonarum, vt ſic vel permittatur, vel prohibeatur, *l. ſi paterfamilias 15. §. 1. eod. & §. ſeq. h. tit.*

1 ¶ Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda eſt his, qui vel naturali cognatione, vel ſanctiſſima affectione ducti adoptarent: cæterorum prohibenda, ne eſſet in poteſtate [a] tutorum, & finire tutelam, & ſubſtitutionem à parente factam extinguere.

2 ¶ Et primùm quidem excutiendum [b] erit, quæ facultates pupilli ſint, & quæ eius, qui adoptare cùm velit: vt æſtimetur ex comparatione earum, an ſalubris adoptio poſſit pupillo intelligi. ¶ Deinde cuius vitæ ſit is, qui velit pupillum redigere in familiam ſuam. ¶ Tertiò, cuius idem ætatis ſit: vt æſtimetur an melius ſit de liberis procreandis cogitare eum: quàm ex aliena familia quemquam redigere in poteſtatem ſuam.

3 ¶ Præterea videndum eſt, an non debeat permitti ei, qui vel vnum habebit, vel plures liberos, adoptare alium: ne aut illorum, quos iuſtis nuptiis procreauit, deminuatur ſpes, quàm vnuſquiſque liberorum obſequio paret ſibi: aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum conſequi. 4 ¶ Interdum & ditiorem permittetur adoptare pauperiori, ſi vitæ eius ſobrietas clara ſit, vel affectio honeſta, nec incognita.

5 ¶ Satiſdatio autem in his caſibus dari ſolet.

Ad §. 1. Eorum. & Ad §. 2. Et primùm.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad principium legis. Nam & pupillorum adrogatio ex cauſa permitti debet, quoties omnimodo futura eſt vt vtilis pupillo, licet futurum ſit vt tutela finiatur, & ſubſtitutio pupillaris extinguatur, dummodo tuto tes omnes conſentiant. *l. vltim. C. de aut. præſt.* Cæterùm adrogatoris affectionem ſemper ſanctiſſimam eſſe oportet, & cætera concurrere quæ in §. 2.

a *Ne eſſet in poteſtate.* qui enim adrogatus eſt, cùm ſit filiusfamilias, is neque tutorem, nque teſtamentum habere poteſt: non tutorem, quia non poteſt eſſe in duorum poteſtate: & patria poteſtas cùm ſit maior tutoriam excludit: non teſtamentum, quia deſiit eſſe paterfamilias. Pupillaris autem ſubſtitutio teſtamentum filij eſt. *l. 2. & paſ. de vulg. ſubſt.*

b *Excutiendum.* In his ergo quatuor cauſæ cognitio potiſſimum vertitur, quænam ſint facultates adrogatoris, quæ vita, quæ ætas, qui liberi. Primùm, vt adrogatio ſit vtilis pupillo: ſecundùm, vt ſit honeſta, tertiùm ne ſit inutilis reip. & damnoſa, quartum, ne iuſtis liberis ſit iniurioſa.

Ad §. 4. Interdum.

Videtur hoc caſu adrogatio eſſe damnoſa pupillo: ergo non permittenda. Ratio decidendi. Imò poterit eſſe vtilis & honorifica, ſi vitæ adrogatoris ſobrietas clara erit, vel adfectio honeſta, nec obſcura. Pauperem enim quid vetat abundare bonis moribus & exemplis? *§. vltim. inſt. de ſuſpect. tutor.*

Ad §. 5. Satiſdatio.

Ratio dubitandi. Inter patrem & filium non poſſunt interponi cautiones ſalua patria poteſtate. *l. Imperator 50. ad Trebel.* Ratio decidendi. Hæc ſatiſdatio interponitur ante adrogationem. *l. prox. infr. eod.* nec præſtatur pupillo, ſed legitimis pupilli heredibus aut potiùs ſeruo publico, ſtipulandi nomine & commodo legitimorum ſucceſſorum, quibus alioquin hæc adrogatio damnum eſſet allatura.

18. MARCELLVS libro 26. Digeſtorum.

NOn aliter enim voluntati eius, qui adrogare pupillum volet, ſi cauſam eius ob alia probabit, ſubſcribendum erit, quàm ſi cauerit ſeruo [c] publico, *ſe reſtituturum ea, quæ ex bonis eius conſecutus fuerit, illis, ad quos res peruentura eſſet* [d], *ſi adrogatus permanſiſſet in ſuo ſtatu.*

Ad l. Non aliter 18.

Ratio dubitandi. Cui perſona ipſa pupilli creditur ſine ſatiſdatione, cur cogatur ſatiſdare pro bonis? *arg. l. 2. C. ne fideiuſſ. dot. dent.* Ratio decidendi. Non pupilli iudicio, quod nullum eſt, ſit hæc adrogatio ſed agnatorum: qui nunquam eſſent conſenſuri, nec ſi euidens eſſet vtilitas pupilli, ſi non iis cautum eſſet, quos tamen conſentire oportet. *l. 4. C. hoc tit.*

c *Cauerit*

c *Caueriſ ſeruo.* Ratio dubitandi. Nemo alij ſtipulari poteſt, in cuius poteſtate non ſit. *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri. de verb. oblig.* Ratio decidendi. Fallit in ſeruo publico, qui ideò publicus appellatur, quaſi omnium ſit, licèt nullius priuati ſit, ſed reip. *l. 2. ℑ. rem pup. ſal. fo.* quod malè noſtri traxerunt ad notarios noſtri temporis. Nam ſerui quidem illi publici erant notarij, ſed notarij noſtri non ſimiliter ſunt ſerui.

d *Ad quos res peruentura eſſet.* Ratio dubitandi, videntur illi ſolliciti de hereditate viuentis, & contra ius gentium feſtinare, *l. 2. §. interdum. de vul. & pup. l. 1. §. ſi impubere. de coll. l. donari* 29. *§. vlt. & l. ſeq. de don. l. vlt. C. de pact.* Ratio decidendi. Ipſi non ſtipulantur, ſed ſeruus publicus ex mandato, non ipſorum, ſed magiſtratus. Nec confertur ſtipulatio in fauorem perſonæ certæ, ſed incertæ, quiſquis futurus ſit legitimus ſucceſſor. & præterea euaneſcit pupillo moriente pubere. *l. hac autem* 20. *hoc tit.*

19. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

HIs verbis ſatiſdationis, quæ ab adrogatore præſtari debet, *Ad quos ea res pertinet* [e], & libertatibus profectum eſſe, quæ ſecundis tabulis datæ ſunt, & multò magis ſubſtituto ſeruo, item legatariis, nemo dubitat.

Ad l. His verbis 19.

e *Ad quos ea res pertinet*, id eſt, qui in vniuerſum dominium ſuccedunt, vel ciuili, vel prætorio iure, *l. ſciendum eſt* 70. *in fi. de ver. ſig.* & hinc Ratio dubitandi. Ad id quod hic dicitur de libertatibus & legatariis: nec enim iſti ſunt vniuerſales, & ſingulares ſucceſſores. Ratio decidendi. Omnes vniuerſales ſucceſſores ſupradictis verbis ſignificantur, etiam prætorij, ſed non ſoli: verùm omnes, quorum intereſt.

f *Profectum eſſe*, malo legere *proſpectum eſſe.* Ratio dubitandi. Per arrogationem corruunt tabulæ pupillares. *l. nec ei permittitur* 17. *§. 1. ſupr. eod.* ergo & omnia in iis relicta. Ratio decidendi. Corruunt omnia ipſo iure, ſed per hanc ſatiſdationem reſtituuntur, excepta hereditate pupillari, quæ non ſubſtituto reſtituitur, ſed legitimis ſucceſſoribus: vt ſcripſi ad *princip. 1. huius tit. allat.* 11.

g *Et multò magis ſubſtituto ſeruo.* Intellige vt conſequetur ei libertas, non hereditas: & ideò addidit *ſeruo*: cùm alioquin debuiſſet generaliter dicere ſubſtituto, vt intelligamus ei proſpici non quaſi ſubſtituto, ſed quaſi ſeruo libertate donato, ne ſit deterioris conditionis ob id, quod libertatem cum hereditate acceperit, quam ſi accepiſſet ſine libertate. Ratio dubitandi. Quod ad hereditatem, quia ſatiſdatio prodeſt omnibus, ad quos res peruentura erat, ſi adrogatio facta non fuiſſet *l. prox. ſupr.* Atqui peruentura erat ad ſubſtitutum pupillarem. Ratio decidendi. Fauorabiliores ſunt hac parte legitimi ſucceſſores, quàm ſubſtitutus pupillaris, & quia eorum iudicio fit adrogatio. *l. 1. Codic. hoc titul.* non autem ſubſtituti, qui plerumque neſcitur quis ſit: putà ſi teſtator prohibuerit aperiri tabulas pupillares ante mortem impuberis. *§. 3. inſtitut. de pupillari ſubſtitutione. leg. vltim. ad Trebellianum.* & quia minus abominabilis eſt metus, vt moriatur pupillus aliquo legitimo ſucceſſore ſuperſtite, quàm vt moriatur ante ſubſtitutum. *l. 3. §. interdum. de vulg. & pupill.* Scripſi latiùs ad *d. pr. 1. h. titul. allat. 1.*

1 ¶ Quæ ſatiſdatio ſi omiſſa fuerit, vtilis actio in adrogatorem datur.

Ad §. 1. Quæ ſatiſdatio.

Ratio dubit. Satiſdatio non fit ſine ſtipulatione. *l. ſtipulationum* 5. *§. 2. de ver. obl.* nec ſtipulatio ſine verbis nec niſi quatenus verbis expreſſum eſt. *l. quidquid aſtringendæ* 99. *eod.* Ratio decidendi. Stipulatio fingitur interceſſiſſe fauore non modò adgnatorum, ſed etiam pupilli: cuius vita minus erit expoſita inſidiis adrogatoris, ſi malum conſilium habuerit irruendi in facultates pupilli. *l. 2. C. h. tit.* & ideò non directa ſed vtilis actio eſt, quæ datur in adrogatorem. Sic Iuſtin. tacitam ſtipulationem induxit fauore dotium. *l. vn. C. de rei vxor. act.*

20. MARCELLVS libro 26. Digeſtorum.

HÆc autem ſatiſdatio locum habet, ſi impubes deceſſit.

Ad l. Hæc autem 20.

Ratio dubitandi. Obligatio ſemel conſtituta neque conditione finiri poteſt. *l. nemo poteſt* 55. *de leg. 1. l. obligationum* 44. *§. 1. de oblig. & act.* Ratio decidendi, pupillus adrogatus ſi pubes eſſe cœperit poteſt conqueri de adrogatione, ſi eam videat non ſibi expedire, *l. & ſi pubes* 33. *inf.* Itaque, ſi non conqueratur incipit iam ſuo & certo iudicio transferre bona ſua in familiam adrogatoris, quæ res legitimos ſucceſſores excludit, ſicut & teſtamentarium excluderet. *l. qui ex liberis* 11. *§. 2. de bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas.* magis itaque fauendum eſt adrogatori, qui habet pro ſe voluntatem adrogati.

1 ¶ Sed & ſi pupillo loquitur, tamen hoc & in pupilla obſeruandum eſt.

21. GAIVS libro ſingulari Regularum.

NAm & fœminæ ex reſcripto Principis adrogari poſſunt.

Ad §. 1. & ſi de pupillo. & Ad l. Nam & fœminæ 21.

Ratio dubitandi. Per fœminas non poteſt continuari familia, quia fœmina familiæ ſuæ caput & finis eſt *l. pronunciatio* 195. *§. vltim. de ver. ſign.* Ratio decidendi. Ideò ſpeciali reſcripto principis opus eſt, vt poſſint adrogari, alioqui non poteſt iuſta eſſe cauſa fœminæ adrogandæ: cùm non fiat adrogatio, niſi vt quis ſuos heredes nanciſcatur, ad familiam conſeruandam & propagandam.

22. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

SI adrogator deceſſerit, impubere relicto filio adoptiuo, & mox impubes decedat, an heredes adrogatoris teneantur? & dicendum eſt, heredes quoque reſtituturos & bona adrogati, & præterea quartam partem [a].

Ad l. Si adrogator 22.

Ratio dubitandi. Sipulatio fuit concepta nominatim de perſona adrogatoris. *l. non aliter* 18. *ſupr. ubi. ſe reſtituturum.* ergo adrogatore præmortuo deficit ſtipulatio. Ratio decidendi. Obligationes omnes ad heredes tranſeunt. *tot. tit. Codic. heredit. act.* nec finitur adrogatio morte adrogatoris, in cuius familia remanet & caput & bona quæ fuerant adrogati. Stipulationis ergo

cauſa, & poteſtas ſemper durat.
a *Quartam partem.* non ex ſtipulatione, ſed tamen tanquam æs alienum ex reſcripto D. Pij. *l. Papinianus* 8. *§. antep. de inoff. teſtam. l.* 2. *C. h. tit.*

1 ¶ Sed an impuberi adrogator ſubſtituere poſſit, quæritur: & puto non admitti ſubſtitutionem, niſi fortè ad quartam ſolam [c], quam ex bonis eius conſequitur: & hactenus, vt ei vſque ad pubertatem ſubſtituat. Cæterùm ſi fidei eius committat, *vt quandoque reſtituat*, non oportet admitti fideicommiſſum [d]: quia hoc non iudicio eius ad eum peruenerit, ſed principali prouidentia.

Ad §. 1. Sed an impuberi.

Ratio dubitandi. Subſtitutio pupillaris eſt fauorabilis pupillo, & comprehendit bona omnia, etiam quæ pupillus aliunde habuit, *l. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos. de vulg. & pupill.* nec aliud exigit, niſi vt filius, cui ſubſtituitur ſit impubes, & in poteſtate *l.* 2. *eo.* Ratio decidendi. Bona, quæ habuit pupillus tempore adrogationis ſunt obnoxia reſtitutioni ex promiſſione adrogatoris: qui obligationem ſuam facto ſuo tollere non poteſt. *l. ſi ſeruum.* 91. *§. antep. de verb. oblig.* tolleret autem, ſi ſubſtitueret pupillariter: quoniam bona peruenirent ad ſubſtitutum contra formam & legem ſtipulationis, quæ immutari non potuit. *l. vero procuratori.* 12. *§. pen de ſolut.*
c *Ad quartam ſolam.* Adde etiam omnia, quæ ad adrogatum peruenerunt contemplatione adrogatoris iam defuncti. *l. ſed ſi plures* 10. *§.* 6. *de vulg. & pupill.* Ratio dubitandi. Non poteſt pupillus decedere pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus. *l. ius noſtrum.* 7. *de reg. iur.* Ratio decidendi. Bona, quæ habuit ante adrogationem pertinent ad ipſius agnatos, non iure hereditatis inteſtati, ſed ex ſtipulatione tanquam bona adrogatoris, cui re vera fuit quæſita per arrogationem.
d *Fideicommiſſum.* Ratio dubitandi. Quia poteſt quilibet de bonis ſuis fideicommiſſum relinquere, *l. coheredi.* 41. *§. cùm filia. de vulg. & pupill. ſequens quæſtio.* 68. *de leg.* 2. Ratio decidendi. Adrogatus hanc quartam habet ex bonis quidem patris, ſed non tam à patre quàm à D. Pio: & quaſi æs alienum. *d. leg. Papinianus.* 8. *§. antep. de inoff. teſt.* ergo grauari in ea non potuit. *l. ſeruus vni.* 67. *§.* 1. *de leg.* 1. Et alia ratio eſt pupillaris ſubſtitutionis. Illa enim honorifica & vtilis eſt pupillo, fideicommiſſum verò onerosum *d. l. coheredi.* 41. *§. cum filia. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. Iulianus.* 42. *de acquir. hered.*

2 ¶ Hæc omnia dicenda ſunt, ſiue in locum filij, ſiue in locum nepotis aliquis impuberem adrogauerit.

Ad §. 2. Hæc omnia.

Ratio dubitandi. Fauorabilior videtur, qui adoptatur in locum filij, quàm in locum nepotis. nam nec nepoti vlla debetur legitima viuo filio *l. ſi quis. filium.* 34. *Cod. de inoff. teſt.* Ratio decidendi. Imò eadem ratio eſt ſuccurrendi ei, qui in locum nepotis adrogatur, quia æquè amittit familiam & bona ſua omnia in fauorem adrogatoris, tantóque dignior eſt hic, cui ſubueniatur quanto remotior fuit à ſucceſſione aui, in qua eum alius anteuertebat.

23. PAVLVS libro 35. ad Edictum.

QVi in adoptionem datur, his, quibus adgnaſcitur, & cognatus fit: quibus verò non adgnaſcitur, nec cognatus fit. adoptio enim non ius ſanguinis, ſed ius adgnationis adfert, & ideo ſi filium adoptauerim, vxor mea illi matris loco non eſt: neque enim adgnaſcitur ei, propter quod nec cognata eius fit. Item nec mater mea auiæ loco illi eſt: quoniam his, qui extra familiam meam ſunt, non adgnaſcitur: ſed filiæ meæ is, quem adoptaui, frater fit: quoniam in familia mea eſt filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis [a].

Ad l. Qui in adoptionem 23.

Adoptio imitatur naturam. *l. adoptio.* 16. *l. quæſitum.* 34. *h. tit.* & eſt imago naturæ. *l. filio, quem.* 23. *de lib. & poſt.* Atqui natura facit cognatos etiam eos qui non ſunt agnati. *l. non facilè.* 4. *§.* 2. *l. Iuriſconſultus.* 10. *§.* 4. *de grad. & adfi.* Ratio decidendi. Adoptio imitatur naturam, quantum id fieri per legem poteſt. Lex autem non poteſt tribuere ius ſanguinis, quod eſt naturale: ſed tantum ius agnationis quod eſt ciuile. *§. vlt. inſt. de leg. agna. tut.* facit ergo etiam cognationem adoptiu. *l.* 1. *§. cognationem. vnd. cog.* ſed ciuilem tantum. *d. l. non facilè.* 4. *§.* 2. *l. adoptiuus.* 14. *§. vlt. de rit. nup.*
a *Nuptiis tamen prohibitis.* Ratio dubitandi. Quia proximitas & coniunctio ſanguinis illa eſt, quæ impedit nuptias inter fratrem & ſororem, cùm in matrimoniis contrahendis naturale ius ſpectetur. *l. adoptiuus.* 14. *§.* 2. *de ritu nuptiar.* Nullum autem ius naturale intercedit inter has perſonas. Ratio decid. Sufficit nomen ſororis, vt appareat hoc matrimonium eſſe contra pudorem, & publicam honeſtatem: qui pudor potiſſimùm ſpectandus eſt. *d. §.* 2. *& l. ſemper in coniunctionibus.* 42. *de ritu nupt.*

24. VLPIANVS libro 1. Diſputationum.

NEque abſens, neque diſſentiens [b] adrogari poteſt.

Ad l. Neque abſens 24.

Ratio dubitandi. Poteſt quis etiam abſens rogari, & conſentire. *l.* 1. *§. vlt. de contr. emp. l.* 1. *locat. l.* 3. *de pact.* ergo & adrogari. Ratio decidendi. Adoptio eſt actus legitimus, & ſolemnis, qui per alium fieri non poteſt *l. prox. §.* 1. non enim fit ſolemniter, quod per alium fit. Nam neque ſtipulatio fit per alium, quia & ſolemnis eſt, licèt non ſit legis actio: neque actus legitimus, ſed contractus. *v. l. nemo alieno.* 123. *de reg. iur.*
b *Neque diſſentiens.* Ratio dubitandi. Arrogatio fit autoritate principis, interueniente magiſtratu. *l.* 2. *h. tit. l.* 2. *C. eo.* atqui autoritas, & imperium magiſtratus exercetur etiam in inuitum: ſiquidem ius dicere plus eſt, quàm iudicare. Iudicium autem redditur inuitum. *l. inter ſtipulantem.* 83. *§.* 1. *de verb. obl.*

Ratio decidendi. Ius dicitur in inuitum, in iis, quæ ſunt iuriſdictionis contentioſæ. At adrogare eſt iuriſdictionis voluntariæ. *l.* 2. *de offic. proconſul.* & boni Principis eſt voluntates priuatorum audire, non iubere. *leg. omnium.* 19. *Cod. de teſtament.* Ideo rogatur vterque, & qui adrogat, & qui adrogatur, Ex quo etiam apparet rogationem illam non eſſe ſtipulationem. Fit enim à magiſtratu, cuius non eſt ſtipulari.

25. IDEM

25. IDEM libro quinto Opinionum.

POſt mortem filiæ : quæ, vt materfamilias, quaſi iure emancipata, vixerat : & teſtamento ſcriptis heredibus deceſſit: aduerſus factum ſuum quaſi non iure eam, nec præſentibus teſtibus emancipaſſet, pater mouere controuerſiam prohibetur.

1 ❡ Neque adoptare, neque adrogare quis abſens, nec per alium eiuſmodi ſolemnitatem peragere poteſt.

Ad l. Poſt mortem filiæ 25.

Ratio dubitandi. Poteſt quis etiam contra ſuum factum venire, quoties aliquid factum eſt contra leges, aut non ſeruatis ſolemnibus; quia factum illud pro infecto eſt ipſo iure. *l. non dubium. 5. Cod. de legib.* cùm nemo poſſit facere, quin leges in actu legitimo locum habeant. *l. nemo poteſt. 55. de leg. 1.* Atqui emancipatio eſt actus legitimus, conſtans ex ſuis ſolemnitatibus, inter quas eſt præſentia & numerus teſtium, vt hic. Ergo poteſt dici, & probari non iure facta. *l. ab ea parte. 5. §. 1. de probat.* etiam à patre ipſo. *l. 2. Codic. ſi aduerſus rem iudicat.* Ratio decidendi. Poteſt impugnari etiam a patre, ſed non poſt mortem filiæ, quam paſſus eſt viuere & mori quaſi iure emancipatam: quia ſibi debet imputare, cur non mouerit eam quæſtionem filiæ viuenti, quæ & cauſam ſuam tueri potuiſſet melius, & victa quoque extorquere à patre perpetuis obſequiis aliam, iuſtámque emancipationem.

Ad §. Neque adoptare 1.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. neque abſens. 24. ſ. eod.*

26. IVLIANVS libro 7. Digeſtorum.

QVem filius meus emancipatus adoptauerit, is nepos meus non erit:

Ad l. Quem filius meus 26.

Ratio dubitandi. Eſt hic filius filij mei emancipati, ſcilicet adoptiuus, ergo mihi quoque nepos erit adoptiuus. Nec enim fieri poteſt vt qui filio meo filius eſt, non ſit mihi nepos. Ratio decidendi. Filius meus emancipatus non eſt mihi filius iure ciuili, cùm per emancipationem factus ſit extraneus. *leg quin etiam. 55. in fi. de ritu nupt.* Ius enim ciuile filium nullum agnoſcit, niſi qui ſit filiusfamilias, nec vllum Patrem, niſi qui ſit paterfamilias. *l. nam ciuium. 4. ſupr. tit. 1. l pronunciatio. 195. §. de verb. ſign.* At filius filij mei emancipati ex iuſtis nuptiis ſuſceptus, erit mihi nepos naturalis, quia & filius meus quamuis emancipatus, remanet naturaliter filius meus. [illegible] emancipatio iura ſanguinis diſſoluere non po[illegible] *inſtit. de legit. agnat. tutel. l. eas obligationes. 8. de cap. [illegible] l. Senatoris. in pr. de ſenator.*

27. IDEM libro 85. Digeſtorum.

EX adoptiuo natus adoptiui locum obtinet in iure ciuili.

Ad l. Ex adoptiuo 27.

Ratio dubitandi. Liberi eius, quem pater dat in adoptionem, non ſequuntur eum, ſed remanebunt in poteſtate aui naturalis. *l. adrogato 40. hoc tit.*

Ratio decidendi. Intellige de his, qui iam nati erant tempore adoptionis. Secus in iis qui poſtea nati ſunt, nec vlla quantum ad iſtos differentia eſt inter adoptionem & adrogationem. Itaque hæc lex intelligenda eſt de adoptiuo quolibet, etiam de arrogato.

28. GAIVS libro 1. Inſtitutionum.

LIberum arbitrium eſt ei qui filium, & ex eo nepotem in poteſtate habebit, filium quidem poteſtate demittere, nepotem verò in poteſtate retinere: vel ex diuerſo, filium quidem in poteſtate retinere, nepotem verò manumittere: vel omnes ſui iuris efficere. ❡ Eadem & de pronepote dicta eſſe intelligemus.

Ad l. liberum arbitrium 28.

Ratio dubitandi. Nepos non coniungitur auo, niſi per mediam filij perſonam. *l. dotem, quam. 6. de collat.* Ergo cùm auus amittit filium, neceſſe eſt, vt amittat nepotem. Non enim poſſunt coniungi extrema, niſi per medium habile, *l. pen. rat. rem hab.* Ratio decidendi. Nepos, licèt in naſcendo pendeat a filio, non tamen in conſeruando iure ſanguinis, quod ei nati ia dedit. Alioqui moreretur filio moriente. Imò verò ob hoc ipſam ſuccedit, & intrat in locum filij, & fit ſuus heres qui antea non erat. *l. poſtumorum loco. 13. de iniuſt. rup. l. ſcripto. 7. unde lib.* Denique ius poteſtatis ſemel quæſitum, ſiue in filium, ſiue in nepotem, non poteſt ſolui, niſi certis modis, inter quos non eſt alterius perſonæ adoptio, aut emancipatio, & paterfamilias, vel ob id maximè, id nomen habet, quòd de familia, & de omnibus qui in ea ſunt, liberum diſponendi arbitrium habet. *l. pronuntiatio. 195. §. 1 de verb. ſign. l. in ſuis. 11. de lib. & poſt. §. admonendi. inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſolu.*

29. CALLISTRATVS libro ſecundo Inſtitutionum.

SI pater naturalis [a] loqui quidem non poſſit, alio tamen modo, quàm ſermone, manifeſtum facere poſſit, velle ſe filium ſuum in adoptionẽ dare: perinde confirmatur adoptio, ac ſi iure facta eſſet.

Ad l. Si pater naturalis 29.

Ratio dubitandi. Quia omni actu ſolemni verba requiruntur, quæ vbi ſunt neceſſaria conſenſus non ſufficit. *l. 1. in quibuſcunque 48. de obl. & act. l. neque abſens. 24. & l. ſeq. ſ. h. t.* Ratio decid. Non valet hæc adoptio, tanquam deſtituta ſuis ſolemnibus, ſed confirmatur a magiſtratu, perinde ac ſi iure facta eſſet: qui conſtat de voluntate, ſiue nutu, ſiue ſcriptura. Aliud erit patre adoptiuo, vt mox dicam. Fit autem hæc confirmatio à principe. *l. adoptio non iure 38. ſ. eod. adde l. manumiſſio 23. de man. vind.*

a *Pater naturalis.* quia aliud eſt in patre adoptiuo, in cuius perſona dummodo verba requiruntur, nec poſſet confirmari adoptio, etiamſi de eius voluntate aliter conſtaret quia eius eſt rogare, & interrogare, vt adoptionis ſolemnia inchoet: quod non poteſt fieri nutu. Facilius eſt conſentire ſine verbis ei qui petit aliquid, quàm petere, aut interrogare ſine verbis. Denique voluntas patris dantis in adoptionem eſt medium ſine quo non fieret adoptio: voluntas eius, qui accipit, petitque ſibi dari, eſt principium adoptionis. Media ſuppleri facile poſſunt

à magiſtratu, quantum ad ſolemnitatem, dum non deſit ſubſtantia. Extrema non item, multò minus illud, quod primum & principium eſt. Alioqui cur loqueretur l. lex de patre naturali ſi idem eſſet in adoptiuo?

30. PAVLVS libro primo Regularum.

ET qui vxores non habent, filios adoptare poſſunt.

Ad l. Et qui vxores 30.

Ratio dubitandi. Qui vxores non habent non poſſunt liberos quærere ex iuſtis nuptiis. *l. filium 6. ff. tit. 1.* ergo neque per adoptionem, cùm adoptio imitetur naturam. *l. adoptio 16. hoc tit.* Ratio decidendi. Sufficit vt habere poſſint. Lex enim ſupplet naturam, quæ non eſt in actu, non autem eam, quæ non poteſt eſſe. *l. 2. §. 1. ſupr. eod.*

31. MARCIANVS libro 5. Regularum.

NOn poteſt filius, qui eſt in poteſtate patris vllo modo compellere eum, ne ſit in poteſtate: ſiue naturalis, ſiue adoptiuus.

Ad l. Non poteſt filius 31.

Ratio dubitandi. Poteſt pater, ſiue naturalis, ſiue adoptiuus, filium inuitum emancipare patrio iure *l. quidam, cum. 132. de verb. oblig.* Ergo & inuitus cogi, vt emancipet: vt ſit eadem ratio correlatiuorum, *l. 1. Cod. expreſſ. lib. 11.* Ratio decidendi. Imo non poteſt pater inuitum emancipare. *l. iubemus, licere 5. C. de emancip.* niſi ex ea cauſa ex qua poſſet eam exheredare. *d. l. quidam. cum 132. & Nouell. 89. cap. 11. §. generaliter.* Ius enim patriæ poteſtatis inæſtimabile eſt ex vtraque parte *l. filiusfam. 114. §. ſed ſi liberos. de leg. 1.* ſi tamen pater tanti æſtimauerit eo carere, purà, ſi agnouerit legatum ſibi ab alio factum ea lege, vt liberos emancipet, non erit ei permittendum, vt circumueniat voluntatem defuncti. *l. ſi cui legatum 92. de cond. & demonſt.* Denique patriæ poteſtatis vinculum tantum eſt, vt nec volente patre aliter poſſit diſſolui, quàm ſi is filium ter vendiderit, idque ex *l. 12. tab.* Planè non dubito, quin potuerit pater etiam inuitum filium & emancipare, & vendere primis illis temporibus, quibus etiam occidere licebat. *l. in ſuis 11. de lib. & poſth.* Nec tamen ſimiliter vnquam obtinuit, vt inuitus cogetur emancipare. *l. pen. vnde lib l. non nudo 3. & l. ſequ C. de emancip. niſi in caſu l. vlt. ſi à parent. quis man. & l. ſi lenones. 12. Codic. de Epiſcopali audientia.* patria enim poteſtate ius proprium eſt patris non filij, nec filio commune.

32. PAPINIANVS libro 31. Quæſtionum.

NOnnumquam autem impubes, qui adoptatus eſt, audiendus erit, ſi pubes factus emancipari deſideret. idque cauſa cognita per iudicem [a] ſtatuendum erit.

Ad l. Nonnunquam 32.

Ratio dubitandi. Ex *l. prox. præced.* Ratio decidendi. Impubes non proprio, ſed alieno iudicio, & ex agnatorum magis, quam ex ſuo conſenſu, incidit in poteſtatem adrogatoris, quod ſicut non fuit permittendum niſi ob vtilitatẽ ipſius impuberis *l. nec ei permittitur. 17. §. 1. & ll. ſeqq. ſup.* ita nec retinendum, ſcilicet, ſi cauſa cognita appareat iuſtum deſiderium puberis negantis ſibi expedire, vt maneat in poteſtate *l. ſi pubes 33. h. t.* nõ enim ſola ipſius voluntate diſſolui poteſt actus tam ſolemnis, qui nec ſola eius voluntate fieri potuit. *l. nihil. tam naturale. de reg. iur. & l. 3. de emancip. lib.*

a *Iudicem.* dixit pro *ius dicentem.* Iuriſdictionis enim eſt, & quidem voluntariæ, emancipatio: non autem iudicationis, quæ ſemper contentioſa eſt. Iudices quidem non ſunt ius dicentes, ſed ius dicentes poſſunt etiam dici iudices, ſcilicet maiores *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali. de recept. arbit.* quibus ſubditi ſunt alij, qui ideò pedanei vocantur, tanquam qui ſint ad pedes magiſtratuum, à quibus dantur, *toto t. C. de ped. iud.*

1 ¶ Imperator Titus Antoninus reſcripſit, priuignum ſuum tutori adoptare permittendum.

Ad §. Imperator 1.

Ratio dubitandi. Tutori non eſt permittenda adrogatio pupilli ſui, ex ratione *l. nec ei permittitur 17. §. eo.* Ratio decidendi. Niſi iuſtiſſima & ſanctiſſima adfectione id fiat, quod credi poteſt de tutore, qui pupillum ſuum, eundémque priuignum adoptat: cùm iam ſit ei quodammodo filij loco. *§. adfinitatis. Inſtit. de nupt.*

33. MARCIANVS libro 1. Regularum.

ET, ſi pubes factus non expedire ſibi in poteſtatem eius redigi probauerit, æquum eſſe emancipari eum à patre adoptiuo: atque ita priſtinum ius recuperare.

Ad l. Et, ſi pubes factus 33.

Ratio dubitandi. Publice intereſt actus ſolemnes ritè perfectos ratos manere, adeò vt neque reſcripto Principis reſcindi debeant, licèt minus ſolemnes poſſint ab eo confirmari. *l. adoptio 38. hoc tit. l. nec auus 4. C. de emanc.* Ratio decidendi. Ex cauſa tamen ſuccurrendum eſt pupillo, qui alieno, non proprio iudicio fuit adrogatus. *l. 2. Cod. hoc titulo.* Nam & minor qui locuples dediſſet ſeipſum adrogandum prædoni, poſſet reſtitui beneficio ætatis. *l. 3. §. ſi quis minor. de mino.* Nempe vt cogeretur pater adoptiuus eum emancipare. Non enim poſſet prætor per ſe reddere ſtatum, qui per capitis minutionem ita mutatus eſſet, vt eſſe deſiiſſet. *l. ſi ex cauſa 9. §. pen. eod. tit.*

34. PAVLVS libro 11. Quæſtionum.

QVæſitum eſt, ſi tibi filius in adoptionem hac lege ſit datus, *vt poſt triennium* (purà) *eundem mihi in adoptionem des*, an actio vlla ſit. & Labeo putat nullam eſſe actionem · nec enim moribus noſtris conuenit filium temporalem habere.

Ad l. Quæſitum eſt 34.

Ratio dubitandi. Pacta omnia aliquo actu bona fide adhibita ſeruanda ſunt, *l. in traditionibus. 48. de pactis.* ne alioqui decipiatur is qui non aliter contracturus fuit. *l. vltim. C. de pactis inter empt.* Ratio decidendi, ſcilicet ſi non ſint contra leges. *l. iuris gentium. 7. §. ait prætor. de pact. l. pacta quæ contra. 6. C. eod.* Eſt autem contra leges, vt

filius

filius quis ad tempus fiat, aut ſub conditione. *l. actus legitimi.77. de reg. iur.* quia nec per naturam fieri hoc poſſet, quam tamen adoptio imitatur. *§ minorem.4. Inſtitut. hoc titulo.*

35. IDEM. libro 1. Reſponſorum.

PEr adoptionem dignitas non minuitur, ſed augetur. vnde ſenator, & ſi à plebeio adoptatus eſt: manet ſenator. ſimiliter manet & ſenatoris filius.

Ad l. Per adoptionem 35.

Ratio dubitandi, qui adrogatur minuitur capite 3. *inſtitut. de capit. minut.* Ergo multò magis dignitate. Plus enim eſt capite minui, quam dignitate, *l.3. de ſenat.* Ratio decidendi, nihil commune habet familia cum dignitate. Qui enim ſit filiusfamilias, remanet capax propriæ & priſtinæ dignitatis, non etiam familiæ. *lege ſenatoris. 6.§.2. primo de ſenatoribus.* licèt non poſſit dignitas eſſe ſine capite.

36. IDEM libro 18. Reſponſorum.

EMancipari filium à patre quocumque loco poſſe conſtat, vt exeat de patria poteſtate.

Ad l. Emancipari 36.

Ratio dubitandi, emancipatio eſt actus ſolemnis, & facienda apud magiſtratum. *l.2. & vlt. Cod. de emancip.* ergo non quocunque loco. Ratio decidendi, intellige quocunque loco apud magiſtratum. Eſt enim voluntariæ iuriſdictionis.

1 ¶ Apud conſulem etiam in ea Prouincia, quam ſortitus non eſt, & manumitti, & in adoptionem dari poſſe placet.

Ad §. Apud Proconſulem 1.

Ratio dubitandi, extra territorium ius dicere nemo poteſt. *l. vlt. de iuriſ.* Proconſul autem nullam iuriſdictionem habet extra prouinciam, quam ſortitus eſt. *l. obſeruare.4.§. vltim. de offic. proconſ.* Ratio decidendi, ſunt quidem iſta iuriſdictionis, ſed voluntariæ. *l.2. eod.* quæ concenta eſt authoritate, & imperio magiſtratus. Proconſul autem imperium habet ſtatim atque vrbem egreſſus eſt. *l. non eſt omnino. 7. de manum. vind.* ſicut & retinet quouſque ſit ingreſſus. *l. vltim. de offic. proconſ.* Inde eſt quod etiam apud alterius prouinciæ præſidem poſſint peragi hæ legis actiones. *l. etiam conditionis.15. §. vltim. de mand. vind.*

37. IDEM libro 2. Sententiarum.

ADoptare quis nepotis loco poteſt, etiam ſi filium non habet.

Ad l. Adoptare 37.

Ratio dubitandi, adoptio imitatur naturam. *§.4. inſtit. hoc tit.* Naturaliter autem non poteſt quis habere nepotem, quin filium prius habuerit. *leg. liberorum.220. de verborum ſignif.* Ratio decidendi, ſufficit, vt poſſit habere filium ad hoc, vt poſſit habere nepotem. Poteſt autem habere filium etiam is, qui non habet. Denique lex contenta eſt ſola potentia, nec requirit actum. Ideò enim fingit, vt actum qui non eſt ſuppleat.

1 ¶ Eum, quem quis adoptauit, emancipatum, vel in adoptionem datum iterũ non poteſt adoptare.

Ad §. Eum quem quis 1.

Ratio dubitandi, filiusfamilias emancipatus poteſt licite & honeſte adoptari ab eo ipſo à quo fuit emancipatus. *l. qui liberatus. 12. ĩ. eodem.* nec beneficium legis facilè cuiquam eſt denegandum quod nec peti debet. *l. imperatores.30. de rebus authoritate iudicis poſſid.* Ratio decidendi, videntur ludibrio eſſe leges ei, qui ſæpius eiuſdem perſonæ adoptionem & facere, & diſſoluere vult. *l. vltim. §. vlt. C. de bonis quæ liber.* quod non ſimiliter dici poteſt de eo, qui emancipauit eum quem natura, non adoptio, filium fecerat.

38. MARCELLVS libro 26. Digeſtorum.

ADoptio non iure facta, à principe confirmari poteſt.

Ad l. Adoptio 38.

Quæ non iure facta ſunt, fauorem nullum merentur, & ex integro facienda ſunt, vt ſolemniter fiant, vt ne quid facilè mutetur ex ſolemnibus. *l. etſi nihil facile.183. de reg. iur.* Ratio decidendi, ad principis autoritatem pertinet ſupplere ſolemnitates, dum ne cui fiat iniuria, vt appareat eum ſupra leges eſſe. Itaque magiſtratui non idem permitteretur. Quod ſi non ſolemnitas, ſed ſubſtantia deeſſet, non poſſet princeps eam ſupplere. *l. omnium. 19. C. de teſtam.*

39. VLPIANVS libro tertio de officio Conſulis.

NAm ita Diuus Marcus Eutychiano reſcripſit: Quod deſideras, an impetrare debeas: æſtimabunt iudices, adhibitis etiã his, qui contradicent: id eſt, qui læderentur cõfirmatione adoptionis.

Ad l. Nam ita 39.

Ratio dubitãdi. Non eſt in adoptione neceſſarius conſenſus eorum, quibus agnaſcitur is, qui adoptatur. *l. cùm adoptio.7. ſupr.* Ergo neque in adoptionis confirmatione. Ratio decidendi. Adoptio fit ex voluntate illius, qui liberum diſponendi arbitrium habeat, & cui lex id facere permittit, dummodò iure ac ſolemniter faciat. Confirmatio autem fit a principe, ad cuius dignitatem pertinet, ne quid ſtatuat in alterius iniuriam. *l.2. §. merito. §. ſi quis à principe.* ne quid in loco publico. *l. nec auus 4. Codic. de emancip.* quod faceret, ſi adoptionem confirmaret non vocatis iis, qui ex illa confirmatione lædi poſſent. *l. etiam ſi patre.29. §. vltim. de min. l. denuo quoque. 47. de re iudicata.* In ſumma, adoptio eſt actus voluntariæ iuriſdictionis: Adoptionis autem confirmatio contentioſa, cùm exigat cauſæ cognitionem: quæ porrò plena eſſe non poteſt, niſi præſentibus, aut ſaltem euocatis omnibus, quorum intereſt.

40. MODESTINVS libro 1. Differentiarum.

ADrogato patrefamilias liberi, qui in eius erant poteſtate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: ſimúlque cum ſuo patre in eius recidunt poteſtatem. quod non ſimiliter [a] in adoptione [a]

contingit:

contingrt : nam nepotes ex eo in aui naturalis retinentur poteſtate.

Ad l. Adrogato 40.
Ratio decidendi,& dubitandi, eadem quæ ad §.2. *l.2.*

a *Quod non ſimiliter.* Ratio decidendi, & dubitandi, eadem quæ ad *l. liberum arbitrium* 28. *ʒ. eod.*

1 ¶ Non tantùm cùm quis adoptat, ſed & cùm adrogat, maior eſſe debet eo, quem ſibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit, & vtique plenæ pubertatis: id eſt, decem & octo annis [b] eum præcedere debet.

Ad §. Non tantùm 1.
Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. *vlt. l. ſi paterfa.* 15. *ſupr.* vide §. *minorem. Inſt. hoc tit.*

b *Decem & octo annis.* Ratio dubitandi. Poteſt quis vxorem ducere & liberos ſuſcipere poſt annum 14. *Inſtitut. de nupt. in pr.* Ergo & adoptare. *l. adoptio.* 16. *ſupr.* Ratio decidendi. Fauorabilius, & reipublicæ vtilius eſt matrimonium, quàm adoptio. Matrimonium enim parit Reipublicæ liberos: adoptio non item, ſed ab alio genitos ſibi acquirit. In liberis naturalibus quærendis & iudicium verſatur & natura: In adoptionis nihil niſi iudicium, quod proinde tanto maius eſſe debet. Eſt autem paulò plenius, cùm plena eſt pubertas quod non contingit ante 18. annum.

2 ¶ Spado adrogando, ſuum heredem ſibi adſciſcere poteſt: nec ei corporale vitium impedimento eſt.

Ad §. Spado adrogando 2.
Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 2. §. 1. ſupr. eodem.*

41. IDEM libro ſecundo Regularum.

SI pater filium, ex quo nepos illi eſt in poteſtate, emancipauerit, & poſtea eum adoptauerit, mortuo eo, nepos in patris non reuertitur poteſtatem. Nec is nepos in patris reuertitur poteſtatem: quem auus retinuerit filio dato in adoptionem [c] quem denuò readoptauit.

Ad l. Si pater filium 41.
Ratio dubitandi. Non tam videtur hic filius per arrogationem tranſlatus, quam redditus, & difficile eſt vt veri patris adoptiuus filius vnquam eſſe intelligatur. *l. filio, quem* 23. *de lib. & poſt.* Atqui ſi non exiſſet de poteſtate mortuo auo, nepos in ipſius recideret poteſtatem. *l. nepotes. ſupr. tit.* 1. Ratio decid. Hic filius per emancipationem deſiit eſſe filius. *l. ſenatoris* 6. *de ſenat.* Ergo per adrogationem partus eſt nouus filius, qui proinde non poteſt videri pater nepotis vt eum incipiat habere in poteſtate. Quamuis noceat ei exheredatio ante emancipationem facta. *d. l. filio quem* 23. vbi Papinianus bene adiecit dictionem, *Ferè.* nam propoſitio ibi poſita, ſi generalis eſſet, falſa eſſet. Aliud hodie eſt, ſi patria poteſtas ſoluta ſit non per emancipationem, vt hîc, ſed per dignitatem. *Nouella* 81. *cap.* 2. Dignitatem, inquam, omnem, quæ curia liberare valeat. *cap.* 1. §. *generaliter. ibid.*

c *Filio dato in adoptionem.* Nam cùm datio in adoptionem non fieret olim ſine emancipatione: *l. vlt. C. h. tit.* nihil intereſt an patria poteſtas ſoluatur per adoptionem, an per emancipationem.

42. IDEM libro primo Pandectarum.

ET iam infantem in adoptionem dare poſſumus.

Ad l. Etiam infantem 42.
Ratio dubitandi. Cùm pater dat in adoptionem filium exigitur conſenſus vtriuſque *l. in adoptionib.* 5. *ſupr.* infans autem conſentire nequit, cùm illa ætas ignoret etiam ea quæ videt. *l. 1. C. de falſ. mon.*
Ratio decidendi. Sufficit, vt conſenſus ille interueniat non contradicendo. *d. l. in adoptionibus* 5. Iudicium enim, & conſenſus infantis ſi authoritate tutoris ſuppleri poteſt. *l. quamuis pupillus* 32. §. *de acq. poſſ.* quanto magis authoritate patris, qui omnium optime filio proſpicere velle creditur? *leg. vlt. C. de curat. fur.* facit eleganter *l. 2. §. vlt. verſ. nam vbi ſol. matrim.*

43. POMPONIVS libro 10. ad Quintum Mucium.

ADoptiones non ſolùm filiorum, ſed & quaſi nepotum fiunt: vt aliquis nepos noſter eſſe videatur, perinde quaſi ex filio, vel incerto [d] natus ſit.

Ad l. Adoptiones 43.
Ratio dubit. Adoptiones inuentæ ſunt, vt quis filiumfamilias ſibi acquireret, non vt nepotem. *l. 1. ſupr.* Ratio decid. Nepos facile ſuccedit in locum filij, quoties ſcil. alius deſiuit eum præcedere in familia. *l. ſi qua pœna* 7. *ſupr. tit. 1. l. poſthumorum loco* 13. *de iniuſt. rup.*

d *Vel incerto.* Ratio dubit. Non poteſt cuiquam nepos certus naſci ex incerto filio. *arg. l. vlt. C. de nat. li.* Ergo neque fieri per adoptionem. Ratio decid. lex fingit nepotem natum, non ex nullo filio, ſed ex incerto, ac proinde ex aliquo. Nam incertum qui dicit, aliquem præſupponit: nec intereſt quis ille ſit ad inducendum aliquem quaſi ex eo nepotem.

44. PROCVLVS libro octauo Epiſtolarum.

SI is, nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptauit: non puto, mortuo auo, iura conſanguinitatis inter nepotes futura eſſe: ſed ſi ſic adoptauit, *vt etiam iure legis nepos ſuus eſſet, ſi quaſi ex Lucio* (putà) *filio ſuo, & ex matrefamilias eius natus eſſet:* contra puto.

Ad l. Si is, qui nepotem 44.
Ratio dubitandi. Plures nepotes illius, qui vnum tantùm filium habet, vel habuit, neceſſe eſt vt ſint fratres conſanguinei, id eſt, ex eodem patre, cùm ſunt naturales. Ergo idem eſt, ſi vnus eſt naturalis, alius adoptiuus. Ratio decid. Id procederet ſi nepos eſſet adoptatus, tanquam ex illo eodem filio ex quo eſt nepos naturalis, vt ſequitur in hac lege. Sed aliud eſt, ſi adoptatus ſit ſimpliciter in loco nepotis. Tunc enim adoptatus videtur tanquam nepos ex incerto filio. *l. prox. præced.* Ergo tanquam ex alio, quàm ex patre nepotis naturalis, cùm is certus ſit: non poſſunt igitur inter ſe habere iura conſanguinitatis.

45. PAVLVS

45. PAVLVS libro 3. ad legem Iuliam & Papiam.

ONera eius, qui in adoptionem datus eſt, ad patrem adoptiuum transferuntur.

Ad l. Onera eius 45.

Ratio dubitandi. Ad patrem adoptiuum, cui filiusfamilias in adoptionem datus eſt bona nulla tranſeunt, quia qui adoptatur nulla habet *l. lex Cornelia 28. in fi. de vulg. & pupil.* ergo nec onera tranſire debent, præſertim, cùm adoptiuus filius per emancipationem alius nunc eſſe videatur. *l. liberos 3. §. vlt. de cap. min. l. ſeruus legatus 27. de adimen. lega. l. qui res ſuas. 98. §. arcam. de ſolutio.* Ratio decid. Onera neceſſario ſequuntur caput, quod tra[illegible] in familiam patris adoptiui. Vbi enim poſſunt eſſe [illegible] niſi vbi caput eſt, cùm nulla ſint bona? *l. an ad[illegible] 42. de peculio. l. ſi quis creditori 7. de pec. leg[illegible]* men Sabiniani nullam ex antegeſto actio[illegible] eſſe. *d. l. in adrogatorem. 42.* ſicut nec daretu[illegible] manumiſſum. *toto tit. C.* an ſeruus pro ſuo facto.

46. VLPIANVS libro 4. ad legem Iuliam & Papiam.

IN ſeruitute mea quæſitus mihi filius, in poteſtatem meam redigi beneficio principis poteſt. libertinum tamen eum manere [a] non dubitatur.

Ad l. In ſeruitute mea 46.

Ratio dubitandi. Patria poteſtas non acquiritur, niſi vel iuſtis nuptiis, vel adoptione. *l. 1. ff.* quorum neutrum hîc interuenit. Ratio decidendi. Naturalis filius is eſt, qui natus eſt ex contubernio, quod imaginem habet nuptiarum: quia inter ſeruos non poſſunt eſſe nuptiæ. Itaque cùm iam ſit naturalis, nihil eſt, quod impediat ne ſit in poteſtate, niſi quia non eſt iuſtus filius, id eſt, iuri cognitus, & legibus. Hoc verò ſuppleri poteſt authoritate principis, quia eſt viua lex, & ſupra leges omnes, vt *l. adoptio. 38. ff. l. 2. de rebus eorum qui ſub.* voluntatem tamen filij interuenire oportet. *l. vltim. ſupra e t. 1.*

a *Libertinum manere.* Ratio dubitandi. Qu[illegible] eſt in poteſtate, ſiue adoptione, ſiue iuſtis nuptiis quæſit[illegible] eſt ingenuus. Non enim poteſt naſci ex iuſtis nu[illegible] naſcitur ex vtroque parente libero. *§. [illegible] de nuptiis.* neque adrogari qui non eſt ingenuus. *l. ſi paterfam[illegible] 15. in fi. ff.* Ergo & qui beneficio principis pro iu[illegible] filio habetur. Ratio decidendi. Fu[illegible] hic ex iuſta ſer[illegible] manumiſſus, ergo eſt libertinus. Nam nec à p[illegible] teſt natalibus reſtitui niſi conſentiente patrono, *l. pen. & vlt. de natal. reſtit.*

DE DIVISIONE RERVM, ET QVALITATE.

TITVLVS VIII.

GAIVS libro 2. Inſtitutionum.

SVMMA rerum diuiſiò in duos articulos deducitur. nam aliæ ſunt diuini iuris, aliæ humani. ¶ Diuini iuris ſunt veluti res ſacræ, & religioſæ. Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ, quodammodo diuini iuris ſunt. ¶ Quod autem diuini iuris eſt, *id nullius in bonis eſt* [b]. id verò, quod humani iuris eſt, plerumque *alicuius in bonis eſt*: poteſt autē & nullius in bonis eſſe: nam res hæreditariæ [c] antequam aliquis heres exiſtat: nullius in bonis ſunt. ¶ Hæ autem res, quæ humani iuris ſunt, aut publicæ ſunt, aut priuatæ: quæ publicæ ſunt [d] nullius in bonis eſſe creduntur: ipſius enim vniuerſitatis eſſe creduntur. Priuatæ autem ſunt, quæ ſingulorum ſunt.

Ad Tit. 8. De diuiſione rerum, & qualitate.

Ad l. Summa rerum 1

b *Nullius in bonis eſt.* Ratio dubitandi. Deus Opti. maxi. res omnes & iura omnia creauit hominum gratia. *l. 1. & 2. de ll. l. 2. de ſtat. hom.* Ergo etiam, quæ diuini iuris ſunt poſſunt eſſe hominum. Ratio decidendi. Imò dicuntur iuris diuini ob id quod ſint extra ius, & commercium hominum: & ſacrilegium eſt rem, quæ ſit diuini iuris, ſibi vindicare.

c *Res hereditaria.* Ratio dubitandi. Res hereditariæ perſonam defuncti, eiuſdémque domini repræſentant. *l. hereditas enim 34. de acq. rer. do. l. non minus 31. §. 1. de her. inſtit.* Ratio decidendi, id fit per fictionem iuris ciuilis, quæ ideò eſt inducta, ne alioqui res hereditariæ poſſent fieri iure gentium primi occupantis, & vt dominium defuncti poſſet continuari in heredem *l. cùm heredes 23. de acquir. poſſ. l. legatum ita 80. de legat. 2.* Cæterum re vera quod eſt hereditarium in nullius bonis eſt. *l. licet tamen 3. de pecul.*

d *Quæ publica ſunt.* Ratio dubitandi. Publicæ res ſunt vniuerſitatis, ergo non ſunt nullius. Ratio decidendi. Nullius ſunt certæ perſonæ, quia vniuerſitas eſt nomen iuris repræſentans perſonam fictam. *l. 1. 2. & l. ſicut municipum 7. quod cuiuſque vniuer. nom.* ſicut & hereditas. *l. hereditas 5. de petit. hered.*

1 ¶ Quædam præterea res *corporales* ſunt, quædam *incorporales*. ¶ *Corporales* hæ ſunt, quæ tangi poſſunt [a], veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles, *Incorporales* ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea, quæ in iure conſiſtunt: ſicut hæreditas, vſusfructus, obligationes [b] quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quòd in hæreditate res corporales continentur. nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur corporales ſunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur: plerumque corporale eſt: veluti fundus, homo, pecunia. nam ipſum ius ſucceſſionis & ipſum ius vtendi fruendi, & ipſum ius obligationis corporale eſt. Eodem numero ſunt & iura prædiorum [c] vrbanorum, & ruſticorum: quæ etiam ſeruitutes vocantur.

Ad §. Quædam præterea 1.

a *Tangi poſſunt.* Ratio dubitandi. Actio ad rem mobilem vel immobilem cenſetur mobilis vel immobilis, & conſequenter corporalis. *l. ſi ad reſoluendam 7. vbi DD. C. de præd. mi. Bart. ad l. ſi ſic legatum 75. §. vlt. num. 5. de leg. 1.* Ratio decidendi. Neganda eſt traditio Bartoli, nunquam enim actio eſt res corporalis, ſicut nec tangi vnquam poteſt.

b *Hereditas, vſusfructus, obligatio.* Ratio dubitandi. Quia res hereditariæ ſunt vt plurimū corporales, itémque fructus & res in obligationem deductæ. Ratio decid. Differt hereditas à rebus hereditatis, *l. hereditas 50. de petit. her. l. in fideicom. 18. ad Trebellianum vſusfructus à fructibus l. ſi vſusfructus 66. l. cùm in fundo. 78. de iur dot.* obligatio à rebus debitis *l. nihil aliud 51. de oblig & act.*

c *Iura prædiorum.* Ratio dubitandi. Ex *l. quid aliud 86. de verb. ſignific.* Ratio decidendi. Definitur ibi abſtractum per concretum, ſine quo eſſe non poteſt: ſed non eſt propria & bona definitio, quia concreta differunt ab abſtractis formaliter.

2. MARCIANVS libro 3. Inſtitutionum.

QVædam naturali iure communia ſunt omnium, quædā vniuerſitatis, quædam nullius, pleráque ſingulorum quæ variis ex cauſis cuique adquiruntur. 1 ¶ Et quidem *naturali iure omnium communia* ſunt illa, aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris.

Ad l. Quædam naturali 2.

Ratio dubitandi. Naturali iure omnia ſunt communia. Cœpit enim diſtinctio dominiorum à iure gentium. *l. ex hoc iure. 5. de iuſtit. & iur.* Ergo non iſta tantùm. Ratio decidendi. *Ius naturale* hic dictum eſt pro iure gentium, vt in *§. ſingulorum. inſt. hoc tit. l. nemo igitur 4. inf.* Non enim differunt forma, ſed tantùm materia, dixi ad *l. 1. de inſt. & iur.*

3. FLORENTINVS lib. 6. Inſtitutionum.

ITem lapilli, gemmæ, cæteráque, quæ in littore inuenimus, iure naturali noſtra ſtatim fiunt.

Ad l. Item lapilli 3.

Ratio dubitandi, quæ ſunt communia, iam noſtra ſunt. *l. ſerui electione 5. de leg. 1.* quæ autem iam noſtra ſunt magis noſtra fieri non poſſunt. *§. 14. inſt. de act.* Ratio decid. Non dicuntur iſta communia, quod iam noſtra ſint, ſed quia fiunt primi occupantis. *l. quod in littore 14. l. quamuis quod in littore. 50. de acq. rer. do. villis, ædificiis, & monumentis* iam ab alio ædificatis.

4. MARCIANVS libro 3. Inſtitutionum.

NEmo igitur ad littus maris accedere prohibetur piſcandi cauſa: dum tamen villis, & ædificiis, & monumentis abſtineatur: quia non ſunt iuris gentium, ſicut &, mare. idque & Diuus Pius piſcatoribus Formianis, & Capenatis reſcripſit.

1 ¶ Sed flumina penè omnia, & portus publica ſunt.

Ad l. Nemo igitur 4.

Ratio dubitandi. Superficies cedit ſolo, & naturali & ciuili ratione. *l. 2. de ſuperf.* ergo quale eſt mare aut littus maris, tale etiam erit quidquid in eo ædificabitur. Ratio decidendi. Quæ ſunt communia mutant naturam, cùm occupantur, ſiquidem fiunt occupantis: occupantur autem, cùm quis in iis ædificat.

Ad §. Sed flumina 1.

Ratio dubitandi. Quia profluens eſt communis non publica, ergo & flumen. Ratio decidendi. Differt aqua profluens ab ipſo flumine, quod profluens ſit primi occupantis: flumen non item: ſed populi, aut principis. Sunt quædam tamen etiam flumina non publica, ſed priuata. *l. 1. §. 3. 4. de flum.*

5. GAIVS libro 2. rerum cottidianarum ſiue aureorum.

RIparum vſus publicus eſt iure gentium ſicut ipſius fluminis. Itaque nauem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia ſiccare, & ex mare reducere, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum eſt, ſicuti per ipſum flumen nauigare: ſed proprietas illorum eſt, quorum prædiis hærent. qua de cauſa arbores quoque in his natæ eorundem ſunt.

Ad l. Riparum 5.

Ratio dubitandi. Id cuiuſque proprium eſt, quo vtitur fruitur, inquit Cicero in quadam epiſtola. Ratio decidendi. Separanda eſt cauſa proprietatis, adeóque poſſeſſionis, & vſus. *lege penultima. de acquirenda poſſeſſione.* nam nec re ſua vti frui, quiſquam poteſt. *lege vti frui. in princip. 5. ſi vſusfruct. petet.*

1 ¶ In mare piſcantibus liberum eſt caſam in littore ponere, quâ ſe recipiant.

Ad §. 1. In mare.

Ratio dubitandi. Liberum eſt vnicuique in littore ædificare. *l. 4. ſupr.* ergo fruſtra eſt quærere an poſſit caſam ponere. Ratio decidendi. Nemo debet ædificare inconſulto prætore *l. quamuis 50. de acquir. rer. dom.*

6. MARCIANVS libro tertio Inſtitutionum.

IN tantum, vt & ſoli domini conſtituantur, qui ibi ædificant: ſed quamdiu ædificium manet: alioquin, ædificio dilapſo, quaſi iure poſtliminij, reuertitur locus in priſtinam cauſam: &, ſi alius in eodem loco ædificauerit, eius fiet.

Ad l. In tantum 6.

Ratio [illegible] l. Area pars eſt ædificij & quidem maxima *l. qui [illegible] ſuas 98. §. aream. de ſolut.* ergo remanet eius cuius fuit ædificium. Nam nec dominium ſemel quæſitum amittitur niſi certis modis. *l. ſi quis vi. 17. §. 1. de acquir. poſſeſſ.* Ratio decidendi. Dominium iuris gentium ſicut acquiritur per occupationem ſine vllo [illegible] do, ita nec durat acquiſitum, niſi quamdiu durat occupatio: ideóque differt à dominio ciuili.

1 ¶ *Vniuerſitatis* ſunt, non ſingulorum, veluti quæ in ciuitatibus ſunt theatra, & ſtadia & ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia ciuitatum. ¶ Ideóque nec ſeruus communis ciuitatis, ſingulorum pro parte intelligitur, ſed vniuerſitatis: & ideo tam contra ciuem, quàm pro eo poſſe ſeruum ciuitatis torqueri Diui fratres reſcripſerunt. Ideo & libertus ciuitatis non habet neceſſe veniam edicti petere, ſi vocet in ius aliquem ex ciuibus.

Ad §. 1. Vniuerſitatis.

Ratio dubit. Vniuerſitas non conſtat niſi ex ſingulis, qui ſi nulli ſint non poteſt conſiſtere. *l. ſicut municipum. 7. quod cuiuſque vniuerſ.* Vniuerſitas eſt nomen iuris, differtque à ſingulis. *d. l. ſicut municipum. 7. l. 72. de iudic.*

2 ¶ Sacræ res, & religioſæ, & ſanctæ, *in nullius bonis ſunt.*

Ad §. 2. Sacræ res.

Deus bonis noſtris non eget, ergo etiam res ſacræ & religioſæ poſſunt eſſe in bonis noſtris. Ratio decidendi. Quæ Deo dicantur à nobis abdicantur. *Auth. ingreſſ. C. de ſacroſ. eccleſ. l. ſacra loca. 9. h. tit.*

3 ¶ Sacræ autem res ſunt hæ, quæ publicè conſecratæ ſunt, non priuatæ ſi quis ergo priuatim ſibi ſacrum conſtituerit, ſacrum, non eſt, ſed profanum. Semel autem [a] æde ſacra facta, etiam diruto ædificio, locus ſacer manet.

Ad §. 3. Sacra autem.

Ratio dubitandi. Quæ ſunt ſacra ſunt, etiam religioſa. Atqui religioſum locum etiam priuatus quiſque ſibi facit. *§. ſeq.* Ratio decidendi. Quidquid ſacrum eſt etiam religioſum eſt, ſed non contra. Ius publicum conſiſtit in ſacris ſacerdotiis & magiſtratibus. *l. 1. §. 2. de iuſt. & iur.* ergo non eſt priuati facere rem ſacram.

a *Semel autem.* Ratio dubitandi. Locus non erat ſacer [illegible] propter ædem ſacram. Ratio decidendi. Supereſt [illegible] cauſa religionis & pietatis, quæ impedit, ne q[illegible] ſemel dicatum fuerit condicatur aut vindicetur. *l. cum [illegible] qui 32. §. 2. de cond. indeb.*

4 ¶ Religioſum autem locum vnuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. ¶ In commune autem ſepulchrum, etiam inuitis [b] cæteris, licet inferre. Sed & in alienum locum, concedente domino, licet inferre. & licèt poſtea [c] ratum habuerit, quàm illatus eſt mortuus, religioſus locus fit.

Ad §. 4. Religioſum.

Ratio dubitandi. Cadauer hominis mortui non eſt quid religioſum, ergo eius illatio non poteſt facere locum religioſum. Ratio decidendi. Religionis intereſt ſepulchra & monumenta extrui. *l. 1. §. 6. de mortuo inferendo.* vt ſepulturæ tradantur corpora in memoriam humanæ conditionis. *l. quidam in ſuo 27. de cond. inſtit.*

b *Etiam inuitis.* In pari iure melior conditio eſt prohibentis. *l. Sabinus 28. communi diuidundo.* Ratio decidendi. Fauor religionis, & Reipublicæ vtilitas hoc facit, ne cadauera inſepulta iaceant. *l. ſunt perſonæ 43. de relig. & ſumpt.*

c *Et licèt poſtea.* Ratio dubitandi. Illatio mortui ſola eſt quæ locum facit religioſum, non ratihabitatio. Ratio decidendi. Ratihabitatio æquiparatur mandato. *l. vltim. C. ad Maced.* & retrotrahitur maximè in fauorabilibus. *l. ſi legatus 30. ad Trebell.*

5 ¶ Cenotaphium quoque magis placet locum eſſe religioſum, ſicut teſtis in ea re eſt Vergilius.

7. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

SEd diui fratres contra reſcripſerunt.

Ad §. 5. Cenotaphium & Ad l. Sed diui fratres 7.

Ratio dubitandi. Cenotaphium eſt vacuum monumentum, ergo non eſt locus religioſus. Ratio decidendi. Hæc ipſa eſt ad *l. ſeq. & ad l. vel quod paterfamilias 6. de relig. & ſump. fun.*

8. MARCIANVS libro 4. Regularum.

SAnctum eſt, quod ab iniuria hominum defenſum atque munitum eſt. 1 ¶ Sanctum autem dictum eſt à ſagminibus: Sunt autem ſagmina quædam herbæ, quas legati populi Romani ferre ſolent, ne quis eos violaret: ſicuti legati Græcorum ferunt ea quæ vocantur *κερύκια*. 2 ¶ In municipiis quoque muros eſſe ſanctos Sabinum rectè reſpondiſſe Caſſius refert: prohiberique oportere ne quid in his immitteretur.

Ad l. Sanctum 8. & §§. 2.

Ratio dubitandi. Muri municipij non ſunt ciuitatis. Ratio decidendi. Etiam municipium ad ciuitatem pertinet.

9. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

SAcra loca ea ſunt, quæ publicè ſunt dedicata, ſiue in ciuitate ſint, ſiue in agro. 1 ¶ Sciendum eſt, locum publicum tunc ſacrum fieri poſſe, cùm Princeps eum dedicauit, vel dedicandi dedit poteſtatem.

Ad l. Sacra loca 9. & ad §. Sciendum 1.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. t. §. 2. & 3.*

2 ¶ Illud notandum eſt, aliud eſſe ſacrum locum, aliud ſacrarium. *ſacer locus*, eſt locus conſecratur: *ſacrarium* eſt locus, in quo ſacra reponuntur: quod etiam in ædificio priuato [a] eſſe poteſt: & ſolent, qui liberare eum locum religione volunt, ſacra inde euocare.

Ad §. 2. Illud notandum.

Ratio dubitandi. Sacrum & Sacrarium ſunt coniugata, vtrumque dictum à rebus ſacris. Ratio decid. Non ideò ſunt ſynonyma. *qui perforauerit. t 1. §. 1. ad l. Iul. pecul.*

a *Priuato.* Ratio dubitandi. Videntur res ſacræ fieri perſonæ cùm ponuntur in loco priuato, & profano. Ratio decidendi. Res ſemel ſacra ſine ſolemnibus contrariis fieri profana non poteſt.

3 ¶ Propriè dicimus *ſancta*, quæ neque ſacra, neque profana ſunt, ſed ſanctione quadam confirmata: vt leges ſanctæ [b] ſunt, ſanctione enim quadam ſunt ſubnixæ: quod enim ſanctione quadam ſub-

nixum eſt, id ſanctum eſt, & ſi Deo non ſit conſecratum, & interdum in ſanctionibus adiicitur, *vt qui ibi aliquid commiſit, capite puniatur.*

Ad §. 3. Propriè.

Ratio dubitandi. Sanctum dicitur à ſagminibus. *l. ſanctum 8.§.eod.* Ratio decidendi. Poteſt eiuſdem nominis duplex eſſe etymologia *l.1.de furt.*

b *Leges ſanctæ.* Poſſunt etiam ſic dictæ eſſe, quia ſunt inuiolabiles: Item quoniam à Deo ipſo ſancitæ intelliguntur. *l.1.& 2.de ll.* Denique ſanctum eſt quidquid iure publico eſt inuiolabile.

4 ¶ Muros autem municipales, nec reficere licet, ſine Principis, vel Præſidis authoritate: nec aliquid eis coniungere, vel ſuperponere.

Ad §. 4. Muros.

Ratio dubitandi. Publicè & apertè vtile eſt refici muros municipij, adeóque ciuitas: ergo cuilibet permiſſum eſt, ne quod fauore publico conſtitutum eſt in damnum Reip. retorqueatur. Ratio decidendi. Res ſanctæ ſunt, quæ violarentur ſi quid in iis fieret citra Principis vel Præſidis authoritatem: permittitur tamen niſi ſit damnoſum. *l.2.& 3.ne quid in loc. ſac.*

5 ¶ Res ſacra non recipit æſtimationem.

Ad §. 5. Res ſacra.

Ratio dubitandi. Quod nullam habet æſtimationem, nihil eſt. Ratio decidendi. Imò ſunt multa, quæ vel ideò non poſſunt æſtimari, quòd ſint nimis magna, vt libertas. *l.libertas 106.de regul.iur.* Patria poteſtas. *l.filiusfamilias 114.§.8.de lega. 1. eximius labor. l.pen.de donationib. hic & res ſacra.* Inde iuriſprudentia noſtra inæſtimabilis. *l.1. §.proinde. de extraordin. cognit.* quia res ſacra eſt & nos ſacerdotes. *leg.1.de iuſt.& iur.*

10. POMPONIVS libro 6. ex Plautio,

ARiſto ait: ſicut id, quod in mare ædificatum ſit, fieret priuatum [c]: ita quod mari occupatum ſit, fieri publicum [d].

Ad l. Ariſto ait 10.

c *Priuatum.* Quia fit primi occupantis. *l.4.vbi ſup.* vide Rationem dubitandi, & decidendi.

d *Publicum.* Ratio dubitandi. Mare ipſum eſt commune, non publicum. *l.2.§.1.l.4.ſupr.eo.* ergo quod à mari occupatur. Ratio decidendi. Quod commune eſt publicum dici poteſt, non contrà: quia in eo quod plus eſt continetur quod eſt minus, non è conuerſo,

11. POMPONIVS libro 2. ex variis lectionibus.

SI quis violauerit muros, capite punitur: ſicuti ſi quis tranſcendet ſcalis admotis, vel alia qualibet ratione, nam ciues Romanos aliò quàm per portas, egredi non licet: cùm illud hoſtile & abominandum ſit. nam & Romuli frater Remus occiſus traditur ob id, quod murum tranſcendere voluerit.

Ad l. Si quis violauerit 11.

Ratio dubitandi. Quia muri ſunt inanimati, ergo incapaces accipiendæ iniuriæ. *l.1. ſi quad. paup.fec.§.ſeruus. 3.inſtit.de iniur.* Ratio decidendi. Violatur authoritas legiſlatoris, qui muros ſanctos eſſe voluit. Vnde & qui violat tenetur crimine peculatus. *l. qui perforauerit 11. illo tit.* quod pertinet etiam ad res ſacras & ſanctas. *l.1.e.l.2. & 3.*ne quid in loco ſacro fiat.

DE SENATORIBVS.

TITVLVS IX.

VLPIANVS libro 62. ad Edictum.

COnsvlari fœminæ vtrique conſularem virum præferendum nemo ambigit. ¶ Sed vir præfectorius an conſulari fœminæ præferatur, videndum. putem præferri, quia maior dignitas eſt in ſexu virili.

Ad Tit. 9. De Senatoribus. l.1.

Ratio dubit. Fœminæ coruſcant radiis maritorum. *l. vlt.C.de incol.lib.10.l.mulieres 13.C.de dign.lib.12.* Ratio decidendi. Maior dignitas eſt in ſexu virili, licèt minor dignitas ſit in præfectorio, quam conſulari viro. Non ideò tamen vir quilibet præferendus erit conſulari fœminæ, ſed is tantum qui habebit dignitatem proximam, quamuis inferiorem. Itaque lego hîc *prætorius. l.1. C. de dig.* Nam præfectoria dignitas eſt maior conſulari. *l.vlt. C.de off.præſ.prat.l.1.in fi.illius tit.l.1.§.pen.de appella.*

1 ¶ Conſulares autem fœminas dicimus conſularium vxores, adiicit Saturninus etiam matres [a]: quod nec vſquam relatum eſt, nec vnquam receptum.

Ad §. 1. Conſulares autem.

Ratio dubitandi. Conſularis vir dicitur qui Conſul fuit, fœmina autem Conſul eſſe nequit. *l. 2. de reg. iur.* Ratio decidendi. *ex l.vlt. Cod.de inc.d.l.mulieres 13.C.de dig.l.nupta.8.ſ.h.t.*

a *Etiam matres.* Ratio dubitandi. Potentius eſt vinculum, quo mater filio, quàm quo vxor viro coniungitur: cùm ſit naturale, nec minor pietas matri quàm patri debeatur, licèt non ſit par eorum poteſtas. *l. furioſæ. 4. de curat. fur. l. nam etſi. 15. de inof.teſt.* Ideóque liberis ſuccedunt matres. *tot.tit. ad SC. Tert.* non maritis vxores, niſi poſt omnes cognatos. *l.vn.C.vnde vir & vxor.* Ratio decidendi. Imò vinculum matrimoniale eſt ſtrictius, cùm vitæ indiuiduam ſocietatem inducat, & quaſi vnitatem perſonarum. *l.1.de ritu nupt.*

2. MARCELLVS libro 3. Digeſtorum.

CAſſius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem Senatu motus, nec reſtitutus eſt, iudicare, vel teſtimonium dicere: quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat.

Ad

Ad l. Caſſius Longinus 2.

Ratio dubitandi. Senator quandiu Senator eſt neque iudicare poteſt, id eſt, pedaneus iudex eſſe, neque cogi teſtimonium dicere: quia ſunt hæc omnia aliena ab eius dignitate niſi ſint præſentes & res exigat. *l. inuiti.* 8. *ob carmen.* 21. §. 1. *de teſtibus.* ergo, cum remouetur a Senatu, non poteſt iſta amittere. Ratio decidendi. Lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat, & merito. nam nec iudices nec teſtes notatos eſſe oportet. *l. quæſitum* 13. *de teſtibus.*

3. MODESTINVS libro 6. Regulatum.

SEnatorem remotum ſenatu capite non minui. ſed Romæ morari, Diuus Seuerus, & Antoninus permiſerunt.

Ad l. Senatorem 3.

Ratio dubitandi. Poteſt quis minui capite etiam ſalua dignitate. *l. per adoptionem* 35. *de adop.* ergo multò magis capite minui videtur qui dignitatem amittit. Ratio decidendi. Nihil commune habet capitis minutio cum dignitatis amiſſione, ſi neque libertas amittatur, neque ciuitas, neque familia. *l. vltima de cap. min.* quorum omnium nihil amittit, qui a Senatu remouetur. Adeo vt nec conſumatur eius exiſtimatio, ſed tantùm minuatur. *l. pen. de extraor. cog.* Romæ tamen eum morari non decebat, niſi Imperator permiſiſſet. Ratio dubitandi. Non amittit ciuitatem, quidni ergo eum Romæ morari liceat. Ratio decidendi, poteſt quis etiam ſalua ciuitate prohiberi ne Romæ moretur, vt cernere eſt in relegato. *l. relegatorum* 7. §. 3. *l. pen. & vlt. de interd. & releg. l. cum prætor.* 12. §. 2. *de iudic.*

4. POMPONIVS lib. 12. ex variis lectionibus.

QVi indignus eſt inferiore ordine, indignior eſt ſuperiore.

Ad l. Qui indignus 4.

Ratio dubitandi. Pœnæ ſunt odioſæ, ideóque reſtringendæ. *l. cum quidam.* 19. *de lib. & poſt. l. perſpiciendum* 11. *de pœn.* Atqui alius eſt ordo inferior, alius ſuperior. Ratio decidendi. Abſurdum eſt eum, qui careat minorib. frui maiorib. *l. cui pacto* 5. *in fi. de ſer. expor.*

5. VLPIANVS libro 1. ad legem Iuliam & Papiam.

SEnatoris filium accipere debemus, non tantùm eum, qui naturalis eſt, verùm adoptiuum quoque: neque intererit à quo, vel qualiter adoptatus fuerit: nec intereſt [b], iam in ſenatoria dignitate conſtitutus eum ſuſceperit, an ante dignitatem ſenatoriam.

Ad l. Senatoris filium 5.

Ratio dubitandi. Qui per adoptionem filius eſt, non niſi fictitius & commentitius filius eſt. *l. ſi ita quis* 51. §. 1. *de leg.* 2. *l. fideicommiſſum.* 76. *de cond. & dem.* Ergo non eſt vere Senatoris filius, ne ſit in poteſtate priuati conferre cui velit dignitatem: quod ad Principem ſolum pertinet. Ratio decidendi. Filiosfamilias non ſolùm natura facit ſed etiam adoptio. *l.* 1. *de adopt.* Itaque dignitas patris iis acquiritur, non principaliter id agendo, ſed per neceſſariam conſequentiam: quia patris dignitas, quæ ex iure ciuili eſt non poteſt non acquiri iis omnibus, quos ius ciuile pro iuſtis liberis agnoſcit.

b *Nec intereſt.* Ratio dubitandi. Filius æſtimatur ex tépore natiuitatis, aut ſaltem conceptionis *l. Titius exheredato.* 6. & 7. *de ſuis & legit.* nec qualitas ſuperueniens poteſt afficere iam natos. *l.* 2. *C. de lib. & eor. lib. l. ſi ſenator.* 11. *C. de dign.* Ratio decidendi. Intereſt reip. vt hoc veluti transmittendæ ad quoſcumque iuſtos liberos dignitatis, inuitentur homines ad ea agenda quibus dignitatem promereri poſſint. *l. liberorum* 220. *in fi. de verb. ſig.* & hoc eſt quod ait *d. l. ſi ſenator.* 11. paternos honores inuidere filiis non oportere: ex qua ratione apparet priorem partem. *d. l. ſi ſenator.* 11. eſſe inutilam & ſupplendam, ita vti nobis eo loco adnotatum eſt.

6. PAVLVS libro 2. ad legem Iuliam & Papiam.

SEnatoris filius eſt & is, quem in adoptionem accepit: quamdiu [c] tamen in familia eius manet, emancipatus verò nomen filij emancipatione amittit [d].

Ad l. Senatoris filius 6.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. præced.*

c *Quamdiu.* Ratio dubitandi. Non poteſt quis per adoptionem fieri filius ad tempus, vt neque per naturam. *l. quæſitum eſt* 34. *de adop.* Ratio decidendi. Non deſinit filius eſſe tempore, ſed diſſoluta adoptione per emancipationem, vt & filius natus ex iuſtis nuptiis.

d *Nomen filij amittit.* Ratio dubitandi. Nomen filij eſt naturale, ergo non amittitur per emancipationem. *l. eas obligationes.* 7. *de cap. min.* Ratio decidendi. Ius ciuile nullum agnoſcit filium, niſi qui ſit filiusfam. nec vnquam loquitur de filio, niſi vſurpato nomine vel filiifam. vel ſui heredis: quorum neutrum conuenit emancipato, ſiue filius naturalis fuerit, ſiue adoptiuus, de quo tamen ſolo, hæc l. loquitur, & in quo minor eſt. Ratio dubitandi. Adoptio enim non facit filium, ſed filiumfam. *l.* 1. *de adopt.* Iuſtæ nuptiæ faciunt & filium, & filiumfam. Emancipatio tamen vtroque caſu extinguit ius filij, non quasi filij, ſed quaſi filiifam. *l. quin etiam* 55. *in f. de rit. nup.* Atqui, inquies, continentur appellatione familiæ. *l. peto Luci* 69. §. *vlt. de le.* 2. *Reip.* non contineri, ſed appellatione familiæ, cui aliquid relictum eſt, demonſtratos intelligi etiam eos, qui in familia fuerunt teſtamenti & mortis tempore: quamuis poſtea fuerint emancipati, & hunc illius loci ſenſum eſſe, vt accipiant de iis qui fuerunt emancipati, poſtea vt ait, *l.* 1. *poſt diem fideic. ced.* fauore illorum qui eſſent de famili...

1 ¶ A ſenatore in adoptionem filius datus ei, qui inferioris dignitatis eſt, quaſi ſenatoris filius videtur: quia non amittitur ſenatoria dignitas adoptione inferioris dignitatis: non magis quàm, vt conſularis deſinat eſſe.

Ad §. 1. A ſenatore.

Ratio dubit. Filius à ſenatore in adoptionem datus alij, deſinit eſſe filius patris naturalis, cum poſſit eſſe filius duorum: adeò vt nec prætor ei det bonorum poſſeſſionem contra tabulas parentis naturalis, niſi & ipſe inſtitutus ſit ex aliqua parte, & commiſſum ſit per alios edictum. *l. non putauit.* 8. §. 11. *& ſeq. & l. ſeq. de bonorum poſſeſ.* contra tabulas. Ratio decid. Adoptio mutat familiam, ſed non dignitatem, quam auget potius. *l. per adoptionem* 35. *de adoptionibus.* Malleus tamen hic legere *adeptione* quam *adoptione.* non enim adoptatur inferior dignitas, ſed qui adoptatur ab inferioris dignitatis homine, adipiſcitur inferiorem dignitatem, cuius adeptione maiorem & ſenatoriam non amittit.

7. VLPIANVS lib. 1. ad legem Iuliam & Papiam.

EMancipatum à patre ſenatore, quaſi ſenatoris filium haberi placet.

Ad l. Emancipatum 7.

Ratio dubitandi. Qui emancipatur habetur pro extraneo. *l. quin etiam 55. in fi. de rit. nupt.* Ratio decid. Definit quidem eſſe filiusfamilias, ſed non definit eſſe re vera & naturaliter filius, præſertim apud prætorem, qui ideirco ſicut non habet eum in totum pro filio, ita nec in totum pro extraneo. *l. non putauit. 8. §. 11. de contra tab. bo. poſ.* Itaque Vlp. ſcribit, *quaſi ſenatoris filium.*

1 ¶ Item Labeo ſcribit, etiam eum, qui poſt mortem patris ſenatoris natus ſit, quaſi ſenatoris filium eſſe. ¶ Sed eum [a], qui poſteaquam pater eius de ſenatu motus eſt, concipitur, & naſcitur, Proculus & Pegaſus opinantur non eſſe quaſi ſenatoris filium, quorum ſententia vera eſt: nec enim propriè ſenatoris filius dicetur is, cuius pater ſenatu motus eſt, antequam iſte naſceretur. Si quis conceptus [b] quidem ſit, antequàm pater eius ſenatu moueatur, natus autem poſt patris amiſſam dignitatem: magis eſt, vt quaſi ſenatoris filius intelligatur. tempus enim conceptionis ſpectandum pleriſque placuit.
2 ¶ Si quis & patrem, & auum habuerit ſenatorem: & quaſi filius, & quaſi nepos ſenatoris intelligitur. ¶ Sed ſi pater amiſerit dignitatem ante conceptionem huius: quæri poterit, an quamuis quaſi ſenatoris filius non intelligatur, quaſi nepos tamen intelligi debeat, & magis eſt, vt debeat: vt aui potius ei dignitas proſit, quàm obſit caſus patris.

Ad §. 1. Item Labeo.

Ratio dubitandi. Natus poſt mortem patris, nunquam fuit in eius familia & poteſtate. *l. vltim. de collat.* ergo nec habere potuit eius dignitatem. *l. ſenatoris 5. ſupr.* Ratio decidendi, ex *l. qui in vtero 7. de ſtat. hom.* Habitus fuit pro nato antequam naſceretur, quia hoc ad commodum eius pertinuit.

a *Sed eum.* Ratio dubitandi. Senatoris filius is quoque eſt, qui natus fuit ante ſenatoriam dignitatem. *l. ſenatoris. 5. ſupr.* ergo & qui poſt eam amiſſam. Ratio decidendi. Fauorabilior eſt dignitas quæſita, quæ poſt acquiritur quàm amiſſa quæ non recuperatur, nempe quantum ad liberos quibus nunquam fuit quæſita. Nam quibus ſemel quæſita eſt, non debet auferri propter caſum patris remoti à ſenatu. *l. filiam. 9. h. tit.*

b *Si quis conceptus.* Ratio dubitandi. Non poteſt fuiſſe filius antequam homo, nec homo antequam fuerit editus. *l. in Falcidia. 9. in fi. ad l. Fal.* Ergo nunquam fuit filius ſenatoris. Ratio decidendi. Calamitas patris non debet nocere ei qui in vtero eſt, vt nec matris. *l. & ſeruorum. 5. §. 2. de ſta. ho.*

Ad §. 2. Si quis & patrem.

Ratio dubitandi. Nepos non coniungitur auo niſi per filium. *l. dotem quam 6. de colla.* & medium inhabile impedit coniunctionem extremorum. *l. diuo Marco. 11. Cod. de quæſt.* Ratio decidendi. Caſus filij non aufert nepoti quod habet ille ab auo, non à patre. *l. 3. de interd. & releg. ſcil.* ſi habeat ex iure communi, non etiam ex priuilegio. *d. l. diuo Marco 11.* nam priuilegium ſemel amiſſum non poteſt renaſci in perſona nepotis, qui proinde nouo priuilegio indiget. Quæ autem ſunt iuris communis ſemper in iure reperiuntur, & ſunt fauorabilia, præſertim dignitates, quæ nihil niſi virtutis & bene meritorum remuneratio ſunt.

8. IDEM libro 6. Fideicommiſſorum.

FOeminæ nuptæ clariſſimis perſonis, clariſſimarum perſonarum appellatione continentur. ¶ Clariſſimarum fœminarum nomine, ſenatorum filiæ, niſi quæ viros clariſſimos ſortitæ ſunt, non habentur, fœminis enim dignitatem clariſſimam mariti tribuunt: parentes verò donec plebeij [c] nuptiis fuerint copulatæ. Tamdiu igitur clariſſima fœmina erit, quamdiu ſenatori nupta eſt, vel clariſſimo: aut ſeparata ab eo, alij inferioris dignitatis non nupſit.

Ad l. Fœmina nupta 8.

Ratio dubitandi. Dignitates non ſunt ſine munere publico, nec ſine onere. *l. 1. §. nec caſtrenſe de collat.* Atqui vxor neque muneris neque oneris eſt particeps. *l. 2. de reg. iur.* ergo neque dignitatis. Ratio decidendi. Maritorum intereſt vt eorum dignitates vxoribus communicentur: & iſta pars aliqua nec parua eſt dignitatis mariti, propter indiuiduam illam vitæ ſocietatem, quæ eſt inter coniuges. *l. 1. de ritu nupt.*

c *Donec plebey.* Ratio dubitandi. Filia nupta non deſinit eſſe in patris ſui poteſtate. *l. 1. § vltim. de lib. exhib.* ergo retinet patris & familiam & dignitatem. Ratio decidendi. Nihil commune habet patria poteſtas cum dignitate. Nuptiæ filiæ patriam poteſtatem diſſoluere non poſſunt, ſed dignitatem auferre poſſunt: quia eſſet abſurdum maiorem eſſe dignitatem vxoris, quàm mariti propter dignitatem ſexus virilis. *l. 1. hoc tit. l. ſi ſenator. 12. C. de dignitat. lib. 12.*

9. PAPINIANVS libro 4. Reſponſorum.

FIliam ſenatoris nuptias liberti ſecutam, patris caſu non facit vxorem. nam quæſita dignitas liberis, propter caſum patris remoti à ſenatu auferenda non eſt.

Ad l. Filiam Senatoris 9.

Ratio dubitandi. Id vnum impediebat ne vxor eſſet, quod filia Senatoris liberto nubere prohibetur. *l. Senatoris filia. 47. de rit. nup.* nam ... inhoneſtæ vitæ, vt ibi. Atqui videtur deſinere eſſe filia ſenatoris, cùm pater deſiit eſſe ſenator, ne potentiæ ſit dignitas in perſona illius, cui per alium acquiritur, quàm in perſona ipſius, per quem acquiritur. Ratio decid. Imò non deſinit eſſe filia ſenatoris, licèt pater deſinat eſſe ſenator: quia calamitas patris non debet nocere liberis naſcituris. *l. emancipatum. 7. §. 1. ſupr. h. tit.* multò minus iam natis

10. VLPIANVS libro 34. ad Edictum.

LIberos ſenatorum accipere debemus, non tantùm ſenatorum filios, verùm omnes qui geniti ex ipſis, éxve liberis eorum dicantur: ſiue naturales, ſiue adoptiui ſint liberi ſenatorum, ex quibus nati dicuntur. ¶ Sed ſi ex filia [a] Senatoris natus ſit: ſpectare debemus patris eius conditionem.

Ad

Ad l. Liberos Senatorum 1?.

Ratio dubitandi. Strictiore vinculo iunguntur patribus filij primi gradus quam nepotes: vt ex eo apparet, quòd filij ſunt ſui heredes, niſi in eorum locum alij ſucceſſerint. *l. in ſuis.* 11. *de lib. & poſth. l. ſcripto herede.* 7. *vnd. lib.* adeò vt nec in ſuis ſit ſucceſſio, quantum ad hereditatem. *l.* 1. *§ ſciendum. de ſuis & legi.* Ratio decidendi. Etiam nepotes liberorum appellatione proprie continentur *l. liberorum.* 220. *de verb. ſignif.* Et facilius eſt, vt ſuccedant in dignitate quam in hereditate: quia hereditas non poteſt communicari ſine deminutione, dignitas poteſt.

a *Sed ſi ex filia.* Ratio dubit. liberi ex filia ſuſcepti ſunt æque liberi aui. *l.* 1. *C. de ſecund. nupt.* Ratio decidendi. Sequuntur tamen familiam, conditionem, & dignitatem patris, non matris. *l. familiæ.* 196. *de verb. ſign.*

11. PAVLVS libro 44. ad Edictum.

SEnatores, licèt in vrbe domicilium habere videantur: tamen & ibi vnde oriundi ſunt, habere domicilium intelliguntur: quia dignitas, domicilij adiectionem [b] potiùs dediſſe quam permutaſſe, videtur.

Ad l. Senatores 11.

Ratio dubitandi. Deſinit ſenator eſſe municeps, quantum ad onera *l. municeps.* 23. *ad municip.* ergo mutat domicilium. Ratio decidendi. Imò retinet originem, quantum ad honores. *d. l. municeps* 23. ergo etiam domicilium. Honor enim eſt domicilium habere.

b *Domicilij adiectionem.* Ratio dubitandi. Nemo poteſt eodem tempore morari in diuerſis locis, ergo nec domicilia plura habere. Ratio decidendi. Imo *l. Labeo indicat.* 5. *& l. ſeq. §. viris.* 2. *ad municip.*

12. VLPIANVS libro 2. de Cenſibus.

NVptæ priùs conſulari viro impetrare ſolent à principe, quamuis perrarò, vt nuptæ iterum minoris dignitatis viro, nihilominùs in conſulari maneant dignitate: vt ſcio Antoninum Auguſtum Iuliæ Mamææ conſobrinæ ſuæ indulſiſſe.

Ad l. Nuptæ prius 12.

Ratio dubitandi. Abſurdum eſt maiorem eſſe dignitatem vxoris, quam viri, cum maior ſit dignitas in virili ſexu. *l.* 1. *ſupr.* Ratio decid. Ideo nimirum neceſſarium eſt priuilegium, quod nec niſi raro concedi ſolet, vt lex ait, præſertim poſt *Nou. Iuſti.* 22. *c.* 36.

1 ¶ Senatores autem accipiendum eſt eos, qui à patriciis, & conſulibus, vſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt: quia & hi ſoli in ſenatu ſententiam dicere poſſunt.

Ad §. 1. Senatores autem.

Ratio dubitandi. Quod hodie ſenatorum alij ſunt illuſtres, alij ſpectabiles, alij clariſſimi, vt tractat Cuia. ad *l.* 1. *C. de dignit. & ad l. ſpadonem* 15. *§.* 2. *de excuſ. tut.* Ratio decidendi. Sunt, & olim fuerunt varij ordines ſenatorum, alij hodie, alij olim: ſed illud ſemper verum eſt, ſenatores eos tantùm dici poſſe, qui ſoli poſſunt in ſenatu ſententiam dicere.

DE OFFICIO CONSVLIS.

TITVLVS X.

22. VLPIANVS libro 1. de Officio Conſulis.

OFFICIVM conſulis eſt, conſilium præbere manumittere volentibus.

Ad Tit. 11. De Officio Conſulis.

Ad l. vnic. in princ.

Ratio dubitandi. Poteſt autoritas prætoris in eam ſufficere. *l. apud concilium.* 4. *C. de vindict.* ergo non debet hoc pertinere ad officium conſulis cuius eſt maior dignitas, ne dignitatum officia confundantur. Ratio decidendi. Fauor libertatis facit, vt apud varios magiſtratus, dummodo ſint omnes ex maioribus, poſſit manumitti. *d. l. apud Concilium* 4. Poteſt enim eſſe copia conſulis, non prætoris: nec quidquam vetat maiores magiſtratus cognoſcere de eo, de quo etiam minores, non contra. *l.* 1. *§. penult. de appel. l. minor autem.* 18. *de minor. l. Labeo ait.* 3. *§. vlt. & l. ſeq. de recept. arb.*

1 ¶ Conſules & ſeorſum ſinguli manumittunt. ¶ Sed non poteſt [a] is, qui apud alterum nomina ediderit, apud alterum manumittere: ſeparatæ enim ſunt manumiſſiones. Sanè ſi qua ex cauſa collega manumittere non poterit, infirmitate, vel aliqua iuſta cauſa impeditus: collegam poſſe manumiſſionem expedire ſenatus cenſuit.

Ad §. 4. Conſules & ſeorſum.

Ratio dubitandi. Conſulum vna eſt, & iuncta poteſtas: nihil ergo alius ſine alio expedire poteſt. Nam nec poſſent inter ſe diuidere adminiſtrationem. Ratio decidendi. In his quæ ad Remp. ipſam ſpectant nihil alius alio inconſulto facere poteſt, aut debet. At in manumiſſione ſola requiritur auctoritas magiſtratus, quæ reſidet in ſingulis, ſed & ſi opus ſit conſilio cur non vnus ſufficiet, ſi duo ſufficiunt toti Reip. adminiſtrandæ?

a *Sed non poteſt.* Ratio dubitandi. Plurium conſulum tantum eſt magiſtratus vnus, ergo quod vnus inchoauit alius expedire poteſt. Ratio decidendi. Actus manumiſſioni eſt legitimus, & conſequenter indiuiduus: ergo ſcindi non poteſt aut debet, niſi ex neceſſitate vt lex ait. Neceſſitas enim ſolet facere licitum, quod aliàs eſſet illicitum.

2 ¶ Conſules apud ſe ſeruos ſuos manumittere poſſe, nulla dubitatio eſt. ¶ Sed ſi euenerit, vt minor viginti annis conſul ſit, apud ſe manumittere non poterit, cùm ipſe ſit, qui ex ſenatuſconſulto conſilij cauſam examinat: apud collegam verò cauſa probata, poteſt.

Ad §. 2. Conſules apud ſe.

Ratio dub. & decid. eadem quæ ad *l.* 3. *&* 4 *ſup. de adopt.*

Poteſt. Scilicet apud ſe manumittere, cùm cauſam apud collegam probauit: ſic enim hic locus intelligi debet.

DE OFFICIO PRÆFECTI PRÆTORIO.

TITVLVS XI.

AVRELIVS Arcadius Chariſius magiſter libellorum libro ſingulari de Officio Præfecti prætorio.

BREVITER commemorare neceſſe eſt, vnde conſtituendi præfectorum prætorio officio origo manauerit, ¶ Ad vicem magiſtri equitum præfectos prætorio antiquitus inſtitutos eſſe, à quibuſdam ſcriptoribus traditum eſt. nam cùm apud veteres dictatoribus ad tempus ſumma poteſtas crederetur, & magiſtros equitum ſibi eligerent qui adſociati participales curæ (admilitiæ gratia) ſecundam poſt eos poteſtatem gererent: regimentis reipublicæ ad Imperatores perpetuos [b] tranſlatis ad ſimilitudinem magiſtrorum equitum præfecti prætorio à principibus electi ſunt. data eſt plenior licentia ad diſciplinæ publicæ emendationem.

Ad Tit. 11. De offic. Præf. Prætorio.

Ad l. vn. in prin.

b *Ad Imperatores perpetuos.* Nam & primus Imp. Caius Cæſar perpetuus dictator dici voluit, vt lenitate verbi triſtitiam rei mitigaret.

1 ¶ His cunalibus præfectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, vt appellari à præfectis prætorio non poſſit. Nam cùm ante quæſitum fuiſſet, an liceret à præfectis prætorio appellare, & iure liceret, & extarent exempla eorum, qui prouocauerant: poſtea publicè ſententia principali lecta, appellandi facultas interdicta eſt. credidit enim princeps, eos, qui ob ſingularem induſtriam, explorata eorum fide, & grauitate, ad eius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ, quàm ipſe foret iudicaturus.

Ad §. 1. His cunalibus.

Ratio dubitandi. Publicè intereſt admitti appellationes in quibuſcunque negotiis, nec vlla ſit iniuria magiſtratui à quo appellatur *l. & in maioribus.* 20. *Cod. de appell.* Ratio decidendi. Imò, qui appellat conqueritur de iniquitate, *l. præfectis.* 17. *de minor.* Ergo quamuis princeps ſit ſupra præfectos prætorio, non tamen permittendum eſt, vt appellari poſſit ab iis, quos princeps credidit pro ſua grauitate non aliter iudicaturos quàm ipſe eſſet iudicaturus. In eóque fieret iuria etiam principi. Nam ſi poſſunt priuari facultatem prouocandi ſibi præripere, cur non & princeps poterit? *l. 1. §. 2. 3. a quibus app. non lic.*

2 ¶ Subnixi ſunt etiam alio priuilegio præfecti prætorio: ne à ſententiis eorum minores ætate ab aliis magiſtratibus, niſi ab ipſis præfectis prætorio, reſtitui poſſint.

Ad §. 2. Subnixi ſunt.

Ratio dubit. Eſt hoc ius commune, vt inferior magiſtratus non poſſit reſtituere aduerſus ſententiam maioris: ergo non eſt hoc priuilegium. Ratio decid. Dixit I.C. priuilegio pro iure. Hodie Senatus præfectorum prætorio poteſtatem habere creditur.

DE OFFICIO PRÆFECTI VRBI.

TITVLVS XII.

VLPIANVS libro ſingulari de Officio Præfecti vrbi.

OMNIA omnino crimina præfectura vrbis ſibi vindicauit: nec tantùm ea, quæ intra vrbem admittuntur, verùm ea quoque, quæ extra vrbem intra Italiam, epiſtola diui Seueri ad Fabium Cilonem præfectum vrbi miſſa declaratur.

Ad Tit. 12. De Offic. præf. vrbi.

Ad l. in prin. 1.

Ratio dubit. De criminibus agi oportet, vbi vel commiſſa, vel inchoata ſunt, vel vbi reperiuntur qui rei criminis dicuntur. *l. 1. C. vb de crim. agi op.* Ergo de crimine extra vrbem admiſſo in vrbe agi non debet. Ratio decid. Hoc ius datũ eſt præfecto vrbi, ex epiſtol Seueri ad Fabium Chilone. Criminum enim coërcitionem, & gladij poteſtatem nemo habet, niſi cui data eſt à principe: cuius ſolius eſt animaduertere in caput ciuis Romani, quod antea nemini licebat iniuſſu populi. *l. 2. §. exactis 16. de orig. iu.* Ideóque nec poteſt quiſquam in alium eam poteſtatem transferre. *l. nemo poteſt. 70. de reg. iur.* excipiuntur tamen milites. *l. 2. C. de off. mag. milit.*

1 ¶ Seruos qui ad ſtatuas confugerint: vel ſua pecunia emptos, *vt manumittantur*, de dominis querentes audiet.

Ad §. 1. Seruos, qui.

Ratio dubit. Non poteſt conſiſtere iudicium inter dominum & ſeruum. *l. lis nulla. 4. & l. ſi à me fuerit. 11. de iudi.* nec debet magiſtratus audire ſeruum de domino conquerentem, niſi ſpem libertatis habeat. *l. mulier, quæ 22. §. 1. ad Trebel.* Ratio decidendi. Nulla hic lis eſt, ſed auditur querela ſerui, cuius cauſa fauorabilis eſt, ſiue confugiat ad ſtatuam principis à domini ſæuitia. *l. 1. de his qui ſui vel alie.* ſiue dicat ſe pecunia ſua emptum, vt manumitatur. Atqui inquies ſeruus nihil ſuum habere poteſt. *§. item nobis. Inſtit. per quas perſ.* Reſp. videtur dediſſe de ſuo, cùm dedit nummos vel peculiares, vel ab alio acceptos. *l. 3. §. 1. l. ſi decem. 17. de ſtatulib. l. 3. §. vlt. de cond. cauſ. dat. §. 8. j. hoc tit.*

2 ¶ Sed & patronos egentes de ſuis libertis querentes audiet [a] : maximè ſi ægros ſe eſſe dicant, deſiderétque à libertis exhiberi.

Ad §. 2. Sed & patronos.

Ratio dubit. Poteſt patronus iure ſuo libertum, qui ingratus eſt, in ſeruitutem reuocare. *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* Ratio decid. Non fit id niſi propopoſita ingrati actione, quæ vt probationes exigit. *d. l. 2. &* 3. ita moras ſecum trahit, quas venter ferre diutius non poteſt. *l. quod debetur. de pecul. l. interdum.* 15. *vt in poſſ. leg.* At cognitio de alimentis præſtandis eſt ſummaria. *l. ſi quis à liberis* 5. §. *ſi vel parens.* 8. §. *ſolent eum ſeq. de agnoſ. lib.*

a *Audiet.* Ratio dubit. Quod hæc cognitio ſit prætoris *d. l. ſi quis à liberis.* 5. *de agnoſ. lib.* Ratio decid. Solet præfectus vrbi cognoſcere de iis cauſis, de quibus & prætor, quoties res exigit ſeueriorem animaduerſionem vt in §. 7. *ĵ. h. tit. l.* 1. §. *vlt. de pœn. l. ſi quis iniuriam.* 35. *de iniuriis.* vbi pro *præt.* legendum *præf.* Seuerius autem agendum eſt cum liberto qui patronum non modo egenum, ſed & ægrum deſerit cùm videatur eum necare. *l. necare.* 4. *de agnoſ. lib.* Prætor quin non habuit merum imperium.

3 ¶ Relegandi, deportandique in inſulam [b], quam Imperator adſignauerit, licentiam habet.

Ad §. 3. Relegandi.

b *Deportandique in Inſulam.* Ratio dubit. Hanc poteſtatem non habet præſes prouinciæ. *l. 1. §. deportatos de leg.* 3. qui tamen & vicem principis gerit, & omnium magiſtratuum qui ſunt in vrbe, *l. ex omnibus.* 10. *cum ſeq. de off. præf.* Ratio decidendi. Data hæc poteſtas præfecto vrbi, non etiam præſidi. *l. 2. §. 1. de pœn. l. inter pœnas.* 6. §. 1. *de inter. & releg.*

4 ¶ Initio eiuſdem epiſtolæ ita ſcriptum eſt : *Cum vrbem noſtram fidei tuæ commiſerimus.* Quidquid igitur intra vrbem admittitur, ad præfectum vrbi videtur pertinere, ſed & ſi quid intra centeſimum miliarium admiſſum ſit, ad præfectum vrbi pertinet. ſi vltra ipſum lapidem egreſſum eſt, præfecti vrbi notionem.

Ad §. 4. Initio eiuſdem.

Ratio dubitandi. Omnia crimina, etiam extra vrbem, dummodo intra Italiam, pertinent ad præfectum vrbi. *h. l. in pr.* Ratio decidendi. Debet hic §. intelligi de cæteris, extra crimina.

5 ¶ Si quis ſeruum ſuum adulterium commiſiſſe dicat in vxorem ſuam, apud præfectum vrbi erit audiendus.

Ad §. 5. Si quis ſeruum ſuum.

Ratio dubitandi. Poteſt dominus hunc ſeruum domi conuenire, & pro arbitrio caſtigare. *l. vltim. Cod. an ſer. pro ſuo fac.* Ratio decidendi. Facit tamen prudentius, qui ſuam querelam defert ad præfectum. *l. non eſt* 176. *de reg. iur.*

6 ¶ Sed & ex interdictis, *quod vi aut clam*, aut interdicto *vnde vi* audire poteſt.

Ad §. 6. Sed & ex interdictis.

Ratio dubit. Cognitio iſta eſt prætoris, ex cuius iuriſdictione ſunt interdicta *tot. ti. de interd.* Ratio decid. Ad publicam vrbis ſecuritatem pertinet, ne qua vis fiat in vrbe. Nec quicquam eſt, quod periculoſius, aut magis exoſum habeat legiſlator. *ſed & partus.* 12. §. *vlt. & l. ſeq. quod met. cauſ.* non eo minus tamen ſalua prætoris cognitio erit, ſi præfectus non occupauerit.

7 ¶ Solent ad præfecturam vrbis remitti etiam tutores, ſiue curatores, qui malè in tutela, ſiue cura verſati, grauiore animaduerſione indigent, quàm vt ſufficiat eis ſuſpectorum infamia : quos probari poterit, vel nummis datis tutelam occupaſſe : vel præmio accepto operam dediſſe, vt non idoneus tutor alicui daretur : vel conſultò circa edendum patrimonium quantitatem minuiſſe : vel euidenti fraude pupilli bona alienaſſe.

Ad §. 7. Solent ad præfecturam.

Ratio dub. Cognitio ſuſpecti data eſt prætori Romæ. §. 1. *inſt. d. ſuſp. tut.* Ratio decid. Non habuit prætor imperium merum, nec poteſtatem coërcendi corporaliter vt loquuntur, & ſupra infamiam. Itaque fuit eo caſu neceſſariò imploranda autoritas præfecti vrbi. Ex qua apparet in *l. ſi quis.* 35. *de iniur.* pro *præt.* eſſe legendum *præf.* vt iam dixi *ad §. 2. facit l. in eos.* 9. *de tutel.* Cognitio enim prætoris ordinaria eſt, non præfecti.

8 ¶ Quod autem dictum eſt, *vt ſeruos de dominis querentes præfectus audiat*, ſic accipiemus : non accuſantes [a] dominos : (hoc enim nequaquam ſeruo permittendum eſt, niſi ex cauſis receptis) ſed ſi verecundè expoſtulent [b] : ſi ſæuitiam, ſi duritiam, ſi famem, qua eos premant : ſi obſcœnitatem, in qua eos compulerint, vel compellant, apud præfectum vrbi exponant. ¶ Hoc quoque officium præfecto vrbi à Diuo Seuero datum eſt, vt mancipia tueatur, ne proſtituantur [c].

Ad §. 8. Quod autem dictum.

a *Non accuſantes.* Publicè intereſt puniri crimina. *l. ita vulneratus.* 51. §. *vlt. ad l. Aquil.* ergo & admitti accuſationem. Ratio decidendi. Imò publicè intereſt non admitti cuiuſlibet accuſationem, præſertim ſeruorum contra dominos *l. pen. & paſſ. C. qui acc. non poſſ.*

b *Si verecundè expoſtulent.* Ratio dubit. Dominus habet ius vitæ & necis in ſeruum. Ratio decid. ea poteſtas nimia coarctata eſt, quod ipſorum quoque dominorum intereſſet. *l. 1. & 2. de his qui ſui vel al.*

c *Proſtituantur.* publicè namque intereſt, ne quis re ſua, præſertim tam turpiter, abutatur. §. 1. *inſtit. de his qui ſui vel al.*

9 ¶ Præterea curare debebit præfectus vrbis, vt nummularij probè ſe agant circa omne negotium ſuum : & temperent his, quæ ſunt prohibita.

Ad §. 9. Præterea curare.

Ratio dubit. In nummularios & argentarios ſatis proſpectum eſt edicto prætoris. *l. 4. 6. 8. 9. de edend.* Non eſt igitur hæc cognitio præfecti. Ratio decid. Prætoris eſt

cognoſcere

cognoſcere inter priuatos hactenus, vt petenti det actionem ex edicto. At vt probe ſe gerant circa omne negotium ſuum, & temperent his quæ ſunt prohibita, non eſt prætoris curare, ſed præfecti. *adde l.1.ſ.*

10 ¶ Cùm patronus contemni ſe à liberto dixerit, vel contumelioſum ſibi libertum queratur, vel conuicium ſe ab eo paſſum, libetóſque ſuos, vel vxorem, vel quid huic ſimile obiicit: præfectus vrbi adiri ſolet, & pro modo querelæ corrigere eum, aut comminari, aut fuſtibus caſtigare [d], aut vlteriùs procedere in pœna eius ſolet. nam & puniendi plerumque ſunt liberti. Certè ſi ſe delatum à liberto, vel conſpiraſſe eum contra ſe cum inimicis doceat: etiam metalli pœna in eum ſtatui debet.

Ad §.10. Cùm patronus.

Ratio dubit. eadem quæ ad §. 1. 5. Ratio decid. Aliquando culpa & ingratitudo liberti eſt talis, quæ leuiorem pœnam meretur, quàm ſeruitutem: aut etiam grauiorem, vt hic.

d *Aut fuſtibus caſtigare.* Ratio dubit. Non caſtigantur fuſtibus honeſti homines liberi, ſed tantùm tenuiores. *l.capitalium 28.§.2.de pœn.* Liberti autem perſona poteſt eſſe honeſta. *l.ſi patrona. 13.de ritu nup.* Ratio decidendi. Non poteſt honeſtus videri, qui eſt ingratus.

11 ¶ Cura carnis omnis, vt iuſto pretio præbeatur, ad curam præfecturæ pertinet: & ideò, & forum ſuarium ſub ipſius cura eſt: ſed & exterorum pecorum, ſiue armentorum, quæ ad huiuſmodi præbitionem ſpectant, ad ipſius curam pertinent.

Ad §.11. Cura carnis.

Ratio dubitandi. Fuit Romæ præfectus annonæ. *l.vlt. Cod. de annon. ciuil.* ad cuius curam videntur iſta omnia pertinuiſſe. Ratio decidendi. Non pertinent iſta ad annonam, ſed tamen etiam annonæ curam fuiſſe præfecto vrbi non eſt dubitandum, cùm eius fidei tota vrbs commiſſa eſſet. *§.4.ſupr.*

12 ¶ Quies quoque popularium, & diſciplina ſpectaculorum ad præfecti vrbi curam pertinere videtur: & ſanè debet etiam diſpoſitos milites ſtationarios habere ad tuendam popularium quietem & ad referendum ſibi, quid in vrbe agatur.

Ad §.12. Quies quoque.

Ratio dubitandi. Videtur hæc cura pertinuiſſe ad præfectos prætorios, vt viderent ne quis tumultus fieret. *l. 2.C.de ſedit.* Ratio decidendi. Nullus erat in vrbe præfectus vrbi.

13 ¶ Et vrbe interdicere præfectus vrbi, & qua alia ſolitarum regionum [e] poteſt, & negotiatione, & profeſſione, & aduocationibus, & foro: & ad tempus, & in perpetuum [f]: interdicere poterit & ſpectaculis: & ſi quem releget ab Italia, ſummou ere eum etiam à Prouincia ſua.

Ad §.13. Et vrbe interdicere.

ſua. Nam & hoc poteſt. hoc §. *in fin.* quænam enim pœna eſſet, ſi quis in ſuam prouinciam relegetur?

e *Et qua alia ſolitarum regionum.* Ratio dubit. extra territorium ius dicenti impunè non paretur, *l.vlt.de iuriſd.* Ratio decid. non dicit ius extra territorium præfectus vrbi cùm ius dicit in vrbe, licet pronunciet de aliqua alia regione, quæ tamen ſit in Italia, vt *pr.h.l.* niſi in relegando quem ab Italia, velit eum ſummouere à prouincia

f *Inperpetuum.* Ratio dubitandi. Quia præſes prouinciæ non poteſt vltra tempus adminiſtrationis ſuæ cuiquam interdicere vti arte ſua. *l.vlt.de pœn.* Ratio decidendi. Plus poteſt præfectus vrbi, quia & eius dignitas perpetua fuit. Idem in præfecto Ægypti. *l.1.C. de poſtul. adde l. diuus Pius.9.in pr.de pœnis.*

14 ¶ Diuus Seuerus reſcripſit, eos etiam, qui illicitum collegium coiſſe dicuntur apud præfectum vrbi accuſandos.

Ad §.14. Diuus Seuerus.

Ratio dubit. Non omnia collegia ſunt illicita, putà ſi religionis cauſa fiant. *l.1.§.2.colleg.& corpor.* Ratio decid. Permittenda ſunt ex hac cauſa, ſed niſi permittantur ſunt illicita, ne quid ſub hoc prætextu fiat contra ſenatuſconſulta. *l.3.§.eo.l.2.de extr.crim.*

2. PAVLVS libro ſingulari de Officio Præfecti vrbi.

ADiri etiam ab argentariis, vel aduerſus eos, ex epiſtola Diui Hadriani, & in pecuniariis cauſis poteſt.

Ad l. Adiri etiam 2.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad §.9. ſed hîc plus eſt, quòd epiſtola Hadriani facit pro præfecto.

3. VLPIANVS libro ſecundo ad Edictum.

PRæfectus vrbi, cùm terminos vrbis exierit, poteſtatem non habet: extra vrbem [a] poteſt iubere, iudicare.

Ad l. Præfectus vrbi 3.

Ratio dubit. Præfectus vrbi poteſt cognoſcere de omnibus criminibus, etiam extra vrbem, dummodò intra Italiam admiſſis. *l.1.in prin. eod.* Ergo etiam extra vrbem habet poteſtatem. Ratio decidendi. De criminibus omnibus Italicis cognoſcere poteſt, ſed in vrbe non extra territorium ſuum. *l.vltim.de iuriſd.*

a *Extra vrbem.* Iudices litigantibus dare eſt iuriſdictionis. *l.1.de iuriſdict.* ergo non poteſt fieri extra vrbem. *dict. leg. vltim.* Ratio decidendi, ideo legendum eſt addita negotiatione. *nec extra vrbem,* vt in Manuſcripto legi teſtatur Gothofredus.

DE OFFICIO QVÆSTORIS.

TITVLVS XIII.

VLPIANVS libro ſingulari de officio Quæſtoris.

ORIGO quæſtoribus creandis antiquiſſima eſt, & penè ante omnes magiſtratus [b], Gracchanus denique Iunius, lib. 7. de poteſtatibus, etiam ipſum Romulum & Numam Pompilium binos quæſtores habuiſſe, quos ipſi non ſua voce, ſed populi ſuffragio crearent, refert. ¶ Sed ſicuti dubium eſt, an Romulo & Numa regnantibus quæſtor fuerit: ita Tullo Hoſtilio rege quæſtores fuiſſe certum eſt: ſanè crebrior apud veteres opinio eſt, Tullum Hoſtilium primum in Rempublicam introduxiſſe quæſtores.

Ad Tit. 13. De officio Quæſtoris.

Ad l. vn. in pr.

b *Ante omnes magiſtratus.* Ratio dubitandi. Conſules, cenſores, dictatores, magiſtri equitum, & ædiles fuerunt creati ante quæſtores, *l. 2. §. exactis. 16. vſque ad 23. de origine iuris.* Ratio decidendi. Ideò Iuriſconſultus hic adiecit, *penè*, ſed & cum ſupradicti magiſtratus non fuerint creati, niſi poſt reges exactos apparet quæſtores fuiſſe antiquiores: ſi verum eſt quod ſequitur Tullum Hoſtilium regem primum induxiſſe quæſtores, quod ſcriptum eſt in *dicta leg. 2. §. 22.* accipi debet de quæſtoribus populi Romani.

1 ¶ Et à genere quærendi quæſtores initio dictos, & Iunius, & Trebatius, & Fæneſtella ſcribunt.

2 ¶ Ex quæſtoribus quidam ſolebant prouincias ſortiri ex ſenatuſconſulto, quod factũ eſt Decimo, Druſo, & Porcina conſulibus. Sanè non omnes quæſtores prouincias ſortiebantur, verum excepti erant Candidati principis [c]: hi etenim ſolis libris principalibus in ſenatu legendis vacant:

Ad §. 1. Et à genere quærendi. & Ad §. 2. ex quæſtoribus.

Ratio dubit. Munus quæſtorum eſt, pecuniam conſeruare, non minus quàm quærere, *d leg. 2. §. 22.* ergo conſeruatores dici debuerunt, minus odioſo vocabulo. Ratio decidendi. Prius eſt vt quærenda ſit pecunia, in qua conſiſtunt nerui Reip. quàm vt conſeruanda.

c *Candidatis Principis.* Ratio dub. His non conuenit etymologia nominis, ergo nec nomen. Ratio decid. Fuerunt ſumpti candidati Principis ex numero eorum, qui & nomine & re quæſtores erant, ſed mutato officio nihilominus nomen retinuerunt.

3 ¶ Hodiéque obtinuit indifferenter quæſtores creari, tam patricios quàm plebeios: ingreſſus eſt enim, & quaſi primordium gerendorum honorum, ſententiæque in ſenatu dicendæ.

Ad §. 3. Hodiéque obtinuit.

Ratio dubitandi. Senatores omnes ſunt illi qui ſententiæ in ſenatu dicendæ ius habent. *l. vltim. de ſenator.* ergo quæſtores omnes ſunt ſenatores. Ratio decidendi. Fuerunt varij ordines ſenatorum, & alij minores, alij maiores vt dixi ad *d. l. vlt. ex l ſpadonem. 15. §. 1. de excuſ. tut.* Quæſtores itaque fuerunt ex numero ſenatorum, ſed ex minoribus.

4 ¶ Ex his, ſicuti diximus, quidam ſunt, qui Candidati Principis dicebantur, quíque epiſtolas [d] eius in ſenatu legunt.

Ad §. 4. Ex his ſicuti diximus.

d *Epiſtolas.* Hæ ſunt, ni fallor, quas & orationes noſtri vocant, quæ ſolebant præcedere Senatuſconſulta, vt in titulo de rebus eorum, & in *l. cùm hic ſtatus. 32. §. ait oratio.* de donationibus inter virum.

DE OFFICIO PRÆTORVM.

TITVLVS XIV.

1. VLPIANVS lib. 26. ad Sabinum.

APVD filiumfamiliâs Prætorem poteſt pater eius manumittere.

Ad Tit. 14. De off. prætor.

Ratio dubit. Qui iuriſdictioni præeſt, neque ſibi, neque ſuis ius dicere debet. *l. qui iuriſdictioni. 10. de iuriſd.* nec idoneus eſt magiſtratu cui poteſt imperari, vt quid faciat: ſicut de teſte ſcriptum eſt in *l. idoneus 6. de teſtib.* Atqui pater filio poteſt imperare, éſtque actus iuriſdictionis, autoritatem manumittenti præſtare: ergo. Ratio decidendi. Non eſt hic actus iuriſdictionis contentioſæ, ſed voluntariæ. *l. 2. & 3. de off. proconſul.* nec poteſt pater filio imperare in iis quæ ſpectant ad ius publicum. *l. nam quod ad ius. 14. ad Trebell. l. an priuatis 77. de iudic.*

2. PAVLVS libro 4. ad Sabinum.

SEd etiam ipſum apud ſe emancipari, vel in adoptionem dari placet.

Ad l. Sed etiam 2.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 3. & 4. de adopt.*

3. VLPIANVS libro 38. ad Sabinum.

BArbarius Philippus, cùm ſeruus fugitiuus eſſet, Romæ præturã petiit: & Prætor deſignatus eſt: ſed nihil ei ſeruitutem obſtetiſſe ait Pomponius, quaſi Prætor non fuerit. Atquin verum eſt, præturã

curâ eum functum: & tamen videamus ſi ſeruus, quamdiu latuit in dignitate prætoria, functus ſit: quid dicemus? quæ edixit, quæ decreuit, nullius fore momenti? an fore propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, vel lege, vel quo alio iure? & verum puto, nihil eorum reprobari [a], hoc enim humanius eſt: cùm etiam potuit populus Romanus ſeruo decernere hanc poteſtatem: ſed & ſi ſciſſet ſeruum eſſe liberum effeciſſet. Quod ius multo magis [b] in Imperatore obſeruandum eſt.

Ad l. Barbarius 3.

Ratio dubitandi. Seruus eſt incapax dignitatum, & eorum omnium quæ ſunt iuris ciuilis, cum habeatur pro nullo. *l. quod attinet 32. de reg. iur.* & quadrupedibus comparetur. *l. 2. ad l. Aquil.* ergo non potuit prætura fungi. Ratio decidendi. Non potuit. Prætor eſſe, ſed potuit prætura fungi. Hoc enim facti, illud iuris eſt. Eorum autem, quæ facti ſunt capaces ſunt ſerui. *l. qui heredi 44. de cond. & demonſt.*

a *Nihil eorum reprobari.* Ratio dubitandi. Quod Prætor conſtituit nullam vim habet, niſi propter honorem magiſtratus. *§. Prætorum. de iur. natur.* Atqui nullum honorem habuit hic Barbarius, quia non fuit Prætor. Ratio decid. Propter publicam vtilitatem eorum, qui bona fide apud eum egerunt, vt lex ait, ne decipiantur qui populi fidem factúmque ſunt ſecuti. Non igitur poſſis ex hac lege probare cum interpretibus, communem errorem ius facere.

b *Multò magis.* Plus enim poteſt Imperator, quàm populus, cùm ſit ſupra populum. Ratio dubitandi. Non magis Imperatoris, quàm populi, aut alterius errantis vlla voluntas eſt. *l. ſi per errorem 15. de iuriſdict.* Ratio decid. Non fit hoc propter voluntatem populi, aut Imperatoris: ſed propter publicam vtilitatem. *adde l. non mutant 11. C. de lib. cauſ.*

4. IDEM lib. 1. de omnibus Tribunalibus.

PRætor, neque tutorem, neque ſpecialem iudicem ipſe ſe dare poteſt.

Ad l. Prætor 4.

Ratio dubit. Prætor poteſt apud ſe manumittere, & emancipare, & emancipari, & adoptari. *l. 2. ſup. l. 1. §. vlt. de off. conſ.* ergo tutorem quoque ſeipſum dare poterit, & iudicem. Ratio decidendi. Aliud eſt magiſtratum nudam autoritatem præſtare ei actui, quem ſiue alius, ſiue ipſe tanquam priuatus faciat, quod fieri facilè poteſt: Aliud verò aliquid iure magiſtratus conſtituere de ſeipſo, aut in ſeipſum: qui imperare ſibi nemo poteſt. *l. pen. de recept. arb. l. qui iuriſdictioni 10. de iuriſd.*

DE OFFICIO PRÆFECTI VIGILVM.

TITVLVS XV.

PAVLVS libro ſingul. de Officio Præfecti vigilum.

APVD vetuſtiores [a], incendiis arcendis Triumuiri præerant: qui ab eo, quòd excubias agebant, nocturni dicti ſunt. ¶ Interueniebant nonnumquam & Ædiles, & Tribuni plebis, erat autē familia publica circa portam, & muros diſpoſita: vnde, ſi opus eſſet, euocabatur. ¶ Fuerant & priuatæ familiæ, quæ incendia, vel mercede, vel gratia extinguerent. ¶ Deinde Diuus Auguſtus maluit per ſe huic rei conſuli.

Ad Tit. 15. De off. Præfecti vigilum.

Ad l. Apud vetuſtiores 1.

a *Apud vetuſtiores.* Nam & lex duodecim tabularum iubebat innoxium ignem haberi, id eſt talem, qui nocere non poſſet. Vix enim eſt, vt incendia fiant ſine culpa habitantium. *l. 3. §. 1. eod.* ob cauſam, cùm frequentiſſima eſſent in vrbe incendia, fuit inuentus insularum vſus, ne tam facilè ignis irrueret in ædes non contiguas, vnde & paſſim in libris noſtris inſulam pro domo legimus.

2. VLPIANVS libro ſingulari de Officio Præfecti vigilum.

PLuribus vno die incendiis exortis.

Ad l. Pluribus vno die 2.

Verendum enim erat ne Romæ idem contingeret, quod ciuitati Lugdunenſium contigiſſe teſtatur Seneca in quadam epiſt. vbi ait, inter ampliſſimam & nullam ciuitatem non niſi vnam noctem interceſſiſſe. Idque parum abfuit quin acciderit Romæ, incendio Neroniano.

3. PAVLVS libro ſingulari de Officio Præfecti vigilum.

NAm ſalutem Reipublicæ [b] tueri, nulli magis credidit conuenire, nec alium ſufficere ei rei, quàm Cæſarem. Itaque ſeptem cohortes opportunis locis conſtituit vt binas regiones vrbis vnaquæque cohors tueatur: præpoſitis eis tribunis, & ſuper omnes ſpectabili viro, qui præfectus vigilum appellatur.

Ad l. Nam ſalutem 3.

b *Reipublicæ* id eſt vrbis. Nihil enim putauit vnquam intereſſe inter vrbis & Reipub. ſalutem, etſi Pompeius Roma fugiens ſolebat dicere, Rempub. non eſſe in parietibus, quod tamen elegantius, quàm verius dictum ab eo fuiſſe euentus docuit. Amiſit enim ille Remp. amiſſa vrbe.

5 ¶ Cognoſcit præfectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: niſi ſi qua tam atrox [c] támque famoſa perſona ſit, vt præfecto vrbi remittatur & quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fuſtibus caſtigat eos, qui negligentiùs ignem habuerunt: aut ſeuera interlocutione comminatus, fuſtium caſtigationem remittit.

Ad

Ad §. 1 Cognoſci:

c *Niſi ſi qua tam atrox.* Ratio dubitãdi. Præfectus vigilum potuit etiam ſummo ſupplicio adficere. *l. pen. de cond. cauſ. dat.* ergo habuit merum imperium ſicut & præfectus vrbi. Ratio decidendi. Imò non habuit, non enim potuit ſummo ſupplicio adficere, niſi ſeruos, qui cum caput nullum in ciuitate habeant. *l. 3. §. vlt. de cap. min.* non ſolum pro mortuis, ſed etiam pro nullis habentur. *l. quod attinet. 32. de regul. iur.*

2 ¶ Effracturæ fiunt plerumque in inſulis, in horreiſque vbi homines pretioſiſſimam partem fortunarum ſuarum reponunt: cùm vel cella effringitur, vel armarium, vel arca & cuſtodes plerumque puniuntur [d]. & Diuus Antoninus Erycio Claro reſcripſit: ait enim poſſe eum, horreis effractis quæſtionem habere de ſeruis cuſtodibus, licèt in illis ipſius Imperatoris portio [e] eſſet.

Ad §. 2. Effractura.

d *Et cuſtod s plerunque puniuntur.* Tanquam effractores, aut effractorum conſcij, aut ſocij: quis enim cuſtodiet ipſos cuſtodes, niſi eos cuſtodiat metus ille, ne alieni quoque ſceleris pœnam patiantur, ſi vel negligenter, ne dum perfide in cuſtodia verſentur:

e *Portio.* Hinc conſtat ſeruorum publicorum al[illegible] ſe Cæſaris, alios populi, & prouinciarum. Ite[illegible] Principes maiorem publicæ vtilitatis, quam pr[illegible] tionem habere debe[illegible].

3 ¶ Sciendum eſt autem, præfectum vigilum per totam noctem vigilare debere: & coerrare calciatum cum hamis, & dolabris.

Ad §. 3. Sciendum autem.

Eſt enim perabſurdum, non cogi vigilare illum, qui ſe præfectum vigilum auſit dicere, nec habere prompta omnia, & ad ignem extinguendum neceſſaria.

4 ¶ Vt curam adhibeant omnes inquilinos admonere, ne negligentiâ aliquâ incendij caſus oriatur: prætcrea, vt aquam vnuſquiſque inquilinus in cœnaculo habeat, iubetur admonere:

Ad §. 4. Vt curam.

Ratio dubit. Non ſunt iterum atque iterum monendi ciues, de iis quæ ſemel iure publico ſunt conſtituta, quorum ignorantiam nemo poteſt prætendere: cùm ea quoque delicta puniantur, quæ caſu committuntur & ignorantia. *l. 1. & 2. de II. l. perſpiciendum 11. §. pen. de pœ.* Ratio decid. Mauult bonus legiſlator prouidere, quibus poteſt modis ne delinquant ciues, quam delinquentes coercere. Non tam enim leges fiunt, vt delicta puniantur, quam vt metu pœnę a delinquendo in futurum abſtineatur. Fit autem hodie in pleriſque Germanorum & Heluetiorum ciuitatibus, quod olim Romæ vigilum præfectus facere iubebatur.

5 ¶ Aduerſus capſarios quoque, qui mercede, ſeruanda in balneis veſtimenta ſuſcipiunt, iudex eſt conſtitutus: vt ſi quid in ſeruandis veſtimentis fraudulenter admiſerint, ipſe cognoſcat.

Ad §. 5. Aduerſus capſarios.

Ratio dubitandi. Omnia omnino crimina præfectura vrbis ſibi vindicauit. *l. 1. de off. præf. vrb.* ergo & hoc ad præfecti cognitionem pertinet. Ratio decid. Ad præfecti dignitatem, quæ maxima erat pertinebat [illegible]e de criminibus iſtis minimis cognoſceret, ex quibus ſalus & ſecuritas reip. non pendebat.

4. PAVLVS libro ſingulari de Officio Præfecti vrbi.

IMperatores Seuerus Antoninus Iunio Rufino præfecto vigilum ita reſcripſerunt: inſularios [a], & eos, qui negligenter ignes apud ſe habuerint, potes fuſtibus, vel flagellis [b], cædi iubere: eos autem, qui dolo feciſſe [c] incendium conuincentur ad Fabium Cilonem, præfectum vrbi, amicum noſtrum remittes, fugitiuos conquirere [d], eoſque dominis reddere debes.

Ad l. Imperatores 4.

a *Inſularios.* id eſt, inſularum conductores. Hi enim ſolent negligentiores eſſe, quàm domini cum ſciant fam[illegible], vt periculum caſus fortuiti non ad eos ſpectet, ſed ad domin[illegible].

b *Fuſtibus vel flagellis.* Scilicet ſi ſint tenuiores. Nam hone[illegible]iores his pœnis non adficiuntur. *l. capitalium. 28. §. 2. de pœn.*

c *Qui dolo feciſſe.* Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 3 §. 1. ſ.*

d *Fugitiuos conquirere.* Solent enim vt plurimùm fugitiui noctu fugere, cum id agant vt ſui furtum faciant. *l. 1. §. vlt. de fugit. l. 1. C. eo.* furtum enim ideo dictum eſt à furuo, id eſt, nigro. *l. 1. de furt.*

DE OFFICIO PROCONSVLIS ET LEGATI.

TITVLVS XVI.

VLPIANVS libro 1. Diſputationum.

PROCONSVL vbique quidem proconſularia inſignia habet, ſtatim atque vrbem egreſſus eſt: poteſtatem autem non exercet, niſi in ea Prouincia ſola quæ ei decreta eſt.

Ad Tit. 16. de off. Proconſulis & leg.

Ad l. Proconſul 1.

Ratio dubitandi. Proconſularia inſignia ſigna ſunt, & indicia imperij ac poteſtatis. *l. Proconſules. 14. infr. eod.* ergo non poſſunt eſſe, vbi non eſt poteſtas. Ratio decidendi. Notæ ſunt & indicia dignitatis & imperij non exercitij. Proconſul autem habet imperium & poteſtatem vbicunque extra vrbem. *l. vltim. ∫. eod.* id eſt, dignitatem poteſtatis, non etiam iuriſdictionem contentioſam. *l. prox. & l. 4. §. vltim. infra eod.* voluntariam ſanè habet. *d. l. 1.* quæ tamen non poteſt eſſe ſine imperio, nec ſine inſignibus imperij.

2. MARTIANVS libro 1. Inſtitutionum.

OMnes Proconſules ſtatim,quàm vrbem egreſſi fuerint,habent iuriſdictionem : ſed non contentioſam: ſed voluntariam : vt ecce manumitti apud eos poſſunt, tam liberi, quàm ſerui, & adoptiones fieri. 1 ¶ Apud legatum verò proconſulis nemo manumittere poteſt, quia non habet iuriſdictionem talem.

Ad l. Omnes proconſules 2.

Ratio dubitandi. Non competit Iuriſdictio proconſuli priuſquam venerit in prouinciam ſibi decretam. *l. 4. §. vlt. infr.* Ratio decid. Competit voluntaria, non contentioſa: quia voluntaria ſolis inſignibus dignitatis contenta eſt, nec tribunal requirit.

3. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

NEc adoptare poteſt, omnino enim non eſt apud eum legis actio.

Ad §. 1. & l. Nec adoptare 3.

Ratio dubit. ex l. apud proconſulem. 17. *§. de man. vind.* Ratio decid. Non habet legatus talem iuriſdictionem, id eſt, voluntariam, quæ in legis actione conſiſtit, nec contentioſam, niſi cùm ei mandata eſt, mandari porrò non poteſt ei & voluntaria & contentioſa, ſed voluntaria, ſtatim atque Proconſul vrbem egreſſus eſt, quia iam eam habet : contentioſa verò non niſi poſtquam in prouinciam venit. *l. obſeruare 4. §. 6. ff. eod.*

4. IDEM libro 1. de Officio Proconſulis.

OBſeruare autem proconſulem oportet, ne in hoſpitiis præbendis oneret Prouinciam : vt Imperator noſter cum patre Aufidio Seueriano reſcripſit.

Ad l. pr. Obſeruare autem 4.

Ratio dubitandi. Hoſpitiorum præbendorum onus neceſſarium eſt, ergo euitari non poteſt. Ratio decidendi. Poteſt onus illud aut maius, aut leuius eſſe ſecundùm id, quod proconſulis prudentia ſtatuit. Curare autem debet quantum poteſt ne ſupra id quod neceſſe eſt prouincia oneretur, ſed releuetur, ſi non in toto, ſaltem in tanto.

1 ¶ Nemo proconſulum ſtratores ſuos habere poteſt : ſed vice eorum milites miniſterio in Prouinciis funguntur.

Ad §. 1. Nemo proconſulum.

Ratio dubit. Minus oneraretur prouincia, ſi proconſul ſeruos ſuos haberet pro ſtratoribus : augetur enim comitatus & difficultas præbendorum hoſpitiorum, cùm domeſticis ſeruis proconſulis milites adiunguntur. Atqui obſeruare debet proconſul ne prouinciam oneret, niſi quam minimum facere poteſt: *ff. b. l. in pr.* Ratio decid. Ad dignitatem proconſulis hoc maximè pertinet.

2 ¶ Proficiſci autem proconſulem melius quidem eſt ſine vxore : ſed & cum vxore poteſt : dummodo ſciat ſenatum, Cotta & Meſſala conſulibus, cenſuiſſe futurum, vt ſi quid vxores eorum, qui ad officia proficiſcuntur, deliquerint, ab ipſis ratio, & vindicta exigatur.

Ad §. 2. Proficiſci autem.

Ratio dubitandi. Noxa caput ſequitur, nec debet vnus pro alterius delicto conueniri. *l. ſancimus. 22. Cod. de pen. l. non debet 74. de regul. iur.* Ratio decidendi. Proconſul, qui vxorem ſecum mauult ducere, hoc ſe periculo vltro ſe obſtringit, ne alioqui facile ſit ei per interpoſitam perſonam impunè delinquere. *l. pupillus 5. §. 13. & l. quod dicitur 7. de autor. tutor.* Replicabis, hoc metu futurum vt difficilius quis proconſulatum ſubeat, quòd dura ſit ea ſeparatio mariti ab vxore, vt & parentis à liberis. *l. vxorem 41. §. 2. & 5. de leg. 3.* neque publicum officium debere cuiquam incommodum eſſe aut damnoſum *l. & ſiue quid 27. ex quibus cauſis maior.* Reſp. maiorem publicæ vtilitatis, quam priuati incommodi rationem habendam eſſe & boni debere conſulere proconſulem, qui his incommodis & legibus proconſulatum ambiebit. Nam hoc maluiſſe videtur *arg. l. ſi patre cogente 22. de nupt.*

3 ¶ Antequam verò fines Prouinciæ decretæ ſibi proconſul ingreſſus ſit : edictum debet aduentu ſuo mittere, continens commendationem aliquam ſui : ſi qua ei familiaritas ſit cum prouincialibus, vel coniunctio, & maximè excuſantis ne publicè, vel priuatim occurrant [a] ei : eſſet enim congruens, vt vnuſquiſque in ſua patria eum exciperet.

Ad §. 3. Antequam.

Ratio dubitandi. Tritum eſt, laudem in ore proprio ſordeſcere. Ratio decidendi. Ab beneuolentiam captandam hoc fieri debet, non ad oſtentationem, quod ait text. *Occurrant* intellige extra patriam. Nam in patria debent omnes occurrere.

4 ¶ Rectè autem & ordine faciet, ſi edictum deceſſori ſuo mittit, ſignificétque, qua die fines ſit ingreſſurus : plerumque enim incerta hæc, & inopinata turbant prouinciales, & actus impediunt.

Ad §. 4. Rectè.

Ratio dubit. Nihil videtur intereſſe Reip. cùm vſque ad ſucceſſoris aduentum debeat omnia proconſul agere. *l. meminiſſe 10. ff. eod.* Ratio decid. Incerta iſta, & inopinata turbant prouinciales, actúſque impediunt defectu non iuriſdictionis, ſed opportunitatis.

5 ¶ Ingreſſum etiam hoc cum obſeruare oportet, vt per eam partem prouinciam ingrediatur, per quam ingredi moris eſt, & (quas Græcia *ἐπιδημίας, id eſt, acceſſus ad vrbem* appellat, ſiue *κατάπλουν, id eſt, ad nauigationem*,) obſeruare, in quam primùm ciuitatem veniat vel applicet : magni enim faciunt prouinciales, ſeruari ſibi conſuetudinem iſtam, & huiuſmodi prærogatiuas. Quædam prouinciæ etiam hoc habent, vt per mare in eam prouinciam proconſul veniat : vt Aſia ſcilicet vſque adeo, vt Imperator noſter Antoninus Auguſtus ad deſideria Aſianorum reſcripſit, proconſuli neceſſitatem impoſitam

impoſitam per mare Aſiam applicare, *καὶ τῶν μητροπόλεων Ἔφεσον*, *id eſt, & inter matrices vrbes Epheſum* prima attingere.

Ad §. 5. Ingreſſum.

Ratio dubitandi. Parum intereſt, per quam prouinciæ partem quis ingrediatur, cùm ſtatim atque proconſ. ingreſſus eſt prouinciam, ſiue hac, ſiue illac, incipiat habere iuriſdictionem, *§.prox.* ꝟ. Ratio decid. Imò intereſt nihil mutari ex ſolemnibus ſine cauſa. *l. etſi nihil.* 183. *de reg. iur.* & ſeruari prouincialibus conſuetudinem iſtam & huiuſmodi prærogatiuas, cùm mutatio omnis ſit periculoſa. Quid enim non mutaturus eſt, cùm iuriſdictionem ſuam nactus erit, qui nondum ingreſſus iam incipit peruertere conſuetudinem?

6 ¶ Poſt hæc ingreſſus prouinciam, mandare iuriſdictionem legato ſuo debet: nec hoc antè facere, quàm fuerit prouinciam ingreſſus: eſt enim perquàm abſurdum, antequàm ipſe iuriſdictionem nanciſcatur (nec enim prius ei competit, quàm in eam prouinciam venerit) alij eam mandare q[illegible] am non habeat, ſed ſi & ante [a] fecerit, & ingreſſus prouinciam in eadem voluntate fuerit, credendum eſt, videri legatum habere iuriſdictionem, non exinde, ex quo mandata eſt, ſed ex quo prouinciam proconſul ingreſſus eſt.

Ad §. 6. Poſt hæc.

Ratio dubitandi. Procnnſ. ſtatim atque vrbem egreſſus eſt poteſt manumittere, & adoptare. *l. apud proconſulem* 17. *de man. vind.* ergo habet iuriſdictionem. Ratio decidendi. Habet, ſed voluntariam tantùm, non contentioſam. *l.* 2. ꝟ.

a *Sed etſi ante.* Ratio dubit. Quæ ab initio mandata inutiliter eſt iuriſdictio, non poteſt competere niſi ex integro mandetur. *l. quod initio* 29. *de reg. iur.* Ratio decid. Competit quaſi ex noua voluntate, & ex die ceſſantis impedimenti, quod prius mandatum impediebat. *arg. l. ſed etſi* 10. *ad Trebell.*

1. PAPINIANVS libro 1. Quæſtionum.

ALiquando mandare iuriſdictionem proconſul poteſt, & ſi nondum in prouinciam peruenerit: quid enim ſi neceſſariam moram in itinere patiatur, maturiſſimè autem legatus in prouinciam peruenturus ſit?

Ad l. Aliquando 5.

Ratio dubit. Non poteſt neceſſitas facere poſſibile, quod eſt impoſſibile. At impoſſibile eſt proconſulē mandare iuriſdictionem, quam non habeat. *l. obſeruare* 4. *§. vlt.* ꝟ. Ratio decidendi. Habet iuriſdictionem, antequam ingreſſus ſit prouinciam, ſed eam non exercet. *l.* 2. ꝟ. ergo ex neceſſitate poterit eam mandare.

6. VLPIANVS libro 1. de Officio Proconſulis.

SOlent etiam cuſtodiarum cognitionem mandare legatis: ſcilicet vt præauditas cuſtodias ad ſe remittant, vt innocentem ipſe liberet, ſed hoc genus mandati extraordinarium eſt: nec enim poteſt quis gladij poteſtatem ſibi datam, vel cuius alterius coërcitionis ad alium transferre: nec liberandi [b] igitur reos ius, cùm accuſari apud eum non poſſint.

Ad l. Solent 6.

Ratio dubitandi. Nemo poteſt gladij, vel alterius coërcitionis poteſtatem ſibi datā ad alium transferre. *l. nemo poteſt* 70. *de regulis iuris.* Ratio decidendi. Hoc genus mandati eſt extraordinarium, id eſt, non, niſi ex cauſa vel abſentiæ, vel qua alia permittendum. *l.* 1. *§* 1 *de offic. eius.* & tamen verbo, *ſolent*, ſignificatur, hoc mandatum ſic fieri, quaſi ordinarium errore, ſcilicet proconſulum, quomodo aliorum quoque magiſtratuum errorem notat Papin. *in d. l.* 1. *de off. eius* Dices, non mandari ius puniendi, ſed tantum audiendi cuſtodias, eaſque remittendi. Reſp. non magis hoc, quàm illud mandari poſſe iure ordinario: quia vtrumque ſpeciali iure competit, nec cuiquam datur poteſtas gladij, quin etiam detur poteſtas negotij examinandi, ſuper quo pronuntiandum habet. Vna enim eáque indiuidua cognitio eſt, quæ pronunciationem includit.

b *Nec liberandi.* Ratio dubit. Proniores ſumus ad liberandum, *l. Arrianus ait.* 47. *de oblig. & act.* ergo non eſt bona conſecutio à liberatione ad accuſationem. Ratio decidendi. Imò eſt bona, quia nemo poteſt liberari, quin fuerit accuſatus.

1 ¶ Sicut autem mandare iuriſdictionem vel non mandare, eſt in arbitrio proconſulis, ita adimere mandatam iuriſdictionem licet quidem proconſuli, non autem debet inconſulto principe hoc facere.

Ad §. 1. Sicut.

Ratio dubitandi. Sicut mandatum eſt liberum, ita & mandati reuocatio libera dum res integra ſit. *l. ſi verò* 12. *§. ſi mandauero. l. ſi mandaſſem.* 15. *mand.* Ratio decidendi. Datur proconſuli legatus a principe, non quidem vt cogatur proconſul ei mandare iuriſdictionem, ſed vt, ſi velit, poſſit: vbi autem voluit incipit legatus proprium aliquid habere. *l. legati* 1[illegible]. ꝟ. Itaque iuriſdictionem ei poſtea adimere proconſul quidem etiam poteſt, ſi velit quia in ſumma ipſius proconſulis iuriſdictio eſt. ſed non debet inconſulto principe, ne iniuriam principi magis, quàm legato facturus videatur. Nam cum proconſules illi ſint, qui prouinciis populi præſunt, quaſi conſulum & populi vicem gerentes, dabantur iis legati à principe, vt principis quoque ius aliquod in iis prouinciis eſſe appareret, nec faciè poſſet q[illegible] contra principem moliri quidpiam, vt nec conſul poſſet in vrbe, vbi eſt ipſe Cæſar. Ideò præſides prouinciarum, qui præerant prouinciis Cæſaris, nullos habebant legatos, cùm eſſent ipſi legati quodammodo Cæſaris. *l.* 1. *de off. præf.*

2 ¶ Legatos non oportet principem conſulere, ſed proconſulem ſuum: & is ad conſultationes legatorum debebit reſpondere.

Ad §. 2. Legatos.

Ratio dub. Legati creantur a Cæſare, non a proconſule; vt dixi *ad §.* 1. Ratio dec. Sunt tamen legati procōſulis, nō Cæſaris: & dantur a Cæſare, vt ab ipſo procōſule pe[illegible]eat.

3 ¶ Non verò in totum xeniis abſtinere debebit proconſul, ſed modum adiicere: neque moroſè in totum abſtineat, neque auarè modum xeniorum excedat, quam rem Diuus Seuerus, & Imperator Antoninus elegantiſſimè epiſtolâ ſunt moderati, cuius epiſtolæ verba hæc ſunt: Quantum ad xenia pertinet: audi, quid ſentimus: Vetus prouerbium eſt, οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων, *id eſt, neque omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus.* nam valde inhumanum eſt, à nemine accipere: ſed paſſim, viliſſimum eſt: & omnia, auariſſimum. ¶ Et quod mandatis continetur, *ne domum vel munus ipſe proconſul, vel qui in alio officio erit, accipiat, emátve quid, niſi victus cottidiani cauſa*, ad xeniola non pertinet, ſed ad ea, quæ edulium excedant vſum. Sed nec xenia producenda ſunt ad munerum qualitatem [a].

Ad §. 3. Non verò.

Ratio dubitandi. Poſſet peti ex multis, quæ in vtramque partem diſputari poſſent, contra magiſtratuum aut auaritiam, aut nimiæ ſeueritatis & temperantiæ oſtentationem: Ratio decidendi. Ex temperamento æquiſſimo, quod Impp. ipſi adhibuerunt, vetus prouerbium græcum ſecuti.

a *Ad munerum qualitatem.* Ratio dubit. Etiam xenia ſunt munera, ergo quod in xeniis conſtitutum eſt, ad munera quoque pertinet. Ratio decid. Omnia xenia ſunt munera, ſed nō omnia munera ſunt xenia. Xenia ſunt, quæ hoſpiti extraneo aduenienti in gratiam, & teſtificationem læti aduentus dantur. Munera ſunt omnia, quæ extra hanc cauſam donantur: ergo abſtinere à muneribus, quæ xenia non ſunt, proconſ. in totum debet: & abutuntur hoc loco, qui temperamentum in xeniis accipiendis ſeruandum protrahunt ad munera: niſi quatenus conſuetudo id comprobat, quod hodie fere paſſim obſeruatur, magiſtratibus iam omnibus factis perpetuis: quibus ideo æquum eſt, vt aliquid indulgeatur, quod priſcis illis annuis non indulgebatur, puta, vt poſſint & contrahere, & mutuam pecuniam dare, & accipere: quod olim non licebat. *l. principalibus 3. & l. ſeq. de reb. cred. l. 3. C. ſi cert. per.* excipe dona de quibus in *l. plebiſcito 18. de off. præſid.*

7. IDEM libro 2. de Officio proconſulis.

SI aliam quam [b] in celebrem ciuitatem, vel prouinciæ caput aduenerit: pati debet commendari ſibi ciuitatem, laudéſque ſuas non grauatè audire: cùm honori ſuo prouinciales id vindicent: & ferias ſecundùm mores & conſuetudinem [c], quæ retro obtinuit dare.

Ad l. Si in aliam 7.

b *Quam*, id eſt, aliquam. Ratio dubit. Inutilis videtur & nullius fructus hæc patientia, cùm non adeò fiat melius & pretioſius, quod laudatur: imò plerumque deterius. Ratio decidendi. Honori ſuo prouinciales hoc vindicant, ſoletque dici, laudatam virtutem creſcere.

c *Secundùm mores & conſuetudinem.* Cauere enim debet, quantum poteſt, ne quid per ambitionem, aut leuitatem innouare velle videatur: ſed tunc tantùm, cùm euidens Reip. vtilitas id ſuadere videbitur. dixi ad §. 5. *l. obſeruare 4. h. tit.*

1 ¶ Ædes ſacras, & opera publica circumire inſpiciendi gratia, an ſacra tecta quæ ſint, vel in aliqua refectione indigeant: & ſi qua cœpta ſunt, vt conſummentur, prout vires eius reipublicæ permittunt, curare debet: Curatoréſque operum diligentes ſolemniter præponere: miniſteria quoque militaria, ſi opus fuerit, ad curatores adiuuandos dare.

Ad §. 1. Ædes ſacras.

Ratio dubitandi. Obſeruare proconſul debet, ne prouinciam oneret ſumptibus. *l obſeruare 4. ſupr.* Ratio decidendi. Sumptus ſunt neceſſarij, qui faciendi ſunt ad refectionem ædium ſacrarum, & operum publicorum, aut ad conſummationem cœptorum, pertinétque maxime ea res ad dignitatem Reip. *l. 3. & paſſ. de pollicit.* & cùm proconſul omnium, qui in vrbe ſunt, magiſtratuum partibus fungatur. *§. 2. h. l.* debet quoque has ædilis partes implere.

2 ¶ Cùm pleniſſimam autem iuriſdictionem proconſul habeat: omnium partes, qui Romæ, vel quaſi magiſtratus, vel extra ordinem [d] ius dicunt, ad ipſum pertinent.

8. IDEM lib. 39. ad Edictum.

ET ideò maius imperium in ea Prouincia habet omnibus, poſt principem.

9. IDEM libro 1. de Officio Proconſulis.

NEc quicquam eſt in Prouincia, quod non per ipſum expediatur. Sanè ſi fiſcalis [e] pecuniaria cauſa ſit, quæ ad procuratorem principis reſpicit: melius fecerit, ſi abſtineat.

Ad §. 2. & Ad l. 8. ac in pr. 9.

d *Vel extra ordinem.* Non ſunt ergo magiſtratus, qui extra ordinem ius dicunt. Ratio dubit. Iuriſdictio nihil habet commune cum imperio mero, quod ideò merum appellatur. *l. 3. de iuriſd.* ergo quamuis proconſul habeat pleniſſimam iuriſdictionem, non ideò tamen conſequens eſt, vt habeat imperium merum. Ratio decidendi. Iuriſdictio in genere ſumpta continet, tanquam ſpecies, ſub ſe imperium merum & iuriſdictionem in ſpecie, ſicut adoptio arrogationem, & adoptionem ſpecialem, cognatio agnationem, & cognationem ſpecialem, dixi ad *l. 1. de adopt.* Proconſul ergo, cùm habeat pleniſſimam iuriſdictionem, habet etiam imperium merum: vt & præſes in prouincia Cæſaris. *l. præſes prouinciæ. 4. de off. præſid.* nec enim in eadem prouincia erant proconſul, & præſes.

e *Sanè ſi fiſcalis.* Ratio dubit. ex *§. vlt. l. ſi in aliam 7. ſ. eod.* & ex propoſitione generali, poſita in *pr. h. l. 9.* qui enim totum dicit & omnia, nihil excludit. *l. Iuliano reſpondit. 63. de leg. 3.* Ratio decidendi. Sacra res eſſe creditur pecunia principis, & de qua ſpecialem iuriſdictionem habet procurator Cæſaris: ne cui iniuriam faciat, cauere tantò magis proconſul debet, quod proconſul ipſe populi magiſtratus eſt, non Cæſaris.

1 ¶ Vbi decretum neceſſarium eſt, per libellum id expedire proconſul non poterit: omnia enim, quæcumque cauſæ cognitionem deſiderant, per libellum non poſſunt expediri.

Ad

Ad §. 1. Vbi decretum.

Ratio dubitandi. Multa poteſt proconſul facere de plano, quæ etiam cauſæ cognitionem aliquam requirunt, vt libertum non obſequentem emendare, etiam fuſtium caſtigatione: §. 3. j.

Ratio decid. Decretum non eſt, niſi vbi plena cauſæ cognitio eſt: plena autem cauſæ cognitio non tantum prætorem requirit. *l. vbicunque 105. de reg. iur.* ſed etiam tribunal *l. omnia, quæcunque. 71. eod.* Opponuntur enim iſta, fieri quid de plano, & pro tribunali. Item, fieri quid per libellum, & per decretum. *l. 1. §. abolitio ad Turpill. l. excuſare ſe 25. excuſ. tut. l. minorum. 6. C. de præd. minor.*

2 ¶ Circa aduocatos patientem eſſe proconſulem oportet, ſed cum ingenio, ne contemptibilis videatur: nec aliud diſſimulare, ſi quos cauſarum concinnatores, vel redemptores deprehendat: eóſque ſolos pati poſtulare, quibus per edictum eius poſtulare permittitur.

Ad §. 1. Circa aduocatos.

Ratio dubit. Difficile eſt cum lenitate grauitatem retinere, & dignitatem. Ratio decid. Ideò nimirum magno ingenio, & animo opus eſt, vt boni magiſtratus munus bene quis exequatur. Diſſimulare tamen multa, & conniuentibus oculis debet magiſtratus, ne nimiæ ſeueritatis inuidiam incurrat: dum ne fiat euidenter contra bonos mores, vel tribunalis dignitatem.

3 ¶ De plano autem proconſul poteſt expedire hæc: vt obſequium parentibus, & patronis, liberiſque patronorum exhiberi iubeat: comminari etiam, & terrere filium à patre oblatum, qui non, vt oportet, conuerſari dicatur. ¶ Poterit de plano ſimiliter & libertum non obſequentem emendare, aut verbis, aut fuſtium caſtigatione.

Ad §. 3. De plano.

Ratio dubitandi. Quod iſtæ cauſæ cognitionem aliquam deſiderant, ergo non poſſunt expedire de plano §. 1. *ſupr.* Ratio decidendi. Cauſæ cognitionem ſummariam requirunt, non plenam.

4 ¶ Obſeruare itaque eum oportet, vt ſit ordo aliquis poſtulationum, ſcil. vt omnium deſideria audiantur, ne fortè, dum honori poſtulantium datur, vel improbitati ceditur, mediocres deſideria ſua non proferant: qui aut omnino non adhibuerunt, aut minus frequentes, neque in aliqua dignitate poſitos aduocatos ſibi proſpexerunt.

Ad §. 4. Obſeruare.

Ratio dubitandi. Nihil videtur intereſſe, quid primo loco iudicetur, dum omnia expediantur. Ratio decidendi. Imò intereſt eſſe aliquem ordinem poſtulationum, propter rationes hic poſitas. Omnia denique ordinatè fieri debent, vt fiant bene.

5 ¶ Aduocatos quoque petentibus debebit indulgere, plerumque fœminis vel pupillis, vel aliàs debilibus, vel his, qui ſuæ mentis non ſunt, ſi quis eis petat: vel ſi nemo ſit, qui petat, vltrò eis dare debebit. ¶ Sed ſi qui per potentiam aduerſarij non inuenire ſe aduocatum dicat, æquè oportebit ei aduocatum dare. Cæterum opprimi aliquem per aduerſarij ſui potentiam non oportet: hoc enim etiam ad inuidiam eius, qui prouinciæ præeſt, ſpectat: ſi quis tam impotenter ſe gerat, vt omnes metuant aduerſus eum aduocationem ſuſcipere.

Ad §. 5. Aduocatos.

Ratio dubitandi. Poteſt quis etiam per ſeipſum deſideria ſua exponere, nec videtur neceſſarius vſus aduocatorum in Rep. bene conſtituta, quorum plerunque venalis perfidia eſt. Ratio decidendi. Imò neceſſarius eſt, dum hoc obſeruetur, vt non alij ad munus illud admittantur, quam ſi ſint probi & eruditi.

f *Opprimi aliquem.* Ratio dubitandi. Potentioribus pares eſſe non poſſumus. *l. 3. de alien. iud. mut.* Ratio decidendi. Ideo nimirum debilioribus ſubuenire magiſtratus debet, ne opprimantur: & vt fiant pares, qui alioqui eſſent impares.

g *Ad inuidiam.* Ratio dubitandi. Factum, & improbitas vnius non debet trahi ad inuidiam magiſtratus. *l. ad inuidiam. 6. C. de his quæ vi met. cauſ.* Ratio decidendi. Magiſtratus, qui patitur opprimi debiliores à potentioribus, laborat ſanè vel inopiâ ingenij & iudicij, vt non videat ea quæ omnes vident, vel animi, vt non audeat ſuam autoritatem audaciæ potentiorum ubiicere. Ad quos pertinet elegans illud ſapientis verbum. Noli iudex eſſe, ſi non vales reſiſtere iniquitati.

6 ¶ Quæ etiam omnium præſidum [h] communia ſunt: & debent, & ab his obſeruari.

Ad §. 6. Quæ etiam.

h *Omnium præſidum.* Præſidis ergo nomen generale eſt, omnes proconſules ſunt præſides, ſed non omnes præſides proconſules, *l. 1. de off. præſ.*

10. IDEM libro 10. de Officio Proconſulis.

MEminiſſe oportebit, vſque ad aduentum ſucceſſoris omnia debere proconſulem agere, cùm ſit vnus proconſulatus, & vtilitas prouinciæ exigat eſſe aliquem, per quem negotia ſua prouinciales explicent, ergo in aduentum ſucceſſoris debet ius dicere.

Ad l. 10. Meminiſſe.

Ratio dubitandi. Magiſtratus iſti erant annui, ergo poſt annum officio functus erat proconſul, nec poſt annum iuriſdictionem vllam habebat. Nam quæ ad tempus ſunt conceſſa, videntur poſt tempus prohibita. *l. Thais ancilla. 41. §. intra 12. de fideic. lib. l. ſi intra. 23. de ſtatulib. l. non diſtinguemus 34. §. ſi. & l. arbiter. 50. §. vlt. l. 50. de arbitr.* Ratio decidendi. Eſt in lege.

1 ¶ Legatum ſuum ne ante ſe de prouincia dimittat, & lege Iulia repetundarum, & reſcripto Diui Hadriani ad Calpurnium Rufum proconſulem Achaiæ admonetur.

Ad §. 1. Legatum.

Ratio dubitandi. Proconſul poteſt iuriſdictionem ſuam aut legato non mandare, aut mandatam quandocunque reuocare, ſaltem conſulto principe. *l. ſolent. 6. §. 1. ſ. eod.* quidni ergo & eum dimittere? Nam nec proprium

quidquam habet legatus, niſi mandata iuriſdictione. *l. legati.* 13. ℨ. Ratio decidendi. Legatus datur proconſuli à Cæſare, vt tamdiu ſit legatus proconſulis, quamdiu ille proconſul. Pertinet ergo ad dignitatem, non ſolùm legati, ſed etiam Cæſaris, ne proconſul ante ſe illum de prouincia dimittat.

11. VENVLEIVS Saturninus libro 2. de Officio Proconſulis.

SI quid erit, quod maiorem animaduerſionem exigat: reiicere legatus apud proconſulem debet: neque enim animaduertendi, coërcendi, vel atrociter verberandi ius habet.

Ad l. Si quid erit 11.

Ratio dubitandi. Proconſulis iuriſdictio pleniſſima eſt. *l. ſi in alienam.* 7. *§. vltim. ſupr.* & merum quoque imperium continet, *l. & ideo.* 8. *ſupr.* Atqui poteſt ea mandari legato. *l. ſolent.* 6. *§.* 1. *adeóque debet. l.* 4. *§. vlt. & l.* 5. ℨ. *eo.* ergo merum quoque imperium legatus habet, cùm ei mandata eſt iuriſdictio, ac proinde ius animaduertendi coërcendi, & atrociter verberandi. *l.* 3. *de iuriſd.* Ratio decidendi. More maiorum transferri quidem iuriſdictio poteſt, ſed imperium, quod eſt merum, tranſire non poteſt. *l.* 1. *§.* 1. *de off. eius.*

12. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

LEgatus mandata ſibi iuriſdictione, iudicis dandi ius habet.

Ad l. Legatus 12.

Ratio dubit. A iudice iudex delegatus iudicis dandi ius non habet cùm ipſe iudiciario munere fungatur, niſi à principe iudex datus ſit. *l. à iudice.* 5. *C. de iudic.* Atqui legatus iuriſdictionem habet à proconſule, non à principe. Ratio decidendi. Aliud eſt delegari quem iudicem, aliud mandatam habere iuriſdictionem. Nam qui mandatam iuriſdictionem habet, iudicem dare poteſt. *l. cùm prætor.* 12. *§.* 1. *de iud.* cùm in eum tranſeant omnia, quæ ſunt iuriſdictionis. *l.* 1. *§.* 1. *de off. eius.* Inter quæ eſt iudicis dandi licentia. *l.* 1. & 3. *de iuriſd.* non etiam mandare alij iuriſdictionem. *l. more maiorum.* 5. *eod.*

13. POMPONIVS lib. 10. ad Quintum Mucium.

LEgati proconſulis nihil proprium habent, niſi à proconſule eis mandata fuerit iuriſdictio.

Ad l. Legati 13.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit, nihil proprium habet, ſed eius qui mandauit iuriſdictione vtitur. *l.* 1. *§.* 1. *de off. eius. l. ſolet. prætor.* 16. *de iuriſd.* Ergo nihil proprium habere legatus poteſt, ne quidem mandata iuriſdictione. Ratio decidendi. Plus iuris habet legatus proconſulis quàm cæteri, quibus mandatur iuriſdictio: quia non eligitur à proconſule, ſed ei datur à Cæſare: & iuriſdictionem ei mandare proconſul debet. *l.* 4. *§. vlt.* ℨ. *quamuis poſſit non velle. l. ſolent.* 6. *§.* 1. ℨ. *eo.* Mandatum verò reuocare inconſulto principe poteſt quidem, ſed non debet. *dict. §.* 1. Ideo mortuo proconſule poſt mandatam legato iuriſdictionem, non putarem finiri mandatum, *arg. l. huius.* quamuis in cæteris mandatariis iuriſdictionis, aliud ſit. *l. & quia.* 6. *de iuriſd.*

14. VLPIANVS libro 20. ad legem Iuliam & Papiam.

PRoconſules non ampliùs quàm ſex faſcibus vtuntur.

Ad l. Proconſules 14.

Ratio dubitandi. Proconſules vicem conſulum, & omnium magiſtratuum vrbanorum gerunt. *l. ſi in aliam.* 7. *§. fi. & ll. ſequentib. ſupr. eo.* quidni ergo habebunt XII. faſces, ſicut ambo conſules ſimul? Ratio decidendi. Singuli conſules non niſi ſex faſces habent, ne regiam maieſtatem, quæ XII. faſcibus contenta erat, affectare aut imitari videantur. Non ergo plures, quam ſex faſces habere proconſul debet, qui vice tantùm conſulis eſt, licèt tantam poteſtatem ſolus habet in prouincia, quantam ambo conſules in vrbe.

15. LVCINIVS libro 3. Regularum.

ET legati proconſulum tutores dare poſſunt.

Ad l. Et legati 15.

Ratio dubitandi. Tutoris datio neque imperij eſt, neque iuriſdictionis. *l. muto.* 6. *§. tutoris de tutel.* ergo non tranſit mandata iuriſdictione. Ratio decid. Tutorem dare poſſunt omnes, quibus lex, vel conſtitutio aliqua, vel ſenatuſconſultum ſpecialiter eam poteſtatem dedit. *d. §. tutoris.* In eo autem numero eſt legatus proconſulis. *l.* 1. *§.* 1. *de tut. dat.* ergo tutorem dare poteſt, tanquam legatus, etiamſi non ſit ei mandata iuriſdictio.

16. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

PRoconſul portam Romæ ingreſſus, deponit imperium.

Ad l. Proconſul. 16.

Ratio dubitandi. Intra centeſimum ab vrbe lapidem & milliarium vrbs eſſe videtur. *l.* 1. *§. initio de off. præf. vrb.* ergo antequam proconſul portam vrbis ingrediatur deponit imperium, quod ſcilicet habere nullum poteſt, vbi magiſtratus vrbani habent. Ratio decidendi. Retinet imperium, & inſignia imperij, & dignitatis, ſed non poteſtatem exercendæ iuriſdictionis, quam ſcilicet amittit ſtatim atque prouinciæ ſuæ fines exceſſit. Imo ſtatim atque ſucceſſorem nactus eſt. *l.* 1. *lege meminiſſe.* 10. ℨ. *eod.* Retinet tamen iuriſdictionem voluntariam & extra prouinciam, & quouſque portam Romæ ingreſſus ſit.

DE OFFICIO PRÆFECTI AVGVSTALIS.

TITVLVS XVII.

VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

PRæfectus Ægypti non priùs deponit præfecturam & imperium, quod ad ſimilitudinem proconſulis, lege ſub Auguſto ei datum eſt, quàm Alexandriam ingreſſus ſit ſucceſſor eius, licèt in prouinciam venerit, & ita mandatis eius continetur.

Ad

Ad Tit. 17. De off. Præf. Auguſtalis.

Ad l. vn.

Ratio dubitandi. Præfectus Ægypti habet imperium ad ſimilitudinem proconſulis, vt ait *h. l.* Atqui proconſul deponit proconſulatum ſtatim, atque ſucceſſor in prouinciam venit. *l. meminiſſe. 10. de offic. proconſ.* Ratio decidendi. Habet præfectus Auguſtalis hoc priuilegium, vt & alia multa, de quibus in *l. 1. de tut. dat. l. apud præfectum. 21. de mand. vind. l. 1. Cod. de poſtul.* videtur tamen hoc priuilegium non tam præfecto Alexandriæ, aut Ægypti, quàm ipſi ciuitati Alexandriæ datum eſſe, ne maneret tam ampla ciuitas ſine adminiſtratore: præſertim illis temporibus, quibus primùm redacta erat in populi Romani poteſtatem.

DE OFFICIO PRÆSIDIS.

TITVLVS XVIII.

MACER libro 1. de Officio Præſidis.

PRæſidis nomen generale eſt: eóque & proconſules, & legati Cæſaris [a], & omnes prouincias regentes, licèt ſenatores ſint, præſides appellantur. proconſulis appellatio ſpecialis eſt.

Ad Tit. 18. de Off. Præſidis.

Ad l. 1.

Ratio dubitandi. Si proconſules quoque præſides appellantur, & ſunt: cur ergo habent diuerſa nomina? *l. cum quidem. 7. C. de cond. inſert. l. à nullo. 4. C. de fer.* Ratio decid. Se habent inuicem nomina iſta, tanquam genus & ſpecies. Præſidis nomen generale eſt, proconſulis ſpeciale: ergo quod dicitur de præſidibus, tanquam de genere, dici etiam poterit de proconſule, tanquam de ſpecie: ſed non contrà, dixi ad *§. 6. lege nec quidquam. 9. de off. proconſ.* Itaque, non ſicuti proconſul habet legatum, ita vt poſſis dicere, præſidem ſpecialiter ſumptum pro legato Cæſaris, habere alium ſub ſe legatum. Rationem attuli ad *§. 1. l. ſolent. 6. de offic. proconſ.*

a *Legati Cæſaris*, qui ſpeciali nomine præſides appellantur, quia in Cæſaris prouincias mittebantur: diuiſis ſcilicet omnibus imperij prouinciis, tanquam ex æquo iure, inter principem, & populum.

2. VLPIANVS libro 26. ad Sabinum.

PRæſes apud ſe adoptare poteſt, quemadmodum & emancipare filium, & manumittere ſeruum poteſt.

Ad l. 2. Præſes apud ſe.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 3. & 4. de adopt. iung. l. an apud ſe 5. de mand. vind.*

3. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

PRæſes prouinciæ in ſuæ prouinciæ homines [b] tantùm imperium habet: & hoc, dum in prouincia eſt: nam ſi exceſſerit, priuatus eſt. Habet interdum imperium & aduerſus extraneos homines, ſi quid manu [c] commiſerint. nam & in mandatis principum eſt, vt curet is qui prouinciæ præeſt, malis hominibus prouinciam purgare: nec diſtinguitur, vnde ſint.

Ad l. 3. Præſes prouinciæ.

b *In ſuæ prouinciæ homines.* intellige ſiue origine, ſiue domicilio. Ratio dubitandi. Non adhibetur talis diſtinctio in proconſule: poteſt enim ille cognoſcere inter omnes, etiam qui ſint ex aliena prouincia, dummodo reperiat eos in ſua. *l. nec quidquam. 9. de off. proconſ.* & habet iuriſdictionem voluntariam, ſtatim atque vrbem eſt egreſſus *l. 2. eod.* nec deponit imperium antequam vrbem ingreſſus ſit. *l. vlt. eod.* Ratio decidendi. Voluerunt Cæſares, ne affectare tyrannidem viderentur, vt plus iuris haberet proconſul, tanquam populi magiſtratus: ea tamen lege, vt proconſul legatum acciperet à Cæſare.

c *Si quid manu.* mallem legere *mali*: poſſunt enim mala committi non manu, & ſtatim ſequitur *malis hominibus*, nec diſtinguitur cur mali ſint, non magis quàm vnde ſint.

4. VLPIANVS libro 39. ad Edictum.

PRæſes prouinciæ maius imperium in ea prouincia habet omnibus poſt principem.

Ad l. Præſes prouinciæ 4.

Ratio dubit. Nullum habet imperium in alterius prouinciæ homines, qui ſunt in ſua prouincia, niſi ſi quid mali admiſerint. *l. 3. ſupr.* Ratio decid. Non eo minus verum eſt, præſidem habere maius imperium omnibus in ea prouincia, quia non ideo fit, vt alius magiſtratus poſſit in ea ius dicere. Habet enim præſes ſolus iuriſdictionem, & priuatiuè, vt loquuntur, philoſophi: non cumulatiuè. *l. ex omnibus. 10. & ſeqq. ſ. eod.*

5. IDEM libro 1. de omnibus Trebellianibus.

PRæſes prouinciæ non magis tutorem, quàm ſpecialem iudicem, ipſe ſe dare poteſt.

Ad l. Præſes prouinciæ 5.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. vlt. de off. prætor.*

6. IDEM libro 1. Opinionum.

ILlicitas exactiones, & violentia factas, & extortas metu venditionis, & cautiones, vel ſine pretij numeratione prohibeat præſes prouinciæ. Item ne quis iniquum lucrum [d], aut damnum ſentiat, præſes prouinciæ prouideat.

Ad l. Illicitas 6.

Ratio dubitandi. Nunquam, quod vi, vel metu factum eſt ratum haberi debet. *l. 2. §. 1. quod met. cauſ.* Fruſtra ergo præſes prohibeat, quod iam ipſo iure prohibitum eſt. *l. imperatores. 30. de reb. aut. iud. poſſid.* Ratio decidendi. Reſcinditur edicto prætoris, quidquid vi vel metu geſtum eſt: ſed melius eſt huiuſmodi contractus prohibere vt non valeant ipſo iure, tanquam facti contra leges. *l. non dubium. 5. Cod. de ll.* quod tandem generaliter conſtitutum fuit ab Impp. *in l. vlt. C. de his quæ vi met. cauſ.* Melius enim eſt intacta partium iura ſeruare, quàm poſt vulneratam cauſam remedia quærere. *l. vltim. Cod in quibus cauſ. reſt. non eſt neceſſ.*

d *Iniquum lucrum*, id eſt ex damno alieno *l. nam hoc natura. 14. de condict. indebit. l. iure natura. 206. de regul. iur.*

c *Prouident:* vel præcauendo, vel in integrum reſtituendo. *l. vlt. §. ſi iuſto metu. quod met. cauſ.*

1 ¶ Veritas rerum erroribus [f] geſtarum non vitiatur, & ideo præſes prouinciæ id ſequatur, quod conuenit eum ex fide eorum quæ probabuntur.

Ad §. 1. Veritas.

f *Erroribus geſtorum.* Sic lego, non *Geſtarum.* Geſta voco, quæ paſſim acta. *l. 1. C. de edend. l. minorum. 6. C. de prad. min.* Ratio dubit. Quia veritas non melius probari poteſt, quam ex actis iudicialibus, quorum fides teſtium vicem ſupplet, *l. omnium 19. C. de teſtam. l. in donationibus. 31. C. de donat.* Ratio decidendi, fauor veritatis facit vt ei ſemper locus ſupereſſe debeat. *l. 1. & tot. tit. C. plus val. quod ag. l. Imperatores. 29. de probat.* error enim conſenſu caret. *l. Si per errorem. 15. de iuriſd.* Denique præſumptio quidem eſt pro inſtrumento, ad transferendum onus probandi in eum qui allegat errorem, ſed probato errore præſumptio cedit veritati.

2 ¶ Ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiant, néve defenſores eorum calumnioſis criminibus inſectentur innocentes, ad religionem præſidis prouinciæ pertinet.

Ad §. 2. Ne potentiores.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *h. nec quidquam. 9. §. 5. in verb. opprimi aliquem. & de off. proconſ.* & ſanè non parua culpa magiſtratus eſt, qui non prohibet crimina, quæ prohibere poteſt. *l. 3. de noxal. act. l. ſcientiam. 45. ad leg. Aquil. l. fluminum. 24. §. quanquam. de dam. infect.*

3 ¶ Illicita miniſteria ſub prætextu adiuuantium militares viros ad concutiendos homines procedentia prohibere, & deprehenſa coërcere præſes prouinciæ curet, & ſub ſpecie tributorum illicitas exactiones fieri prohibeat.

Ad §. 3. Illicita miniſteria.

Ratio dubit. Non facilè poteſt dignoſci cuiuſquam animus malus in facto, quod boni ſpeciem præ ſe ferat. Ratio decid. Colligi tamen poteſt ex factis ipſis, probarique in iudiciis. *l. quid ſit. 17. §. 1. de ædil. edict. l. non omnes. 5. §. à barbaris de re milit. l. dolum ex. 6. C. de dolo.* Nullum porrò grauius malum eſt, quàm quod ſub boni ſpecie deliteſcit, Simulata pietas duplex eſt impietas. *l. 1. §. 34. ad SC. Silan.*

4 ¶ Neque licita negociatione aliquos prohiberi [a], neque prohibita exerceri [b], neque innocentibus [c] pœnas irrogari, ad ſolicitudinem ſuam præſes prouinciæ reuocet.

Ad §. 4. Neque licita.

a *Prohiberi.* Intereſt enim Reip. ampliari modis omnibus libertatem commerciorum, non conſtringi.

b *Prohibita exerceri.* Sicut enim lex imperfecta eſt, quæ quod fieri prohibet, ſi tamen factum ſit, non reſcindit: vt dixi ad *l. 6. de ll.* ita & non ſatis bonus magiſtratus, qui, quod fieri prohibuit, impunè patitur.

c *Neque innocentibus.* Eſt enim melius nocentem dimittere, quàm innocentem damnare. *l. abſentem. 5. de pœn.*

5 ¶ Ne tenuis vitæ homines ſub prætextu aduentus officiorum, vel militum, lumine vnico vel breui ſupellectili ad aliorum vſus tranſlatis, iniuriis vexentur, præſes prouinciæ prouidebit.

Ad §. 5. Ne tenuis.

Ratio dubitandi. Neceſſitas publica præferenda eſt commodis priuatorum. Ratio decidendi. Intereſt etiam Reip. non vexari iniuriis tenuiores homines. Iniuria autem nec leuis eſt, ſi quis domuncula ſua expellatur. *l. pleraque. 18. de in ius voc.*

6 ¶ Ne quid ſub nomine militum, quod ad vtilitates eorum in communè non pertinet à quibuſdam propria commoda inique vindicantibus committatur, præſes prouinciæ prouideat.

Ad §. 6. Ne quid ſub.

Ratio dubit. Militum fauor maximè ad fauorem reip. pertinet, quæ per eos potiſſimùm conſeruatur. Ratio dec. In his ſcilicet, quæ ad vtilitatem militum in commune pertinent. Non item, ſi ſub nomine militum propria commoda iniquè vindicare quis velit.

7 ¶ Sicuti medico imputari euentus mortalitatis non debet: ita quod imperitiam commiſit, imputari ei debet. prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium eſſe non debet.

Ad §. 7. Sicuti.

Ratio dubitandi & decidendi, vtraque in textu eſt. Imperitia in arte pro culpa eſt. *l. ſi quis domum. 9. §. Celſus locat.*

8 ¶ Qui vniuerſas prouincias regunt, ius gladij habent: & in metallum dandi poteſtas eis permiſſa eſt.

Ad §. 8. Qui vniuerſas.

Ratio dubitandi. Non debet gaudere maioribus, qui non gaudet minoribus *l. cui pacto. 5. in fi. de ſer. export.* Atqui præſides non habent Ius deportandi inconſulto principe. *l. 2. §. 1. de pœn.* ergo non habent ius gladij. Ratio decidendi. Ius deportandi non habent niſi quibus id ſpecialiter datum eſt. *l. inter pœnas. 6. §. 1. de inter. & releg.* Adeò viſa eſt grauior iactura ciuitatis, quàm libertatis, aut vitæ: & digna, quæ ab vnius hominis arbitrio non facilè penderet.

9 ¶ Præſes

9 ¶ Præſes prouinciæ, ſi multam, quam irrogauit, ex præſentibus facultatibus eorum, quibus eam dixit, r. digi non poſſe deprehenderit: neceſſitatem ſolutionis moderetur, reprehenſa exactorum illicita auaritia. ¶ Remiſſa propter inopiam multa, à prouincias regentibus exigi non debet.

Ad §. 9. Præſes prouinciæ.

Ratio dubitandi. Vetus verbum eſt, qui non habet in ære luat in corpore. *l. ſi quis id. 7. §. 3. de iuriſd. l. 1. §. vlt. de pœn. l. vlt. de in ius voc. l. ſi quis iniuriam. 35. de iniur.* Ratio decidendi. Non ſemper eam pœnæ commutationem fieri æquum eſt, ſed in pœnis pecuniariis ſtatuendis facultatum præſentium rationem præcipuè haberi par eſt.
d *Neceſſitatem ſolutionis*, malo legere, *nec-ſſitatem*: dato ſcilicet ei, qui condemnatus eſt, longiore tempore.
e *Remiſſa multa.* Ratio dubitandi. Pœna ſemel in condemnationem deducta remitti poſtea non poteſt: cùm iudex poſt dictam ſententiam officio functus ſit. *l. iudex, poſtquam. 55. de re iud.* Ratio decidendi. In iudicibus datis id obtinet, non in ius dicentibus, & magiſtratibus ſupremam poteſtatem habentibus: ſi ſuperueniant probationes inopiæ, quæ condemnationis tempore vel nulla, vel minor eſſe credebatur.
f *Non debet.* Ratio dubitandi. Hæc pœnæ remiſſio propter inopiam facta, videtur eſſe temporalis, quouſque creuerint facultates. *l. cura extruendi. 4. §. 1. de mun. & honor. l. ab his oneribus. 10. §. auctus. de vacat. & excuſ.* ergo non abſolutè vetum eſt, exigi eam non debere. Ratio decidendi. Pœnæ remiſſio fauorabilis eſt, & ideò perpetua: ſicut & pœnæ ſolutio. Nam nec pœnæ dePENSæ vnquam repeti poſſunt. *l. pœna non ſolent. 42. de cond. indeb. l. quod à quoque. 46. de reg. iur.*

7. IDEM libro 3. Opinionum.

PRæſes prouinciæ, inſpectis ædificiis, dominos eorum, cauſa cognita, reficere ea compellat: & aduerſus detrectantem, competenti remedio, deformitati auxilium ferat.

Ad l. Præſes prouincia 7.

Ratio dubitandi. Iniquum eſt non eſſe liberam homini ingenuo rerum ſuarum adminiſtrationem *l. 2. ſi à par. quis man. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Ratio decidendi. Pertinet ad Reipub. vtilitatem, vt ædificia reficiantur, ne ruinis vrbs deformetur. *l. ad curatoris. 46. de dam. inf. l. 2. & ſingularum 8. Cod. de ædif. priuat. l. vlt. C. de iur. Reip. l. vlt. ne quid in lo. publ. l. prætor ait. 20. §. 10. de oper. nou. nun.* Hinc priuilegium eius, qui credit ad reficiendam domum. *l. interdum 5. qui pot. in pign.* & donationis inter virum & vxorem. *l. quod ſi vir. 14. de donat. inter vir. & vxorem.*

8. IVLIANVS libro 1. Digeſtorum.

SÆpe audiui Cæſarem noſtrum dicentem, hac reſcriptione: *Eum, qui prouinciæ præeſt, adire potes*, non imponi neceſſitatem proconſuli, vel legato eius, vel præſidi prouinciæ, ſuſcipiendæ cognitionis: ſed eum æſtimare debere, ipſe cognoſcere, an iudicem dare debeat.

9. CALLISTRATVS libro 1. de Cognitionibus.

GEneraliter, quotiens princeps ad præſides prouinciarũ remittit negotia per reſcriptiones, veluti *eum, prouinciæ præeſt, adire poteris*: vel cum hac adiectione, *is æſtimabit, quid ſit partium ſuarum*: non imponitur neceſſitas proconſuli, vel legato ſuſcipiendæ cognitionis, quamuis non ſit adiectum; *is æſtimabit, quid ſit partium ſuarum*: ſed is æſtimare debet, vtrum ipſe cognoſcat, an iudicem dare debeat.

Ad l. Sæpe audiui 8. & Ad l. Generaliter 9.

Ratio dubit. Videtur iis verbis data cognitio præſidi: ergo iniuncta neceſſitas cognoſcendi. Ratio decid. Alienum credebatur a dignitate maiorum magiſtratuum, vt per ſeipſos ipſi cognoſcerent, niſi in quibuſdam cauſis vſque ad *l. 1. Cod. de ped. iud.* Imo & iudex a principe datus alium iudicem dare poteſt, niſi prohibeatur. *l. à iudice 5. C. de iudic.* Non tamen poteſt hic præſes recuſare, quo minus ipſe cognoſcat aut per ſe, aut per iudicem: cùm alioqui non poſſet, fortè in extraneum. *l. 3. ſupr.* Itaque ſunt ridiculi, qui hinc probant verbum. Poteſt, non eſſe obligatorium ex parte illius, in quem profertur.

10. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

EX omnibus cauſis, de quibus, vel præfectus vrbi, vel præfectus prætorio, itémque conſules, & prætores, cæteríque Romæ cognoſcunt, correctorum, & præſidum prouinciarum eſt notio.

11. MARCIANVS libro 3. Inſtitutionum.

OMnia enim prouincialia g deſideria, quæ Romæ varios iudices habent, ad officium præſidum pertinent.

12. PROCVLVS lib. 4. Epiſtolarum.

SEd licet is, qui prouinciæ præeſt, omnium Romæ magiſtratuum vice & officio fungi debeat: non tamen ſpectandum eſt, quid Romæ factum h eſt. quàm quid fieri debeat.

Ad l. 10. 11. & 12.

Ratio dubitandi. Præfectus vrbi poteſt deportare, non tamen præſes. *l. 2. §. 1. de pœn. l. inter pœnas. 6. §. 1. de interd. & releg.* Ratio decidendi. Imò poteſt, ſed non niſi conſulto principe. *l. ſi quis filio. 6. §. eius qui 7. de iniuſt. rupt. l. 1. §. deportatos. 1. de leg. 3.* ob rationem quam attuli ad §. 8. *l. illicitas. 6. h. tit.*
g *Prouincialia.* mallem *prouincialium.*
h *Quid Romæ factum*, non iure ſupple, ſed contra ius. Nam ius, quo Roma vtitur, ſpectandum eſt. *l. de quibus 32. de ll.* id eſt, quod Romæ fit iure, ac proinde longa etiam conſuetudine. Nam illa quoque ius eſt, niſi ſit contra leges. *l. 2. C. quæ ſit long. conſuetud. l. nemo iudex. 13. in fin. C. de ſent. & interlocut.*

13. VLPIANVS libro 7. de Officio Proconſulis.

COngruit bono, & graui præſidi curare, vt pacata atque quieta prouincia ſit, quam regit, quod non difficile obtinebit, ſi ſollicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eóſque conquirat: nam

nam & ſacrilegos,lattones,plagiarios,fures conquirere debet,& provt quiſque deliquetit,in eum animaduertere,receptoréſque eorum coercere, ſine quibus latro diutiùs latere non poteſt.

Ad l. Congruit 13.

Ratio dubit. Non debet idem eſſe iudex & accuſator, *l. diuus* 6.*§.ſic & D.Pius.de cuſt.& exhi.reor. l.reſcripto* 6. *§.ſi quis accuſatorē.de mun.& honor.* Ratio decidendi. Aliud eſt accuſare, aliud iubere requiri eos, qui iam vel fama ipſa infames ſunt: nec vnquam deeſt accuſator, cùm ad principis procuratores & aduocatos hoc maximè pertineat,vt ſint publici accuſatores.

1 ¶ Furioſis,ſi non poſſint per neceſſarios contineri,eo remedio per præſidem obuiam eundum eſt, ſcilicet,vt carcere contineantur,& ita Diuus Pius reſcripſit. ¶ Sanè excutiendum Diui fratres putauerunt in perſona eius,qui patricidium admiſerat,vtrùm ſimulato furore facinus admiſiſſet,an verò re vera compos mentis non eſſet: vt ſi ſimulaſſet, plecteretur: ſi fureret, in carcere contineretur.

Ad §.1. Furioſis.

Ratio dubitandi. Carceribus coërcentur delinquentes *l.1.& tot.tit.de cuſt.& exhib.reor.* At furioſi non poſſunt derelinquere, cum careant ſenſu, & affectu delinquendi. *l. 3. 6. 2. de iniur.* Ratio decidendi. Carcer hic ad cuſtodiam tantum eſt, non etiam ad pœnam. *l. aut damnum.8.§ ſolent.de pœn. l.ſi quis filio 6. §.eius 7.de iniuſt.rupt.l.ſ.q.h.tit.*

14. MARCELLVS libro 1. de Iudiciis Publicis.

Diuus Marcus & Commodus Scapulæ Tertyllo reſcripſerunt in hæc verba:Si tibi liquido compertum eſt, Ælium Priſcum,in eo furore eſſe,vt continua [a] mentis alienatione omni intellectu careat: nec ſubeſt vlla ſuſpicio [b],matrem ab eo ſimulatione dementiæ occiſam,potes de modo pœnæ eius diſſimulare,cùm ſatis furore ipſo puniatur [c],& tamen diligentiùs cuſtodiendus erit,ac,ſi putabis, etiam vinculo coërcendus,quoniam [d] tam ad pœnam,quàm ad tutelam eius,& ſecuritatem proximorum pertinebit. Si verò,vt plerùmque adſolet, interuallis quibuſdam ſenſu ſaniore,non forrè [e] eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo eius danda eſt venia, diligenter explorabis,& ſi quid tale compereris, conſules nos vt æſtimemus, an per immanitatem facinoris,ſi cùm poſſet videri ſentire, commiſerit, ſupplicio adficiendus ſit. Cum autem ex litteris tuis cognouerimus, tali eum loco atque ordine eſſe, vt à ſuis, vel etiam in propria villa cuſtodiatur: rectè facturus nobis videris: ſi eos, à quibus illo tempore obſeruatus eſſet,vocaueris,& cauſam tantæ negligentiæ excuſſeris,& in vnumquemque eorum, provt tibi leuari, vel onerari culpa eius videbitur, conſtitueris: nam cuſtodes furioſis non adhoc ſolùm adhibentur, ne quid pernicioſius ipſi in ſe moliantur, ſed ne aliis quoque exitio ſint. quod ſi committatur,non immeritò culpæ eorum adſcribendum eſt qui negligentiores in officio fuerint.

Ad l. Diuus Marcus 14.

Ratio dubitandi,& decidendi,eadem quæ ad *l.præced.*

a *Continua.* Quid enim,ſi habeat dilucida interualla.*l.cum aliis quidem 6.C.de cur.fur.*

b *Suſpicio.* Eſt enim in dubio præſumendum pro filio, quod nunquam niſi plane inſanus, & furioſus matrem occiſurus fuerit. Vnde nec vllam in parricidas pœnam Solon ſtatuendam putauit.

c *Puniatur.* Hoc enim eſt, quod dici ſolet, afflicto non eſſe dandam afflictionem.*l.iure ſuccurſum 6.de iur.dot.*

d *Quoniam.* Legendum eſt *quod non*, & in ſeq. illis *non fortè*,legendum eſt: *num*,id eſt, vtrum,vt ſequentia oſtendunt.

e *Eos à quibus.* Ratio dubitandi. Alieni delicti pœnam nemo pati debet. Ratio decidendi. Imò debet is qui delictum prohibere potuit, & debuit; nec prohibuit. Propriam enim culpam, propriumque delictum committit. *l.culpa caret 50. & l.nullum crimen 109. de reg.iur. l.3. C de off.præf.præt.orient.*

15. MARCIANVS libro 1.de Iudiciis Publicis.

Illud obſeruandum eſt, ne qui prouinciam regit, fines eius excedat, niſi voti ſoluendi cauſa: dum tamen abnoctare ei non liceat.

Ad l. Illud 15.

Ratio dubitandi. Videtur ita conſtringi libertas præſidis.*l.Titio centum 71. §.1.de cond.& demonſtr.* Ratio decidendi. Non libertatis conſtringendæ cauſa hoc fit, ſed ne prouincia deſeratur, & adminiſtratore deſtituatur. Denique eſt hoc onus dignitatis, quam tanti æſtimare videtur quiſquis dignitatem illam ambit.

16. MACER libro 1.de Officio Præſidis.

Senatuſconſulto cauetur,vt de his, quæ prouincias regentes,comites,aut libertini,eorū, antequam in prouinciam venerint,cōtraxerunt, parciſſimè [f] ius dicatur: ita vt actiones,quæ ob eam cauſam inſtitutæ non eſſent, poſtea quàm quis eorum ea prouincia exceſſerit, reſtituantur [g]. Si quid tamen inuito accidit,veluti ſi iniuriam, aut furtum paſſus eſt hactenus ei ius dicendum eſt, vt litem conteſtetur [h], réſque ablata exhibeatur, & deponatur [i], aut ſiſti, exhibetive ſatiſdato promittatur.

Ad l. Senatuſconſulto 16

Ratio dubitandi. Neminidebet officium ſuum publicum eſſe damnoſum. *l.& ſine 27. ex quibus cauſ.maio.* & iuris executio non habet iniuriam. *l.iniuriarū 13. §.1. de iniur.* Nec rurſus debet moſa fieri volentibus perſequi ius ſuum, ſed eſſe in poteſtate cuiuſque agere quando velit. *l.purè mihi* [illegible] *§.ult. de dol.except. l. ult. C. vt nem. inuit.* Ratio decidendi. Hoc ita conſtitutum eſt ne dignitas magiſtratuum ad inuidiam trahatur. *l. pars literarum 48. de iudic.l.qui iuriſdictioni 10. de iuriſd.*

f *Parciſſimè.* Aliquando enim ieiunum eſt. *l.ſi quis fortè.6. §.pen.de pen.*

g *Reſtituantur.* Ratio dubitandi. Actio ſemel exſtincta non reuiuiſcit. *l.qui res ſuas 98. §.ai eam. de ſolut. l.onerstur 14.§.pen de adil.edit.* Ratio decidendi. Semper ſubueniendum eſt ei, qui ſine vllo ſuo facto & culpa actionem amiſit. multò magis ſi amiſerit ob factum vel perſonam aduerſatii, *tot.titul.de cap.minut. & ex quib. cauſ. maior*

Non

Non eo minus tamen currit tempus ei, qui non potuit agere. (Alioqui nulla opus eſſet reſtitutione) niſi cùm tempus actionis vtile eſt, at in *leg. cùm ſex. 55. de ædil. edict.* aut cum aliter expreſſim conſtitutum eſt, vt in *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. 1. §. vlt. C. de bon. mater. l. in rebus dotalibus 30. de iur. dot.*

h *Vt litem conteſtetur.* Ratio dubitandi. Litem conteſtari nemo cogitur, niſi qui poſſet eo tempore condemnari. Nam & ob eam cauſam ſolemus ſpectare tempus litis conteſtatæ, quia quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet *l. 2. de vſur.* Ratio decidendi. Litis conteſtatio neceſſaria interdum eſt, vt perpetuetur actio & ad heredem aut in heredem tranſmittatur. *l. aliam 19. de nouat. l. vn. C. ex delict. defunct.*

i *Deponatur.* Nimirum vt res ſit in tuto, fruſtra enim poſtea ageretur ad habendam rem, quæ haberi non poſſet: & domini intereſt ne cogatur rem ſuam vendere etiam iniuſto pretio. *l. nec quaſi 70. de rei vind. l. non enim 9. rer. amot. l. 7. §. vlt. qui ſatiſd. cog.* Ratio dubit. Erat ex *l. 1. C. de ſeq. pec.* non eſſe incipiendum à ſequeſtratione.

17. CELSVS libro 3. Digeſtorum.

SI fortè præſes prouinciæ manumiſerit, vel tutorem dederit, priuſquam cognouerit ſucceſſorem aduenisse: erunt hæc rata.

Ad l. Si fortè 17.

Ratio dubitandi. Nulla maior nullitas eſt quàm defectus poteſtatis in agente *l. 3. de off. proconſ. l. vltim. de iuriſd. l. ſi quis filio 6. §. antep. de iniuſt. rupt.* eámque nullitatem nullitatum vocant pragmatici. At poteſtas præſidis non durat, niſi ad euentum vſque ſucceſſoris. *l. meminiſſe 10. de off. proconſ.* Ratio decidendi. Facti aliena ignorantia ſemper probabilis eſt. *l. vlt.* pro ſuo præterea iuncta publica vtilitate, ne decipiantur qui apud eum lege egerunt. *l. Barbarius 3. de off. prætor.* Ideo debet ſucceſſor deceſſorem ſuum de aduentus die certiorem facere. *l. 4. §. 4. de off. proc.*

18. MODESTINVS libro 5. Regularum.

PLebiſcito continetur, vt ne quis præſidum, munus donum caperet: niſi eſculentum, potulentúmve, quod intra dies proximos prodigatur.

Ad l. Plebiſcito 18.

Ratio dubitandi. Nulla alia re melius, quàm abſtinentia munerum innocentia conſeruatur. *l. ſolent. 6. §. fin. de off. proc.* Ratio decidendi. Eſculentum poculentúmve, quod intra dies proximos prodigatur, leuius quiddam eſt, quàm vt boni iudicis integritatem corrumpere poſſe exiſtimetur. Eſſet tamen laudabilius, & aduerſus omnes calumniæ occaſiones tutius, hæc etiam diſtinctè prohiberi, in eorúmque locum maiore à principibus honorario magiſtratum donari.

19. CALLISTRATVS libro 1. de Cognitionibus.

OBſeruandum eſt ius reddenti, vt in adeundo quidem facilem ſe præbeat: ſed contemni non patiatur, vnde mandatis adiicitur, ne præſides prouinciarum in vlteriorem familiaritatem prouinciales admittant: nam ex conuerſatione æquali contemptio dignitatis naſcitur.

Ad l. Obſeruandum 19.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. nec quidquam 9. §. 2. de off. proc.* Nihil tam conueniens eſt bono magiſtratui, quam vt facilem ſui copiam præbeat in omnibus audiendis omnium, præſertim tenuiorum deſideriis. *d. l. nec quidquam 9. §. 4.* Nihil tam neceſſarium, quam vt dignitatem ſuam tueatur. Difficile enim eſt, vt cuius perſona deſpicitur, eius perſona ſuſpiciatur: nihil denique tam arduum, quam vt facilitas cum dignitate retineatur.

1 ¶ Sed & in cognoſcendo, neque excandeſcere aduerſus eos, quos malos putat, neque precibus calamitoſorum inlacrymari oportet. id enim non eſt conſtantis & recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit & ſummatim ita ius reddi debet, vt auctoritatem dignitatis ingenio ſuo augeat.

Ad §. 1. Sed & in cognoſcendo.

Ratio dubitandi. Non eſt vituperanda eius impatientia, qui ſcelerum execratione ſceleratis terrorem incutit: vt nec illius humanitas, qui miſeri hominis & pauperis miſeretur. Ratio decidendi. Neutrum eſt conſtantis & recti iudicis, cuius eſt, nec ad fauorem declinare: ſed dignitatem ita gerere, vt omnes intelligant communem ei eſſe dignitatis functionem cum multis, ſed functionis dignitatem cum paucis.

PAPINIANVS lib. 1. Reſponſorum.

LEgatus Cæſaris, id eſt præſes, vel corrector [a] prouinciæ, abdicando ſe non amittit imperium.

Ad l. Legatus 20.

Ratio dubitandi. Abdicatio nihil niſi abnegatio & priuatio eſt dignitatis. Non poteſt autem eſſe imperium ſine dignitate, vt nec dignitas præſidis ſine imperio. *l. 1. & vlt. de off. proc.* Ratio decid. Nemo poteſt à ſe abdicare dignitatem, quam non à ſe, ſed à principe habeat: cùm nemo ſit dominus ſuæ dignitatis, vt nec vitæ aut membrorum ſuorum. *l. liber homo 13. ad l. Aquil.* Ergo nec amittere imperium, quod habet ob dignitatem, ſed vtrumque debet ſolemniter deponere, & more maiorum.

a *Corrector.* Ille eſt qui partem prouinciæ regit. *l. vnic. in prin. Cod. vt om. iud.* ad differentiam præſidis, qui vniuerſam. *l. illicitas 6. §. 8. ſupr.* ex quo apparet iſtos correctores ius gladij non habuiſſe. Habebant tamen & dignitatem & imperium, etiam merum, id eſt, criminum animaduerſionem quamlibet extra poteſtatem gladij, & deportandi, & in metallum dandi *arg. d. §. 8. d. l. illicitas. 5. eod.*

21. PAVLVS lib. ſing. de Officio Adſeſſorum.

PRæſes cùm cognoſcat de ſeruo corrupto, vel ancilla deuirginata, vel ſeruo ſtuprato: ſi actor rerum agentis corruptus eſſe dicetur, vel eiuſmodi homo, vt non ſolam iacturam aduerſus ſubſtantiam, ſed ad totius domus euerſionem pertineat: ſeueriſſimè debet animaduertere.

Ad

Ad l. Præſes 21.

Ratio dubit. Nulla poteſt inter ſeruos conſtitui differentia.*l.& ſeruorum 5.de ſtat hom.* cùm omnes habeantur pro nullis, *l.quod attinet 32. de regu.iur. l.nullo modo 7.de falſ.*& quadrupedibus comparentur.*l.1.ad l.Aquil.*Ratio decidendi. Omnes quidem ſunt æquè ſerui, ſed alij aliis pretioſiores pro diuerſitate functionum,& ætatis.*l.ſi forte, quod 28.de rei vind.*Atqui actio de ſeruo corrupto ciuilis eſt,inquies,& datur non ad pœnam, ſed ad id quod intereſt. *l.1.de ſeruo corrup.* Reſp.poſſe tamen hoc nomine agi criminaliter, non ob ſeruum,ſed ob dominium, & ob vtilitatem Reipu. nec de ſeruo corrupt[illegible] Nam & furti agi poteſt *l. Neratius ait 1[illegible].§.3. cod. iung. l.interdum furti 56.§.1.l.vltim.de furt.*

b *Aduerſus ſubſtantiam.*Puto legendum,*vt non ſolum iactura ad ſerui ſubſtantiam.* nato facile errore ex eo, quòd librarius quidam inuerſis literis ſcripſerat *aduerſi* pro *adſerui* quod cùm nullius ſenſus eſſet , alius mutauit in *aduerſus*. *Actor rerum.* Hæc erat omnium pretioſiſſima conditio ſeruorum. *l.interdum 16. in prin.de publ. vectig. & com.* Ideo generaliter legato ſeruo non poterat legatarius actorem eligere.*l.legato 37.de leg.1.*

DE OFFICIO PROCVRATORIS CÆSARIS, VEL RATIONALIS.

TITVLVS XIX.

VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

QVæ acta, geſtáque ſunt à procuratore Cæſaris, ſic ab eo comprobantur, atque ſi à Cæſare geſta ſunt.

Ad Tit. De Procuratore Cæſaris, vel Rationali.

Ad l. Quæ acta 1.

Ratio dubitandi. Procurator Cæſaris non poteſt vendere,neque donare,neque tranſigere.*§.1.ſ.h.l.*quæ tamen omnia Cæſar ipſe facere poſſet. Ratio decidendi. Intelligitur mandatum habere quod ad omnia , quæ pertinent ad cauſam adminiſtrationis : non quòd ad cætera *d. §. 1.* nihil autem intereſt, an quis per ſe faciat, an ex eius voluntate alius. *l.qua ratione 9. §.4. de acquir. rer.dom.l.pupillus 5.§.ſi filius de autor.tutor.*

1 ¶ Si rem Cæſaris procurator eius, quaſi rem propriam,tradat : non puto eum dominium transferre : tunc enim transfert, cùm negotium Cæſaris gerens, conſenſu ipſius tradit : denique ſi venditionis, vel donationis, vel tranſactionis cauſa quid agat, nihil agit [a] : non enim alienare ei rem Cæſaris, ſed diligenter gerere commiſſum eſt.

Ad §.1. Si rem.

Ratio dubitandi. Habet hoc caſu procurator Cæſaris & voluntatem & poteſtatem dominij transferendi. ſiue rem , quam tradit conſideres tanquam propriam procuratoris, ſiue tanquam rem Cæſaris. Ergo non poteſt nocere quòd tradit quaſi propriam cùm ſit res Cæſaris. *arg. l.cum in corpus 36.de acqui. rer. dom. §. ſi quis rem ſuam.inſtit.de legat.*Ratio decidendi.Imo nec voluntatem habet alienandi rem Cæſaris , quia putat eſſe ſuam, nec poteſtatem , quia non aliter poteſt alienare rem Cæſaris, quàm ſi negotium ipſius gerens, conſenſu eiuſdem tradat.

a *Nihil agit.* Ratio dubit. Habet generalem adminiſtrationem , ergo poteſt hæc omnia, præterquam tranſigere. *l.procurator 58. cum ſeqq. de procur.* Ratio decid. Habet quidem generalem adminiſtrationem , ſed non liberam quæ neceſſaria eſt ad alienandum. *l. Paulus reſpondit 63. eod.l.qua ratione 9.§.nihil.4 de acqu.rerum dom.l ab agnato 12.de cur fur.*ſed tamen nec donare poteſt,qui habet liberam,quia donare eſt perdere.*l.fil.famil.7.de donat.*

2 ¶ Eſt hoc præcipuum in procuratore Cæſaris, quod & eius iuſſu ſeruus Cæſaris adire hæreditatem poteſt : & ſi Cæſar heres inſtituatur,miſcendo ſe opulentæ hæreditati procurator hæredem Cæſarem facit [b].

Ad §.2. Eſt hoc præcipuum.

Ratio dubit. Seruus non poteſt adire hereditatem niſi iuſſu domini.*l.ſi quis mihi 25.l.aditio 45.§.3.de acquir.hered.* Atqui procurator Cæſaris non eſt dominus ſeruorum Cæſaris. Ratio decid.Eſt hoc ſpeciale in procuratore Cæſaris , vt pro Cæſare iubere poſſit aditionem. *d. l. ſi quis mihi 25.§.2.*quia & ipſe poſſet Cæſarem heredem facere, ſe immiſcendo hereditati opulentæ ſi Cæſar heres ſcriptus eſſet , vt ſtatim ſequitur. Nam eius eſt iubere , qui poſſet per ſe adire, ſi heres ipſe inſtitutus eſſet.

b *Facit.*Ratio dubit. Hereditas non poteſt adiri per procuratorem. *l.per curatorem 90.de acq. hered.* quia eſt actus legitimus *l.actus legitimi 77.de reg.iur.*Nemo autem alieno nomine lege agere poteſt.*l.nemo 123.eod.l.qui in aliena.* Et tum quoque , cùm poteſt acquiri per alium , vt per filiumfa.vel ſeruum debet præcedere iuſſus, *l.qui in aliena 6.& d.l.ſi quis mihi 25.iuſſum. de acq. hered.* Ratio decid. Aditio requirit factum perſonale heredis inſtituti, & verba ſolemnia , cùm ſit actus legitimus. *d. l. actus legitimi.* quæ omnia Cæſarem per ſeipſum præſtare indignum fuiſſet. *Opulentæ* quia ſi non eſſet opulenta hereditas, aliud probari oporteret.*l prox.*

2. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

QVòd ſi ea bona, ex quibus Imperator heres inſtitutus eſt, ſoluendo non ſint re perſpecta [c], conſulitur Imperator. heredis enim inſtituti, in adeundis , vel repudiandis huiuſmodi hæreditatibus, voluntas exploranda eſt.

Ad l. Quòd ſi ea bona 2.

Ratio dubit.Soluendo eſt hereditas,quæ inuenit heredem ,*l.3.ad falcid. l.libertus 36. de bon. libert.* nec diſtinguendum an ſit opulenta,necne,ſiue acquiratur,ſiue omittatur.*l.quæ dotis 33.ſolut.matr.l.4. ad Treb.l.ſi in teſtamento 22.in fi.ſi quis omiſ.cauſ.teſt.*Nam qui ſemel heres fuit, nunquam poteſt deſinere *l.et.qui ſoluendo 88. de hered.inſti.*Ratio decid. Non habet hoc locum,niſi in ea hereditate , quam procurator Cæſaris adiit inconſulto Cæſare:

quan

quaſi procurator nec vacatur habere mandatum adeundi, niſi ſub illa conditione, ſi hereditas erit ſoluendo: quamuis nec expreſſe adiri hereditas ſub hac conditione poſſit *l. cum qui duobus 51. ℥. de acq. hered.* Et ſanè ſi minori ſuccurritur per reſtitutionem aduerſus propriam aditionem inconſultam. *l. au prætor 7. §. ſed etſi 5. de minor. & tot. tit. C. ſi vl. min. ſe abſtin.* quanto magis ſuccurrendum eſt Cæſari aduerſus aditionem procuratoris ſe inconſulto factam? Quanquam hoc caſu non tam ipſi ſuccurritur, quam ipſe conſulitur, an velit heres eſſe, qui adhuc nunquam voluit.

c *Re perſpecta.* Interim ergo aditio eſt in pendenti dicat aliquis, imo non eſt, ſed ex poſt facto habetur pro non facta. Non idem priuilegium habet pupillus, qui hereditatem ſibi delatam quantumuis opulentam, ſi adeat ſine tutoris autoris autoritate, aut tutor ſine eo nihil agit. *l. obligari 9. §. hereditatem de aut. tutor. l. more noſtro 8. & l. ſeq. de acqu. hered.* At idem priuilegium habet fiſcus in bonis vacantibus. Ita enim acquiruntur fiſco, nec venduntur ex edicto ſi ſint ſoluendo. *l. 1. §. 1. de iur. fiſci.*

3. CALLISTRATVS lib. 6. De Cognitionibus.

CVratores Cæſaris ius deportandi non habent: quia huius pœnæ cuſtodiendæ ius non habent.

Ad l. 3. Curatores.

Ratio dubitandi. Cæſar habet ius deportandi, adeoque præfectus vrbi. *l. 2. §. 1. de pœn. l. inter pœnas. 6. §. 2. de interd. & releg.* Cur non ergo & procurator Cæſaris, arg. *l. 1. in pr.* ℥. Ratio decidendi. Soli habent ij, quibus hoc ius datum eſt. Vnde eſt quod nec præſides prouinciarum hoc habent. *dixi ad §. 8. l. ſolent 6. ſupr. tit. 1.*

1 ¶ Si tamen, quaſi tumultuoſum, vel iniurioſum aduerſus colonos Cæſaris prohibuerint in prædia Cæſariana accedere: abſtinere debebit, idque Diuus Pius Iulio reſcripſit.

Ad §. 1. Si tamen.

Ratio dubit. Videtur minui libertas & vis fieri, ſi quis prohibeatur ad certum locum accedere vel a certo recedere. *l. 4. de ſtat. hom. l. 5. §. ſi autem. v. d. vi. l. Titio centum 71. §. 2. de cond. & dem.* Ratio decid. Non fit per vim, quod à magiſtratu fit habente & exercente legitimam poteſtatem. Nam nec vis aut iniuria fit ſine dolo, & ſine animo iniuriæ faciendæ: nec ab eo qui arcet potius iniuriam arcendo iniurioſum hominem, & tumultuoſum aduerſus colonos Cæſaris. Nam & hoc pertinet ad adminiſtrationem patrimonij Cæſaris, & tuitionem.

2 ¶ Deinde, neque r dire cuiquam permittere poſſunt: idque Imperatores noſtri Seuerus & Antoninus ad libellum Hermiæ reſcripſerunt.

Ad §. 2. Deinde.

Ratio dubitandi. Multò leuius & benignius eſt permittere alicui reditum in ciuitatem, quam deportare. Eſt enim fauorabilis reſtitutio in ciuitatem. *l. 1. vlt. & paſſ. C. de ſentent. paſ. & reſtit. l. intercedit. 59. de cond. & demon.* Ratio decidendi. Imò difficilius eſt redare ciuitatem quàm adimere. Adimit etiam præfectus vrbi. *d. l. §. 1. de pœn.* Reſtituit ſolus princeps. *dd. ll.*

DE OFFICIO IVRIDICI.

TITVLVS XX.

VLPIANVS lib. 26. ab Sabinum.

ADOPTARE quis apud iuridicum poteſt: quia data eſt ei legis actio.

2. IDEM libro 39. ad Sabinum.

IVridico, qui Alexandriæ agit, datio tutoris conſtitutione Diui Marci conceſſa eſt.

De Officio Iuridici. Tit. 20.

Ad l. 1. & 2.

Rati dubit. Neque adoptare, neque tutorem dare iuriſdictionis eſt magiſtratui iure ordinario competentis. *l. muto 6. §. tutoris, de tutel. l. 3. de off. procoſ.* ergo eam poteſtatem non poteſt habere iuridicus, licet nomen ipſum oſtendat eum habere iuriſdictionem. Ratio decid. Non habet hoc ius, quatenus iuridicus eſt, nec vi propriæ iuriſdictionis, ſed quia nominatim ei datum eſt. Ex quo apparet non ad quuſlibet iuridicos hunc titulum pertinere, ſed ad ſolum iuridicum Alexandriæ, de quo & in *§. 5. inſt. de Atil. tutor. & in l. 41. §. 5. de fideicom. lib.*

DE OFFICIO EIVS CVI MANDATA EST IVRISDICTIO.

TITVLVS XXI.

PAPINIANVS libro 1. Quæſtionum.

QVÆCVMQVE ſpecialiter lege, vel ſenatuſconſulto, vel conſtitutione principum tribuuntur, mandata iuriſdictione non transferuntur: quæ verò iure magiſtratus competunt mandari poſſunt. Et ideò videntur errare [a] magiſtratus, qui cùm publici iudicij habeant exercitionem lege, vel ſenatuſconſulto delegatã (veluti lege Iulia de adulteriis, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles) iuriſdictionem ſuam [b] mandant. ¶ Huius rei fortiſſimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cauetur, vt is cui obtigerit exercitio, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quàm ſi abeſſe cœperit [c]: cùm aliàs iuriſdictio etiam à

præſente mandetur. Et, ſi à familia dominus, occiſus eſſe dicetur, cognitionem prætor, quàm ex ſenatusconſulto habet, mandare non poterit [d].

De officio eius, cui mandata eſt iuriſdictio. Tit. 21.

Ad l. Quæcunque 1.

Ratio dubitandi. Quæ ſpecialiter tributa ſunt non ideò prohibita ſunt mandari, ergo ſunt permiſſa. Quod enim prohibitum non eſt, quid ni permiſſum intelligatur? Ratio decidendi. In genere prohibitorum bonum eſt argumentum, vt quidquid non eſt prohibitum cenſeatur permiſſum. *l. mutus & ſurdus* 43. §. 1. *de procur.* ſed non ſimiliter in genere permiſſorum: in quibus è contrario dicendum eſt, quidquid ſpecialiter permiſſum non eſt, cenſeri prohibitum: ſaltem per æquipollens: quia ſufficit non eſſe permiſſum, licèt neque ſit prohibitum. Dices tribuuntur iſta magiſtratui, tanquam tali, non tanquam Titio, aut Sempronio: ergo poſſunt mandari, & tranſire mandata iuriſdictione: cùm non poſſit electa eſſe induſtria perſonæ. *Reſp.* non eſſe conceſſa iuriſdictioni, ſed magiſtratui ipſi, qui porrò mandari nunquam poteſt. Aliud enim longè eſt mandari magiſtratum, aliud iuriſdictionem iure magiſtratus competentem.

a *Videntur errare.* Ratio dubitandi. Tulerabilia ſunt quæ conſuetudo vetus tolerat, imò comprobat. *l. imperatores* 13. *de pollicit.* Ratio decidendi. Non eo minus verum eſt, maiorem rationis, quàm erroneæ conſuetudinis rationem habendam eſſe. *l. 2. C. quæ ſit long. conſ. l. quod non ratione* 39. *de ll.*

b *Suam.* id eſt, iſtam quæ iis ſpecialiter delegata eſt.

c *Abeſſe cœperit.* Nam neceſſitas facit licitum quod alioqui illicitum eſſet. *l. alienationes* 13. *fam. erci. l. 3. §. 1. & 2. de reb. cor. l. 4. §. 5. de legat. l. 3. §. 2. de decur. l. 2. C. de ped. iud.*

d *Non poterit.* Ratio dubit. Qui mandauit iuriſdictionem, non eo minus videtur cognoſcere: cùm mandatarius fungatur partibus mandantis. §. 1. & *l. 3. h. tit. l. & quia 6. de iuriſd.* Ratio decid. Quod lex, vel ſenatuſconſultum, vel conſtitutio principis alicui mandat, non ideò mandat, vt ille id iterum alteri mandet: ſed vt ipſe exequatur. Videtur enim negligere, qui rem ſibi commiſſam ſpecialiter, alij committit ac quaſi donat, *l. cùm hi, quibus* 8. §. *ſi prætor. de tranſact.*

1 ¶ Qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit, proprium nihil habet: ſed & eius qui mandauit, iuriſdictione vtitur: verius eſt enim more maiorum iuriſdictionem quidem transferri: ſed merum imperium [e], quod lege datur, non poſſe tranſire: quare nemo dicit, animaduerſionem legatum proconſulis habere, mandata iuriſdictione. *Paulus notat:* & imperium, quod iuriſdictioni cohæret mandata iuriſdictione tranſire verius eſt [f].

Ad §. 1. Qui mandatam.

Ratio dubit. Ex *l. legati* 13. *de off. procon.* vbi dicitur, legatum proconſulis aliquid proprium habere mandata ſibi iuriſdictione. Ratio decid. Speciale illud eſt in legato proconſulis, ob eam rationem, quam ibi dixi.

e *Merum imperium.* Quod conſiſtit in gladij poteſtate, & qualibet graui animaduerſione in facinoroſos homines. *l. ſi quid erit.* 11. *de off. procon. l. 3. de iuriſd. l. nemo poteſt.* 70. *de reg. iur.*

f *Verius eſt.* Ratio dubit. Nihil de imperio dictum eſt in mandanda iuriſdictione, & aliud eſt imperium mixtum, & aliud iuriſdictio. *l. 3. de iuriſd.* ergo mandata iuriſdictione non tranſit imperium mixtum. Ratio decid. Nulla eſſe poteſt iuriſdictio ſine imperio mixto, id eſt, ſine modica coërcitione. *l. vlt. h. tit.* quia omnibus magiſtratibus licet pœnali iudicio iuriſdictionem ſuam defendere. *l. 1. ſi quis ius dic.* ideóque dicitur imperium hoc cohærere iuriſdictioni, quia ei iuriſdictio ineſt. *d. l. 3. de iuriſd.*

2. VLPIANVS libro 3. de omnibus Tribunalibus.

MAndata iuriſdictione à præſide, conſilium non poteſt exercere is, cui mandatur.

Ad l. Mandata 2.

Ratio dubit. Mandata iuriſdictione totum officium iuriſdicendi tranſit. *l. 1. §. an autem 4. de ſuſpect. tutor.* ergo & ius conſilium exercendi. Ratio decid. Conſilium exercere, non iuridicundi officium eſt ſed magiſtratus, qui non tranſit in mandatarium iuriſdictionis, vt dixi ſ. *ad l. 1.* Nam is cui mandatur iuriſdictio, ſi ſit priuatus remanet priuatus. *l. vlt. §. 1. ʃ. h. tit.*

1 ¶ Si tutores vel curatores velint prædia vendere, cauſa cognita id prætor, vel præſes permittat, quòd ſi mandauerit iuriſdictionem, nequaquam poterit, mandata iuriſdictione, eam quæſtionem transferre.

Ad §. 1. Si tutores.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad princ. huius legis. Cognitio de alienandis rebus minorum eſt iuriſdictionis. *l. 2. ib. quæ ad iuriſdictionem rectoris. Cod. de off. eius qui vic. al. præſ. vel iud. obt.* Ius enim dicit prætor, cùm hanc alienationem cauſa cognita permittit, ergo tranſit mandata iuriſdictione. Ratio decidendi. Eſt quidem iuriſdictionis, ſed ſpecialiter datæ oratione de qua in *l. 1. magis puto 5. & paſſ. de reb. eor.* non competentis vi ordinariæ iuriſdictionis. Ergo neque tranſit mandata generaliter iuriſdictione, neque mandari ſpecialiter poteſt. *l. 1. ſupr. h. tit.* Ideò nec præfecti prætorio eam poteſtatem habuerunt, quouſque data eis fuit in *d. l. 2. C. de off. eius qui vicem,* &c.

3. IVLIANVS libro 5. Digeſtorum.

ET ſi prætor ſit is, qui alienam iuriſdictionem exſequitur, non tamen pro ſuo imperio, agit, ſed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quoties partibus eius fungitur.

Ad l. 3. Et ſi prætor 3.

Ratio dubitandi. Alienum videtur à dignitate prætoris, vt alienam iuriſdictionem exerceat: cùm proprij magiſtratus iure habeat ſuam, præſertim quia non habet imperium par magiſtratus in parem. *l. 3. §. vlt. & l. 4. de arbitr.* Ratio decid. Non ſuſcipit prætor mandatam ab aliis iuriſdictionem de iis cauſis & perſonis, de quibus poteſt ipſe pro ſua iuriſdictione cognoſcere, ſed de iis tantùm rebus, quarum iuriſdictio ad alium pertinet, putà ad præfectum vrbi. Qui enim mandatam iuriſdictionem exequitur, non ob id inferior dici poteſt: quia eius ipſius, qui mandauit vice & partibus fungitur. *l. 1. §. 1. h. tit. l. ſolet prætor* 16. *de iuriſd.*

4. Macer lib. 2. de Officio Præſidis.

COgnitio de ſuſpectis tutoribus mandari poteſt, immò etiam ex mandata generali iuriſdictione, propter vtilitatem pupillorum a, eam contingere conſtitutum eſt in hæc verba: Imperatores, Seuerus & Antoninus Braduæ proconſuli Africæ: Cùm propriam iuriſdictionem legatis tuis dederis: conſequens eſt, vt etiam de ſuſpectis tutoribus poſſint cognoſcere.

Ad l. Cognitio 4.

Ratio dubitandi. Suſpecti tutoris accuſatio pro tribunali tantum examinari poteſt, nec alius de huiuſmodi quæſtione, quam præſes pronuntiare. *l. prima. §. ſuſpecti. 11 ad Turpillianum.* Ergo non poteſt hæc cognitio mandari. Ratio decidendi. Solus præſes in prouincia poteſt de ſuſpecto tutore cognoſcere, id eſt, non magiſtratus municipalis: tametſi tutorem dare poſſit. *leg. 3. de tutoribus & curatoribus datis. l. vbicunque. 105. de regulis iuris.* non iudex datus à præſide, quia præſes ipſe pronuntiare debet, non iudicem dare. Sed ea res non excludit illum, cui mandata iuriſdictio eſt, ſiue à proconſule, ſiue à præſide, ſiue à prætore. *lege 1. §. an autem 4. de ſuſpecto tutore.* Cùm enim quis cognoſcit, tanquam habens mandatam à præſide iuriſdictionem, præſes ipſe videtur cognoſcere, non mandatarius, qui mandantis vice & partibus fungitur. *l. prima. §. primò. lege tertia ſupra.* Vnde fit, vt etiam de quibus cauſis iudicem dare qu[illegible] [illegible]hibetur, ſuam tamen iuriſdictionem mandare non [illegible]hibeatur. *lege ſecunda. C. de pedaneis iudicibus.* Item vt quamuis eum, qui iudicare iubet, magiſtratum eſſe oportеat. *l. eum qui 13. de iuriſdictione.* is tamen, cui mandata iuriſdictio eſt, iudices dare poſſit. *l. cùm prætor. 12. §. primo de iudiciis.* quia licèt non magiſtratus, ſed priuatus ſit. *l. vltim. §. primo. hoc titulo.* magiſtratus tamen in eo vicem gerit. Poſſet etiam diſtingui inter pronuntiationem, & cognitionem: vt cognitio de ſuſpecto mandari poſſit, & mandata generaliter iuriſdictione tranſeat. *hac lege, & dicto §. an autem.* non etiam pronuntiatio. *d. l. 6. §. ſuſpecti.* Nam & eadem diſtinctio adhibetur in *l. ſolent. 6. in principio. de officio proconſulis.* ſed prior ſententia magis placet. Nam legatum proconſulis poſſe ſuſpectum tutorem remouere, atque ita pronuntiare ſcriptum eſt in *princip. Inſtitutionũ de ſuſpecto tutore.* cum tamẽ non plus iuris hac parte habeat, quam alius quilibet, cui ſit mandata iuriſdictio. *d. §. an autem*

a *Propter vtilitatem pupillorum.* quorum intereſt de ſuſpecto tutore quamprimùm cognoſci, & pronuntiari. Alioqui videbatur eorundem pupillorum intereſſe, vt non alij, quàm magiſtratus ipſi, & quidem maiores cognitionem hanc haberent. Ideoque dubium antea fuit, an hæc cognitio mandari poſſet. *d. §. an autem.* Cum autem mandari poſſit, intelligimus, quod ſcriptum eſt in *§. 1. inſtit. de ſuſpecto tutore.* ius remouendi ſuſpectos tutores datum eſſe prætori Romæ & in prouinciis præſidibus earum, non ſic accipiendum eſſe, vt ſpecialiter datum ſit: ſed ita, vt aliis, tametſi tutorem dare valentibus fuerit interdictum. *d. §. ſuſpecti.* Alioqui nec ſpecialiter mandari poſſet, ac multò minus tranſire mandata generaliter iuriſdictione. *l. 1. ſupr.*

1 ¶ Vt poſſeſſio bonorum detur: vel ſi cui damni infecti non caueatur, vt is poſſidere iubeatur: aut ventris nomine in poſſeſſionem mulier, vel is, cui legatum eſt, legatorum ſeruandorum cauſa in poſſeſſionem mittatur, mandari poteſt.

Ad §. 1. Vt poſſeſſio.

Ratio dubitandi. Ex verbis edicti prætoris, qui omnia iſta ſibi reſeruauit. *lege 1. ex quibus cauſis in poſſeſſion. lege quarta. §. duas. de damno infecto. lege prima de ventre in poſſeſſionem mittendo.* Ergo non poſſunt alij mandari.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio, quia prætor de ea ipſa re videtur cognoſcere, de qua mandat alij iuriſdictionem. *d. l. 1. §. 1. l. 3. hoc tit.* ſanè alius, quam qui ipſam prætoris iuriſdictionem habeat, cognoſcere non poterit. *l. ea, quæ magis. 26. §. 1. ad municip.*

5. Pavlvs lib. 18. ad Plautium.

MAndatam ſibi iuriſdictionem mandare alteri non poſſe manifeſtum eſt.

Ad l. Mandatam ſibi 5.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit, eius qui mandauit vice fungitur. *lege prima. §. primo. lege 3. ſupra.* Atqui potuit mandare is, qui mandauit: ergo & qui mandatam ſuſcepit.

Ratio decidendi. More maiorum ita comparatum eſt, vt is demum iuriſdictionem mandare poſſit, qui eam ſuo iure habet, non qui alieno beneficio. *l. more maiorum. 5. de iuriſdictione.* ne alioqui de aliena re videatur diſponere, non de ſua. *l. conficiuntur. 8. §. ſi poſt fact. m. de iure codicillorum.* Nec obſtat quod is, cui mandata iuriſdictio eſt, iudicem dare poteſt. *l. cùm prætor. 12. §. primo, de iudiciis.* aliud enim eſt dare iudicem, aliud mandare iuriſdictionem.

1 ¶ Mandata iuriſdictione priuato, etiam imperium, quod non eſt merum, videtur mandari, quia iuriſdictio ſine modica coërcitione nulla eſt.

Ad §. 1. Mandata.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. 1. l. 1. ſupr. eod.

DE OFFICIO ADSESSORVM.

TITVLVS XXII.

1. Pavlvs libro ſingul. de Officio Adſeſſorum.

OMNE officium adſeſſoris quo iuris ſtudioſi partibus ſuis funguntur, in his ferè cauſis conſtat, in cognitionibus, poſtulationibus, libellis, edictis, decretis, epiſtolis.

Ad Tit. De Adſeſſoribus. 22.

Ad leg. 1.

Ratio dubitandi. Adſeſſor eſt qui ius dicenti adſidet. *l. 2. & paſ. hoc tit.* Atqui ius dicentis officium latiſſimum eſt. *l. 1. de iuriſdict.* nec certis cauſis concluditur, quia nihil eſt in prouincia, quod per præſidem expediri non

poſſit. *l. nec quidquam. 9. de officio proconſulis.* Ratio decidendi. Latius patet officium ius dicentis, quàm adſeſſoris, cùm ſint multa quæ poſſunt expediri de plano, nec adſeſſoris peritiam requirunt: & tamen vix quidquam poteſt eſſe in officio eius dicentis, quod non contineatur aliquo iſtorum, quæ in hac lege pronuntur. In qua tamen bene Vlpianus addit *ferè*, ne poſſit argumentum ſumi à partium enumeratione. Erant autem adſeſſores omnes iuriſperiti, & habebant ſalarium ex publico. *l. 4. & 6. ꝗ. eod. tit.*

2. MARCIANVS libro 1. de Iudiciis Publicis.

LIberti adſidere poſſunt. ¶ Infantes [a] autem licèt non prohibeantur legibus adſidere: attamen àrbitror, vt aliquo quoque decreto principali refertur conſtitutum, non poſſe officio adſeſſoris fungi.

Ad l. Liberti 2.

Ratio dubitandi. Libertus debet operas patrono *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus de condic. indeb. & toto tit. & operis libert.* Atqui adſeſſor tenetur continuam operam præſtare ei cui adſidet. Ratio decidendi. Non arcentur liberti ab iis, quæ non niſi ciuitatem & eruditionem requirunt, cuiuſmodi ſunt iſta. Adſidere, poſtulare, &c. *leg. 2. Cod. de poſt.* Publicè namque intereſt his veluti præmiis inuitari libertos ad ſcientiam capeſſendam. Ideóque ad hoc munus & cæteri omnes admittuntur, qui non ſunt prohibiti: quia leges de hoc factæ ſunt prohibitoriæ, *arg. l. mutus & ſurdus. 43. §. 1. de procur.* liberti porrò non ſunt prohibiti, licèt adſeſſor duobus adſidere prohibeatur. *l. vltim. Cod. eod.*

a *Infames.* Ratio dubitandi. Quia non ſunt iſti prohibiti vt lex ait, non magis, quàm liberti. Ratio decidendi. Quod legibus omiſſum eſt, non debet omitti religione magiſtratus, ad cuius officium pertinet, vt neque famoſis & notatis, quos ſcelus aut vitæ turpitudo inquinat, & quos infamia ab honeſto cœtu ſegregat, honoris portæ pateant, & dignitatis. *l. quæſitum ſcio. 14. de teſtib. l. 2. C. de dignit. l. 12.* Poſſunt tamen eſſe arbitri. *l. Pedius. 7. de arbit.* quoniam arbitri non a legibus aut a magiſtratibus poteſtatem habent, ſed à priuatis, qui iuriſdictionem dare non poſſunt. *l. 3. C. de iuriſd.*

3. MACER libro 1. de officio Præſidis.

SI eadem prouincia, poſtea diuiſa, ſub duobus præſidibus conſtituta eſt, veluti Germania, Myſia: ex altera ortus, in altera adſidebit [b], nec videtur [c] in ſua prouincia adſediſſe.

Ad l. Si eadem 1.

b *Adolebit.* legendum eſt *adſidebit*, vt ſequentia oſtendunt. Ratio autem dubitandi, eſt, quòd nemo poteſt adſidere in ſua prouincia, ne ſcilicet prouincialium, & popularium ſuorum nimia adfectione deceptus contra iuris rationem quid conſulat. Qua de cauſa etiam apud pleraſque gentes iam receptum videmus, vt non niſi ex alienigenis magiſtratus ſibi quærant, vt apud Genuenſes. Ratio decidendi. Alia prouincia eſt, quæ alium habet Præſidem. Prouincias enim nihil tam diſtinguit, quàm præſidum adminiſtratio. *l. ex ea cauſa 9. in fi. ꝗ. de poſt.* Cæterùm qui in vna prouincia ortus, in alia adoleuit, in neutra poteſt adſidere: quia in vtraque locum habet ratio, quæ prohibet, ne in prouincia ſua poſſit adſidere, neque eſſet perfectus ſenſus ante verba illa, quæ perfectum ſenſum præſupponunt.

c *Nec videtur.* ſi legeremus *adolebit*, nec ſi verbum illud ſumeres pro *adoleuit*, vt apud libr. Flor.

4. PAPINIANVS libro 4. Reſponſorum.

DIem functò legato Cæſaris, ſalarium comitibus [a] reſidui temporis, quod à legatis præſtitum eſt, debetur: modò ſi non poſtea [b] comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diuerſum in eo ſeruatur, qui ſucceſſorem ante tempus accepit.

Ad l. Diem functo 4.

a *Comitibus*, id eſt, adſeſſoribus. Adſeſſores enim non ſunt ius dicentes, ſed comites ius dicentis, ſocij & participes conſiliorum. *l. 1. C. eod. qui ei perpetuò adſident ſic & in l. 1. §. ſed etſi de extraordin. cognit.* Ratio dubit. Diem functi legati iuriſdictio finita eſt, ergo & officium comitum, & adſeſſorum ipſius. Nec enim mortui comes aut adſeſſor eſſe quiſquam poteſt: ſalarium autem non niſi pro officio datur. Ratio decid. Tempus cœptum habetur pro impleto, vt in fauorabilibus omnibus, fauore nimirum eius, per quem non ſtat. *l. à nobis. 5. & l. filia, 22. de ann. leg. & l. ſed addes. 19. §. vlt. locat.*

b *Si non poſtea.* nec enim poſſunt fingi adſediſſe vni eo tempore, quo alij re vera adſederant: non magis, quàm duobus in locis quilibet alius ſit eodem tempore. Nunquam ſc. lex fingit id quod per rerum naturam impoſſibile ſit. *l. confeſſionibus. 13. in princip. & l. ſequenti. de interrog. in iur. fac.*

c *Diuerſum.* Ratio dubitandi. Eadem ratio hîc locum habet, quod non ſtet per adſeſſores, quominus officio ſuo fungantur, nec ſi iniuria legato facta ſit, debet illa adſeſſorem contingere. *l. ſi per imprudentiam. 51. de euict. l. 57. de fideiuſſ.* Ratio decidendi. Facilius eſt, vt qui deceſſit pro viuo habeatur, quia potuit ille viuere: quàm, vt qui ſucceſſorem accepit, videatur durare in eadem adminiſtratione, cùm eam duo ſimul habere non poſſint. Simile quiddam eſt in *l. ſi de eo fundo. 40. §. 1. de acq. poſſ.* de colono, qui deceſſit, aut diſceſſit.

5. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

COnſiliarii [a], eo tempore quo adſidet, negotia tractare [b] in ſuum quidem auditorium nullo modo conceſſum eſt: in alienum autem non prohibetur.

Ad l. [illegible]

a *Conſiliarii.* id eſt, ad[illegible] quan[illegible] Conſu[illegible] viro. Erant enim [illegible] onſiliarij magiſtratuum. *lege 3. qu. 10. 11.* [illegible] *conſiliario.*

b *Tractare.* pro [illegible], vnde & dictum eſt tractare. Ratio dubitandi. A[illegible] non ius dicit, ne quidem in eo auditorio [illegible] quo adſeſſor eſt. Itaque ad hunc non pertinet. *tit. Cod. ne quis in ſua cauſ. iud. & l. qui iuriſdictiom 10. de iuriſdict.*

Ratio decidendi. Plus poteſt is, ex cuius conſilio ius dicitur, quàm is qui ius dicit. Senſus ergo eſt, adſeſſorem non poſſe, prætextu officij ſui, negotia ſua trahere ad auditorium ſuum, vt de iis diſceptari oporteat apud ius dicentem, cui ipſe adſidet: adeóque nec ſi iuriſdictio eius alioqui ſit competens. Ac permutendum ei eſt, vt apud alium magiſtratum tractet negotia ſua, nec cogi debet

expectare

expectare vt adſeſſor eſſe deſinat. Quomodo de præſide ipſo ſcriptum eſt in *l. ſenatuſconſulto. 16. de officio præſi. l. decreta. 48. de re iud.* vnde & poterat peti. Ratio dubitandi, *ad fin. huius legis.* ſed Ratio decidendi eſt euidens, quia adſeſſoris officium non egreditur auditorium, in quo adſidet.

6. PAPINIANVS libro primo Reſponſorum.

IN conſilium curatoris reipublicæ vir eiuſdem ciuitatis adſidere non prohibetur: quia publico ſalario non fruitur.

Ad l. In conſilium 6.

Ratio dubitandi. Nemo in ſua prouincia adſidere poteſt, nedum in ſua ciuitate. *lege 3. ſupra.* Ratio decidendi. Hoc pertinet ad eos, qui ſalario publico fruuntur. *l. 4. ſupra l. 1. & l. vel. castrenſe. 7. C. eodem.* Habent enim iſti hoc commodum pro illo incommodo. At is qui adſidet curatori Reip. ſalarium nullum habet.

LIBER SECVNDVS.

DE IVRISDICTIONE.

1. VLPIANVS lib. 1. Regularum.

IVS DICENTIS [a] officium latiſſimum eſt: nam & bonorum poſſeſſionem dare [b] poteſt, & in poſſeſſionem mittere [c], pupillis non habentib. tutores conſtituere [d] iudices litigantibus dare.

De Iuriſdictione. Tit. 1.

Ad l. 1.

a *IVs dicentis.* Siue magiſtratus ille ſit, ſiue mandatam à magiſtratu iuriſdictionem habeat, non enim neceſſe eſt, vt ſit magiſtratus quiſquis ius dicit, ſi modò dicat non ſuo, ſed alieno nomine. Mandata enim iuriſdictione totum officium iuris dicundi tranſit. *l. 1. §. 4. de ſuſpect. tut. l. cùm prætor. 12. §. 1. de iud.* Non idem dici poteſt de iudice dato. Is enim iuriſdictionem nullam habet, nec ſuam, nec alienam, ſed tantùm iudicationem & notionem. *l. aut prætor. 5. de re iud.* & aliud eſt ius dicere, aliud iudicare, vt dicam ad *l. qui iuriſdictioni. 10. h. tit.*

b *Bonorum poſſeſſionem dare.* Ratio dubitandi. Dare bonorum poſſeſſionem eſt imperij mixti. *l. tertia infra.* ergo non iuriſdictionis. Ratio decidendi. Imò eſt iuriſdictionis, cùm pendeat ex edicto prætoris. *toto titulo de bonorum poſſeſſione.* nec pugnat *d. l. 3.* vbi pro *quod*, legendum eſt *qua*, vt ibi dicam. Qui autem vt hos locos concilient, dicunt, dare bonorum poſſeſſionem eſſe iuriſdictionis ſeu imperij mixti, confundentes iuriſdictionem cum imperio mixto, fieri non poteſt, vt in tractu iſto quidquam intelligant.

c *Et in poſſeſſionem mittere.* Ratio dubitandi. Iubere caueri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere magis eſt imperij quàm iuriſdictionis, *dicta lege iubere. 4. infr. hoc titulo.* Ratio decidendi. Senſus eſt, prætorem, cùm iſta facit, magis imperioſè facere quàm iuridicè: quia facit ſine cauſæ cognitione, cùm cauſa damni infecti celeritatem deſideret. *l. 1 de damn. infect.* Cæterùm, non eò minùs verum eſt, hoc quoque eſſe iuriſdictionis. *d. l. 1. in illis verbis, ſi ex hac cauſa ſibi iuriſdictionem reſeruaret. de damn. infect.*

d *Tutores conſtituere.* Ratio dubitandi. Tutoris datio neque eſt imperij, neque iuriſdictionis. *l. muto itemque muto. 6. §. tutoris. de tutel.* Ratio decidendi. Quia magiſtratus, cùm dat tutorem, non tam magiſtratus, quàm patris officiò fungitur. Cæterùm nemo dat tutorem, niſi qui ea de re habet iuriſdictionem. *§. 4. inſtit. de attiliano tutore. lege penultima. § penultimo. de excuſ. tut.*

e *Iudices litigantibus dare.* Ratio dubitandi, eum qui iudicare iubet, magiſtratum eſſe oportet, *l. eum, qui. 13. infr.* atqui non omnis, qui iuriſdictionem habet, magiſtratus eſt, putà ſi mandatam ab alio habeat iuriſdictionem. *l. 1. §. cùm autem. de ſuſpect. tutor.* Ratio decidendi. Etiam qui mandatam iuriſdictionem habet iudicem dare poteſt. *l. cùm prætor. 12. §. 1. de iudiciis. l. legatus 12. de offic. proconſ.* Alieno ſcilicet nomine non ſuo. *leg. 1. §. 1. de off. eius cui mand.*

2. IAVOLENVS libro 6. ex Caſſio.

CVi iuriſdictio data eſt, ea quoque conceſſa eſſe videntur, ſine quibus iuriſdictio explicari non potuit.

Ad l. Cui iuriſdictio 2.

Ratio dubitandi. Mandati fines diligenter ſunt cuſtodiendi, ne, qui excedit, aliud facere videatur. *l. diligenter. 5. mand.* Ratio decidendi. Conceſſo conſequenti conſequenter conceduntur etiam omnia antecedentia neceſſaria. *l. ad rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. de procu.*

3. VLPIANVS libro 2. de Officio Quæſtoris.

IMperium, aut merum eſt, aut mixtum eſt. ¶ Merum eſt imperium [a], habere gladij poteſtatem ad animaduertendum facinoroſos homines, quod etiam poteſtas [b] appellatur. ¶ Mixtum eſt imperium [c], cui etiam iuriſdictio ineſt, quod in danda [d] bonorum poſſeſſione conſiſtit. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.

Ad l. Imperium 3.

a *Merum imperium.* Ratio dubitandi. Præfectus vigilum non habuit merum imperium. *l. vltim. de officio præfecti vigilum.* & tamen potuit ſummo ſupplicio adficere ſeruos. *l. penult. de cond. cauſa data.* Ratio decidendi. Habuit enim poteſtatem in ſeruos tantùm ob eam rationem quam attuli ad *l. 3. §. 1. de officio præfecti vigil.* licèt non omnes magiſtratus idem ius habuerint.

b *Poteſtas. l. poteſtatis. 205. de verb. ſig. l. ſolent. 6. de off. proc. l. nemo. 70. de reg. iur.*

c *Mixtum imperium.* ideò mixtum appellatum quia cohæret iuriſdictioni. *l. 1. §. vlt. de offic. eius.* ad differentiam meri, quod per ſe non tuendæ iuriſdictionis gratia exercetur. Differt tamen ſpecie à iuriſdictione, quæ alioqui non poſſet ei ineſſe, ſi eſſet quid idem. Denique mixtum imperium non eſt iuriſdictio, ſed modica coercitio, ſine qua nulla eſt iuriſdictio. *l. vlt. de off. eius. l. magiſtratib. 12. infr. h. l. 1. ſi quis ius dic.*

d *Quod in danda.* Omnino legendum eſt, *quæ*, pro *quod*, vt condocuimus *con. 1.* eſt enim hoc exemplũ iuriſdictionis, non imperij mixti. *lege prima ſupra.* & ideò ſubiungitur aliud exemplum de iudicis dandi licentia, ne quis putaret nihil eſſe iuriſdictionis, præter ius dandæ bonorum poſſeſſionis. Sunt & alia pleraque ad ius dicentis officium pertinentia, de quibus in *d. l. 1. hoc tit.* Item, alia, quibus is, qui ius dicit officium ſuum vltro præbet, id eſt, etiam non requiſitus, de quo tractant noſtri ad *l. dies cautioni. 4. §. hoc autem. de damn. infect.*

4. IDEM libro 1. ad Edictum.

IVbere caueri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, imperij magis eſt, quam iuriſdictionis.

Ad l. Iubere 4.

Ratio dubit. Ex *l. 1. ſupra.* vbi dicitur, in poſſeſſionem mittere eſſe iuriſdictionis. Ratio decidendi. Non ille eſt huius loci ſenſus, vt iſta non ſint iuriſdictionis, ſed, vt prætor, qui iubet caueri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mitti magis imperioſe faciat, quàm iuridicè: vt dixi ad *l. 1. ex* Ant. Goneano, qui primus hunc locum, imò totum hunc tractatum ingenioſiſſimè explicauit. Replicabis: Magiſtratum municipalem non poſſe facere ea, quæ magis ſunt imperij, quàm iuriſdictionis. *l. ea, quæ magis. 26. ad munic.* & tamen iſta facere poſſit. *l. 4. §. duas. de dam. infec.* Reſ. poſſe quidem facere, ſed non vi propriæ iuriſdictionis, at quia mandatam habet à prætore in eam rem iuriſdictionem. *l. 1. d. l. 4. §. duas. eo.* idque eſt quod ait *l. vbicunque. 105. de regulis iuris.* vbi cauſæ cognitio requiritur, ibi prætorem deſiderari, id eſt, non poſſe id expediri per magiſtratum municipalem, ne quidem vi mandatæ iuriſdictionis, quia prætor id cognitioni ſuæ reſeruauit. *dicto §. duas.* nempe ſecundum decretum, quo prætor iubet eum, cui non cauetur de damno infecto ſibi poſſidere. Nam neque tantam celeritatem deſiderat, & eſt magni momenti, cùm faciat impetrantem non modò poſſeſſorem, ſed etiam dominum ſcilicet bonitarium. *l. prætoris officium. 5. & l. ſi finita ſit. 15. §. Iulianus. 16. eodem.* Et hanc eſſe ſententiam *dictæ legis vbicunque. 105. de regulis iuris.* conſtat ex inſcriptione ſumpta: eſt enim ex Pauli primo libro ad Edictum: vbi tractauit de damno infecto, vt conſtat ex *d. l. prætoris. 5. eod.*

5. IVLIANVS libro 1. Digeſtorum.

MOre maiorum ita comparatum eſt, vt is demum iuriſdictionem mandare poſſit, qui eam ſuo iure, non alieno beneficio haberet.

6. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

ET quia, nec principaliter ei iuriſdictio data eſt, nec ipſa lex defert, ſed confirmat mandatam iuriſdictionem, ideóque ſi is qui mandauit iuriſdictionem, deceſſerit, antequam res ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio, geri cœperit [a]: ſolui mandatum Labeo ait ſicut in reliquis cauſis.

Ad l. More 5. Ad l. Et quia 6.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iuriſdictionem habet, fungitur eius vice, qui mandauit. *leg. ſolet. prætor. 16. infra lege prima. §. 1. lege 3. de officio eius.* ergo & iuriſdictionem mandare poteſt, ſicut ille potuit. Ratio decidendi. Non fungitur, niſi quatenus exequitur illud ipſum, quod ſibi mandatum eſt. *l. diligenter. 5. mandat.* non autem exequitur, qui mandatam ſibi iuriſdictionem alij mandat. *arg. l. cùm hi, quibus. 8. §. ſi prætor. 17. de tranſactionibus.* Iudicem tamen dare poteſt, *l. cùm prætor. 12. §. 1. de iudiciis.* quia hoc ipſum iuriſdictionis eſt. *l. 1. hs.* ac proinde tranſit mandata generaliter iuriſdictione. *l. legatus. 12. de officio proconſulis. l. 1. §. an autem de ſuſpect. tutor.* Iuriſdictionem mandare magiſtratus eſt, quia ſoli magiſtratus iuriſdictionem habent ſuo nomine. Iudicem verò dare iuriſdictionis eſt, ideóque poteſt hoc fieri etiam à non magiſtratu, dummodo habeat iuriſdictionem, in qua fungatur vice magiſtratus, quomodo accipi debet *l. cum, qui. 13. §. dixi ad l. vlt. §. de officio eius. iunge leg. ſeq. vbi redditur.* Ratio decidendi. Ad hanc legem.

a *Geri cœperit.* Ratio dubitandi. Mandatum finitur morte. *l. inter cauſas. 26. mand.* Ratio decidendi. Non finitur, ſi res amplius non ſit integra. nam nec expreſſe reuocari poſſet mandatum re non integra. *l. ſi verò 12. §. penultimo. l. ſi mandatum. 15. eod. §. rectè. & §. ſeq. Inſtitut. eod.*

7. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI quis is quod iuriſdictionis perpetuæ [b] cauſa, non quod, prout res incidit [c], in albo, vel in charta, vel in alia materia propoſitum erit: dolo malo corruperit: datur in eum quinquagintorum aureorum iudicium, quod populare [d] eſt.

Ad l. Si quis 7.

Ratio dubitandi, corrupto albo prætoris non ideo iuriſdictio tollitur, aut minuitur: ergo nihil intereſt prætoris aut Reipublicæ. Ratio decidendi. Imò intereſt, quia non aliter ſciri poteſt de qua re prætor ius dicturus ſit. *l. 1. §. 1. de edend.* & cùm in eo fiat iniuria prætori, conueniens eſt eam vindicari. Aliud album eſt de quo in *tit. de Alb. ſcrib.*

b *Iuriſdictionis perpetuæ.* id eſt, tamdiu duraturæ, quamdiu durat magiſtratus, qui tamen olim non erat niſi annuus. At iam Vlpiani temporibus facti erant perpetui à Tiberio & edictum perpetuum conſcriptum à Iuliano iuſſu Hadriani.

c *Non quod, prout res incidit.* Ratio dubitandi. Hic quoque perinde negligit autoritatem prætoris: ergo æque puniendus eſt. Ratio decidendi. Puniendus eſt, ſed alia pœna extraordinaria, pro arbitrio prætoris ſtatuenda: non ex edicto, quia hic caſus verbis edicti comprehenſus non eſt.

d *Popŭlare*, quia ius ſuum populo tuetur, quod popularibus omnibus actionibus commune eſt *l. 1. de pop. actio.* Intereſt namque totius populi album extare, & contemptam prætoris maieſtatem vindicari. *l. ſi familia. 9. infr. hoc tit.*

1 ¶ Serui quoque, & filiifamilias verbis edicti continentur. Sed & vtrumque ſexum [c] prætor complexus eſt.

Ad § 1. Serui. & Ad §. In ſeruos 3.

Ratio dubitandi. Cum ſeruo nulla actio eſt. *l. cum ſeruo. 107. de regulis iuris.* cum filiofamilias autem etſi eſſe poteſt. *l. tam ex contractibus. 59. de iudic.* inanis tamen eſt, quam excludit inopia filiifamilias, qui bona nulla habet. *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill.* Ratio decidendi. Qui fiducia inopiæ delinquit, ſi non habet in ære luit in corpore: ſi non defendatur. *§. 3. infr. l. vlt.* de in ius vocando: vt ibi dicam: *l. 1. in fi. de pœn.* & poteſt pater conueniri ex perſona filij, ſcilicet de peculio, itémque dominus ex perſona ſerui etiam noxali actione *tot. tit. de nox. act.* & ita hic locus, quantum ad ſeruum intelligi debet.

c *Vtrumque ſexum*, non erat tamen hoc neceſſe, quia ſemper ſexus maſculinus continet fœmininum. *l. pen. de l. 3. l. 1. de verb. ſign.* niſi aliqua diuerſitatis ratio impediat, quò referenda eſt dictio plerumque poſita in *l. pronuntiatio. 195. de verb. ſignif.*

2 ¶ Quod ſi dum proponitur, vel ante propoſitionem quis corruperit: edicti quidem verba ceſſabunt. Pomponius autem ait ſententiam edicti porrigendam eſſe ad hæc.

3 ¶ In ſeruos autem, ſi non defenduntur à dominis, & eos, qui inopia laborant, corpus torquendum eſt.

Ad §. Quod ſi dum.

Ratio dubitandi. Ceſſant hoc caſu verba edicti, quia loquuntur de albo iam propoſito. Ratio decidendi. Sufficit non ceſſare mentem prætoris, vt etiam quod in fraudem edicti factum eſt vindicetur perinde, atque ſi contra edictum factum eſſet. *l. contra legem. 29. & ſeq. de ll.*

4 ¶ Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quòd ſi per imperitiam [a], vel ruſticitatem, vel ab ipſo prætore iuſſus, vel caſu aliquis fecerit, non tenetur.

Ad §. 4. Doli autem.

Ratio dubitandi. Lex eſt coërcitio etiam eorum, quæ non ſponte, ſed ignorantia contrahuntur. *l. 1. & 2. ſupra de legibus.* ergo nihil refert, an dolo malo, an caſu, an imperitia, album corruptum ſit. Ratio decidendi. Lex coërcet quidem etiam ea, quæ per ignorantiam committuntur, hactenus, vt quod contra legem factum eſt non ſit ratum, ſed non vt puniat eos, qui fecerunt tanquam delinquentes: cùm delictum non ſit ſine dolo, vel culpa. *leg. illud quæſitum. 32. ad legem Aquiliam.*

a *Per imperitiam.* Ratio dubitandi. Iuris ignorantia non excuſat præſertim in delictis, *l. 2. & l. regula eſt. 9. de iuris & facti ignor.* in quibus nec venia ætatis vlla eſt. *l. ſi ex cauſa. 9. §. 2. de minor. l. 1. C. ſi aduerſus delict.* Ratio decidendi. Imperitia & ruſticitas excuſat a dolo, itémque caſus: vt item error. *l. ſi ad hoc ita. 20. de aqua pluu.* maximè in muliere. *l. 2. de inſpic. ventr. & in ruſtico. l. 2. §. 1. ſi quis in ius vocat. l. vlt. Cod. de teſtam.*

5 ¶ Hoc verò edicto tenetur, & qui tollit, quamuis non corruperit: item quis ſuis manibus facit & qui alij mandat: ſed ſi alius, ſine dolo malo fecit, alius dolo malo mandauit: qui mandauit, tenebitur; ſi vterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & ſi plures fecerint, vel corruperint, vel mandauerint: omnes [b] tenebuntur.

Ad §. 5. Hoc verò.

Verba edicti non pertinent ad hos caſus, cùm non loquantur, niſi de eo, qui corrupit. Ratio decidendi. Omnibus his caſibus locum habet ratio edicti, & maieſtas prætoris contemnitur, quæ proinde vindicanda eſt. *§. 2. 3. & l. ſi familia. 9. inf.*

b *Omnes.* Ratio dubitandi. Vnicum album eſt, ergo vnicum delictum fuit. Ratio decidendi. Imò tot ſunt delicta, quot ſunt perſonæ delinquentium. *l. ita vulneratus. 51. in fi. ad l. Aquiliam.* perſonæ enim ſunt illæ quæ multiplicant delicta, non res ipſa, cum vnus tantùm actus eſt.

8. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

ADeo quidem, vt non ſufficiat, vnum eorum pœnam luere.

Ad l. Adeo 8.

Ratio dubitandi. Cùm plures ſunt obligati eiuſdem rei nomine, vno ſoluente omnes liberantur. *l. 2. §. 1. de duobus reis.* Ratio decidendi. Cùm vna tantùm obligatio eſt id procedit, non etiam ſi plures ſint, & vnuſquiſque propriam ſuam pœnam ſoluat. *l. 5. §. pen. & l. vlt.* ne quis eum qui in ius: qui enim proprio ſuo nomine quid ſoluit, nunquam alium liberat. *l. ſi quid poſſeſſor. 31. de petitione hereditatis. l. Papinianus. 18. mancat.*

9. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SI familia alicuius album corruperit: non ſimiliter hîc edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio detur, ſi tantùm dominus cùm defendere voluit, vnius nomine præſtiterit, quantum liber præſtaret; fortaſſe quia hîc & contempta maieſtas prætoris vindicatur, & plura facta intelliguntur: quemadmodum cùm plures ſerui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt [c]: quia plura facta ſunt: non, vt in furto, vnum. Octauenus hîc quoque domino ſuccurrendum ait. Sed hoc poteſt dici, ſi dolo malo curauerint, vt ab alio album corrumperetur, quia tunc vnum conſilium ſit, non plura facta, idem Pomponius libro decimo notat.

Ad l. Si familia 9.

Ratio dubitandi. Cùm furtum à tota familia factum eſt, ſufficit præſtari à domino, quantum præſtari deberet, ſi liber homo furtum feciſſet. *leg. illud quæſitum. 32. ad legem Aquiliam.* id eſt, pœnæ nomine duplum, & conditionis ſimplum. *l. 1. §. vlt. leg. 2. & 3. ſi fam. furt. fec. dic.* Ratio decidendi. Aliud eſt in furto, quia vnicum eſt: aliud in albo corrupto, propter duplicem illam rationem diuerſitatis, quam hæc lex adfert. Iunge *legem quartam de iniuriis.*

c *Iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt.* Ratio dubitandi. Ex dicta lege quæſitum. 32. *ad leg. Aquiliam.* vbi dicitur, in actione damni iniuriæ idem ſeruandum, quod in

actione furti, & eadem ratione, ne dominus ob vnum delictum tota familia careat. Ratio decid. Debet intelligi Caius in *dicta lege* 32. quomodo hîc Paulus Octauenum intelligit, de eo caſu, quo tota familia vno conſilio damnum dederit, alioqui plura ſunt facta, & ſic falſa erit ratio, qua mouetur Caius in verbis, *ex vno delicto*. nam quæ diuerſitatis rationes inter furtum, & dãnum iniuria datum à noſtris adferuntur, poſſent accommodari fortaſſis ad Paulum hîc ſed non ad Caium, qui eandem in vtraque actione rationem conſtituit. Nec ſanè improbabile eſt, diſſenſiſſe in hac quæſtione Iureconſultos, quod vtriuſque legis verba non obſcurè innuunt.

10. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

QVi iuriſdictioni præeſt, neque ſibi ius dicere debet, neque vxori vel liberis ſuis, neque libertis, vel cæteris, quos ſecum habet.

Ad l. Qui iuriſdictioni 10.

Ratio dubitandi. In priuatis negotiis pater filium, & filius patrem iudicem habere poteſt: quia iudicare munus publicum eſt. *l. in priuatis* 77. *& ſeq. de iudic.* Ratio decid. Aliud eſt iudicem eſſe, aliud verò ius dicentem. Non poteſt quis ſibi, aut ſuis ius dicere: quia ius dicentis arbitrium liberum eſt: Iudex tamen pedaneus eſſe poteſt, quia adſtrictus eſt formulæ, ex cuius præſcripto etiam inuitus cogitur iudicare. Adeò vt ob hanc cauſam neceſſè fuerit generali lege vtrumque prohibere, ne quis in ſua cauſa iudicaret, vel ius diceret. *l. vn. C. ne quis in ſua cauſ.* Hinc eſt quod in *eo. tit.* ponuntur hæc tanquam diuerſa, *ius dicere, & iudicare*. Hinc diuerſitas titulorum, *de iuriſdictione, & de iudiciis*. Hic enim noſter eſt de ius dicentibus, ille de iudicibus datis, & pedaneis, de quibus eſt titulus proprius in Codice.

11. GAIVS libro 1. ad Edictum prouinciale.

SI idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum ſingularum quantitas intra iuriſdictionem iudicantis [a] ſit, coaceruatio verò omnium excedat modum iuriſdictionis eius: apud eum agi poſſe Sabino, Caſſio, Proculo placuit, quæ ſententia reſcripto Imperatoris Antonini confirmata eſt.

Ad l. Si idem 11.

Ratio dubitandi. Plures actiones inter eaſdem perſonas vnico iudicio exerceri poſſunt: imò & vnica actione, quæ plures habeat ſpecies: quo caſu plurimum quoque ſummarum condemnatio plerumque fit. *l. ſi qui ſeparatim* 10. *§. 1. de appell.* Ratio decidendi. Multum intereſt, an plures ſint actiones, licèt contra eandem perſonam, an verò vnica quæ plures habeat ſpecies. Priore caſu non fit coaceruatio ſummarum: vt neque donationum in caſu *l. ſancimus* 34. *§. ſi quis autem. Cod. de donat.* poſteriore verò ſecus. *d. l. ſi qui ſeparatim* 10. *§. 1.* Quanquam eo etiam loco fit coaceruatio ad ampliandam, non ad impediendam iuriſdictionem, quæ ſemper fauorabilis eſt. Sicut è contrario in *d. §. ſi quis autem.* non fit coaceruatio ſummarum, ne impediatur validitas donationis. Semper enim curandum eſt, quantum fieri poteſt, vt quod agitur in tuto ſit, & valeat potiùs quàm pereat. *l. quoties* 12. *de reb. dub.*

a *Intra iuriſdictionem iudicantis.* Finge mandatam fuiſſe iuriſdictionem vſque ad certam quantitatem. *l. ſolet.* 16. *& l. ſeq. h. tit.*

1 ¶ Sed & ſi mutuæ ſunt actiones: & alter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem agendum eſt ei, qui quantitatem maiorem petit: ne in poteſtate calumnioſa aduerſarij mei ſit, an apud eundem litigare poſſim.

Ad §. 1. Sed & ſi mutuæ.

Ratio dubitandi. Cùm mutuæ ſunt actiones inter eaſdem perſonas, & quæ apud eundem iudicem tractantur, non poteſt iudex de vna pronuntiare, quin de alia quoque pronuntiet. *l. 1. §. vlt. quæ ſenten. ſine appellatione reſcind.* Non poteſt igitur cognoſcere de minore quantitate, ſi non poſſit cognoſcere de maiore.

Ratio decidendi. Ne in poteſtate calumnioſi mei aduerſarij ſit, an apud eundem litigare poſſit. Sic enim lego, *calumnioſi*, pro *calumnioſa*, & *poſſit* non *poſſim*. & in præcedentibus illis verbis: *ei qui quantitatem minorem petit*, lego *maiorem*, pro *minorem*. Nam haud dubiè maiorem intelligit Caius eam, quæ iuriſdictionis modum excedit, minorem verò, quæ eſt intra modum, nec dubitatio vlla eſt de eo, qui petit minorem, quin ſit competens iuriſdictio cognoſcentis de illa quantitate, quàm tamen certum eſt non futuram competentem, ſi de ſola maiore quantitate tractaretur. Non ergo poteſt eſſe quæſtio, an qui petit minorem debeat ire ad eundem iudicem, ſed an is qui petit maiorem. Cùm enim dicimus eundem iudicem, præſupponimus iam eſſe iudicem competentem ratione alterius, qui prior egit, non ratione huius, qui poſterior agit. Hic autem prior egit is, qui petit minorem quantitatem, vt demonſtrat ordo illorum verborum, *& alter minorem quantitatem, alter maiorem petat.* ſed neque calumnia vlla eſſe poteſt illius, qui petit minorem quantitatem, ſi maior ei debeatur, ſed illius tantùm qui maiorem petit ſciens minorem ſibi deberi, vel ob hoc ſolùm, ne apud eundem litigare cogatur, ex titul. *quibus de rebus ad eundem iudicem eatur.* Ergo fallit hoc caſu, quod eſt ſcriptum in §. 1. *l. penult.* j. *h. tit.* vt ibi dicam.

2 ¶ Si vna actio communis ſit plurium perſonarum, veluti familiæ herciſcundæ, communi diuidundo finium regundorum: verùm ſingulæ partes ſpectandæ ſunt circa iuriſdictionem eius, qui cognoſcit? quod Ofilio, & Proculo placet: quia vnuſquiſque de parte ſua litigat: an potius tota res in iudicium venit, & vel vni adiudicari poteſt? quod & Caſſio & Pegaſo placet, ſanè eorum ſententia probabilis eſt.

Ad §. 2. Si vna actio.

Ratio dubitandi. Hæc tria iudicia dicuntur duplicia & mixta: quia vterque in iis & actor & reus eſt. *l. in tribus.* 22. *de iudiciis. l. iudicium* 10. *finium regundorum. leg. actionis* 37. *in fin. de obligationibus & actionibus.* Ergo quantum ad iuriſdictionem ſeparanda ſunt, ſicuti cùm agitur pluribus, aut mutuis actionibus, vt *hac lege in princip. §. 1.*

Ratio decid. Sunt quidem duplicia, ſed in quibus tamen tota res ex vnaquaque parte in iudicium deducitur, vt ex eo apparet, quod vni ex litigatoribus tota adiudicari poteſt, vt hîc ſcriptum eſt. Iuriſdictionem ergo de tota re habere debet, qui in his cognoſcit: nec ſanè video cur quod ait Caius, *eorum*, velint quidam referre ad Ofilium & Proculum potius, quàm ad Caſſium & Pegaſum, de quibus proximè dictum eſt.

12. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

MAgiſtratibus municipalibus ſupplicium à ſeruo ſumere non licet: modica autem caſtigatio [a] eis non eſt deneganda [b].

Ad l. Magiſtratibus 12.

Ratio dubitandi. Serui iure ciuili pro nullis habentur. *l. quod attinet 32. de regulis iuris. lege nullo modo 7. ad legem Corneliam de falſ. & pro quadrupedibus. leg. 2. ad legem Aquiliam.* Cur non ergo liceat magiſtratui municipali de iis ſupplicium ſumere? præſertim, cum præfecto vigilum hoc concedatur. *l. pen. de condict. cauſ. dat. lege interdum 56. §. 1. de furt.* quem tamen conſtat imperium merum non habuiſſe. *l. 3. §. 1. l. 4. de officio præfecti vigilum.* Ratio decidendi. Etiam ſeruorum vita curæ eſt legiſlatori. *l. 1. & 2. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* non ſolùm, quòd ij iure naturali ſunt homines. *l. 4. de iuſtitia & iure.* ſed etiam ratione ciuili, quòd per eos quoque poſſit locupletari Reſpublica, & poſſint illi bene merendo de dominis aliquando tandem conſequi libertatem, & euadere in ciues.

a *Modica autem caſtigatio.* Quæ nihil aliud eſt quàm mixtum imperium, quod iuriſdictioni cohæret. Habent enim iuriſdictionem etiam magiſtratus municipales, & duumuiri. *lege vnica. ſi quis ius dic. l. ea, quæ magis 28. ad municipalem.* iuriſdictio autem ſine modica caſtigatione, & coërcitione nulla eſt. *l. 1. in fine. l. vlt. de officio eius.* etſi videtur, caſtigatio differre a coërcitione, & referri potius ad corporalem, ſed leuiorem animaduerſionem. *d. l. 3. §. 1. l. 4. de officio præfecti vigilum lege ſi quid erit 11. de officio proconſulis.* coërcitio verò ad pecuniariam quæ & mulcta appellatur. *l. aliud fraus eſt 131. l. ſi qua pœna 244. de verb. ſignif.*

b *Deneganda. l. item 15. §. vnde quæritur 39. l. ſed ſi 17. §. 2. de iniuriis.* Ratio dubitandi. *Ex l. . . ſi quis ius dicenti non obtemper.* ibi, *neu tamen duumuiris.* Ratio decidendi. Dicam ibi.

13. IDEM lib. 51. ad Sabinum.

EVm, qui iudicare iubet [c], Magiſtratum eſſe oportet.

Ad l. Eum, qui iudicare 13.

Ratio dubitandi. Iudicem dare poſſunt omnes qui habent iuriſdictionem. cum iudicis dandi licentia ſit iuriſdictionis. *l. 1. & 3. ſupra.* non omnes, qui iuriſdictionem habent ſunt magiſtratus, puta ſi priuatus habeat mandatam ſibi ab alio. *lege vltima de officio eius. l. cum prætor 12. §. 1. de iudiciis.* Ratio decidendi. Is, qui mandatam ſibi a magiſtratu iuriſdictionem habet, licèt non ſit magiſtratus, tamen vice magiſtratus, qui mandauit, fungitur: ſiue prætor ſit mandatarius, ſiue priuatus. *l. 1. § 1. l. 3. de officio eius leg. ſolet 16. hoc tit.* Itaque, quamuis non poſſit eandem iuriſdictionem alij mandare, quia eam non ſuo iure habet, ſed alieno beneficio. *l. more maiorum 5. eodem.* iudicem tamen dare poteſt, quia mandata iuriſdictione totum officium iuris dicundi tranſit. *l. 1. §. an autem. de ſuſp. tutor. dixi ad leg. 5. & 6.*

c *Iubet.* Intellige proprio iure, non alieno, iunge §. *ſeq.*

1 ¶ Magiſtratus autem, vel is, qui in poteſtate aliqua ſit, (vt putà proconſul, vel prætor, vel alij qui prouincias regunt) iudicare iubere eo die, quo priuati futuri eſſent, non poſſunt.

Ad §. 1. Magiſtratus.

Ratio dubitandi. Tempus quo iudex datur inſpiciendum eſt, non quo iudicatur, quoties quæritur an datus ſit ab habente poteſtatem. Nam qui dati ſunt à magiſtratu, etiam in tempus ſucceſſorum eius durant: coguntúrque pronunciare. *leg. venditor. 49. §. 1. de iudiciis.* Ratio decid. Diſpoſitio qualibet cenſetur facta eo tempore, in quod confertur. *l. quod ſponſæ 4. C. de donation. ante nuptias. l. Stichus 39. de manum. teſtam. l. Titio 51. de vſufruct.* Itaque nihil refert, an priuatus quis iubeat iudicare, an verò tempore quidem magiſtratus, ſed in id tempus quo erit priuatus. Cùm autem hic locus connexus ſit *princ. legis*, apparet, quod ibi ſcriptum eſt. Eum, qui iudicare iubet magiſtratum eſſe oportere, non eſſe ſcriptum ad differentiam & excluſionem illius, qui mandatam iuriſdictionem habet, nec magiſtratus eſt, ſed ad excluſionem priuati, qui nullam penitus habet iuriſdictionem, quomodo nullam habet magiſtratus, cùm magiſtratu ſuo functus eſt.

14. IDEM libro 30. ad Edictum.

ESt receptum, eóque iure vtimur: vt ſi quis maior, vel æqualis ſubijciat ſe iuriſdictioni alterius poſſit ei, & aduerſus eum ius dici.

Ad l. Eſt receptum 14.

R[illegible] dubitandi. Par in parem non habet imperium, [illegible] minus inferior in ſuperiorem, vt neque iuriſdictionem. *l. 3. §. vlt. l. 4. de arbit. l. minor. 18. de minoribus.* Ratio decidendi. Aliud eſt, ſi par vel maior magiſtratus, tanquam priuatus quilibet, ſubiiciat ſe iuriſdictioni minori *l. ille, à quo. 13. §. tempeſtiuum, ad Senatuſconſultum Trebellianum.* priuatorum enim conſenſus, licet non poſſit aliquam iuriſdictionem tribuere ei, qui nullam habet. *l. 3. Cod. hoc tit.* eius tamen qui habet poteſt prorogare. *l. 1. eo. l. 1. & 2.* etiam ſine conſenſu magiſtratus. *d. l. 2. §. 1.*

15. IDEM libro 2. de omnibus Tribunalibus.

SI per errorem alius pro alio prætor fuerit aditus: nihil valebit, quod actum eſt: nec enim ferendus eſt, qui dicat, conſenſiſſe eos in præſidem: cùm, vt Iulianus ſcribit, non conſentiant, qui errent. quid enim tam contrarium conſenſui eſt, quàm error, qui imperitiam detegit?

Ad l. Si per errorem 15.

Ratio dubitandi. Videntur litigatores conſenſiſſe in præſentem prætorem, id eſt, qui ab iis aditus fuit: ſic enim legendum eſſe *præſentem* pro, *præſidem*, obſeruauit rectè Cuiacius primo obſeruatio. 32. cùm præcedentia non de Præſide ſint, ſed de Prætore. Ratio decidendi. Non conſentiunt qui errant. Error conſenſum non habet, ſed imperitiam quam etiam detegit. *l. 2. de iud. l. ſed hoc ita. 20. de aq. pluu. arcen.*

16. IDEM libro 3. de omnibus Tribunalibus.

SOlet prætor iuriſdictionem mandare, & aut omnem mandat, aut ſpeciem vnam, & is, cui mandata iuriſdictio eſt, fungetur vice qui mandauit, non ſua.

17. IDEM

17. Idem libro 1. Opinionum.

PRætor ſicut vniuerſam iuriſdictionem mandare alij poteſt, ita & in perſonas certas, vel de vna ſpecie poteſt: maximè cùm iuſtam cauſam ſuſceptæ ante magiſtratum aduocationis alterius partis habuerat.

Ad l. Solet Prætor 16. & Ad l. Prætor.

Ratio dubitandi. Quod magiſtratus per ſeipſum facere cum dignitate poteſt, id alij faciendum committere non debet, ne iuriſdictionem ſuam negligere videatur. *l. 8. §. ſi prætor 1. de tranſactionib. l. quod quis ſibi 8. Cod. de procurat.* Ratio decidendi. More maiorum hoc receptum eſt. *l. 5. ℥.* ac proinde licitè hoc fit & honeſtè. *l. de quibus 32. de legibus.* Etiam ſi is qui mandat iuriſdictionem ſuam præſens ſit, nec abeſſe cogatur, niſi de ea iuriſdictione agatur, quæ ſpecialiter data ſit, vel lege, vel ſenatusconſulto, vel principis conſtitutione. *l. 1. de off. eius.* Itaque quod hæc lex ait, *omnem*, intellige, iure magiſtratus competentem, non etiam ſpecialiter datam. Cur autem hoc more receptum ſit, vt qui iuriſdictionem ſuo iure habet, mandare eam poſſit: ratio eſt, quia non eo minus iuriſdictionem retinere, & ipſe cognoſcere intelligitur, cum is qui mandatam ſuſcepit, nihil proprium habeat & aliena vice fungatur, non ſua. *l. 1. §. 1. l. 3. de officio eius.* quare nec hodie aliud erit poſt *l. 2. C. de pedaneis iudicibus.* Magiſtratibus enim iudices dare, niſi ex certis cauſis, prohibitum eſt: mandare verò iuriſdictionem non eſt prohibitum, tametſi nulla neceſſitas ſit. Multò magis, ſi non poſſit magiſtratus cognoſcere ſiue ob eas cauſas, de quibus in *d. l. 2.* ſiue quòd in ea cauſa, de qua iuriſdictionem mandat, fuerit aduocatus, vt hîc & *l. quiſquis. 6. in pr. C. de poſtul.*

18. Africanvs lib. 7. Quæſtionum.

SI conuenerit, vt alius prætor, quàm cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiret, mutata voluntas [a] fuerit, proculdubio nemo compelletur eiuſmodi conuentioni ſtare.

Ad l. Si conuenerit 18.

Ratio dubitandi. Poteſt quilibet iuri ſuo renunciare. *l. pactum 46. de pactis.* & iuriſdictionem, alioqui non competentem, prorogare. *l. eſt receptum 14. ℥. l. penult. C. de pact.* nec poteſt ab ea lege, quam ſibi dixit poſtea recedere: quæ enim ab initio ſunt voluntatis, vbi venerint, ſunt neceſſitatis. *l. 5. Cod. de obligatio.* Ratio decidendi. Qui competens magiſtratus eſt iuriſdictionem habet, etiam in inuitum. *l. 4. Cod. de iuriſ dict. l. ſi Stichum 83. §. 1. de verb. obligat.* ſed qui eſt incompetens, non poteſt habere niſi in volentem, *l. ſi quis filio 6. §. quod, ſi quis. de iniuſt. rupt. & irrit.* volens autem intelligitur, non qui voluit, ſed qui vult eo præciſe tempore, quo exercetur primus actus iuriſdictionis. Interim igitur locus eſt pœnitentiæ, non idem eſt, ſi quis promiſerit ſe non vſurum præſcriptione fori. *d. l. pen. Cod. de pact.* præſcriptio enim illa non habet locum, niſi aducitis ordinariam & competem iuriſdictionem: ideóque, ſi non opponatur, non ideò minus valet ſententia: adeóque, ſi opponatur poſt litem conteſtatam. *d. l. 4. C. h. tit. l. vlt. C. de except.*

a *Mutata voluntas.* Alterius, vt ſit aliquis locus dubitationi. Nam ſi ambo mutauerint voluntatem, quæ cauſa dubitandi? niſi forte ita, quod iuriſdictionis prorogatio fit ſola voluntate litigatorum, etiam ſine conſenſu ius dicentis. *l. 2. d. iud.* Ergo primo litigantium conſenſu videtur prorogara, etiam priuſquam ſit aditus magiſtratus, vbi autem prorogatio ſemel facta eſt, non videtur poſſe allegari incompetentiá. ſed Ratio decidendi eſt, iuriſdictionem tunc prorogari, cùm incipit exerceri, non antea. Actum enim aliquem iuriſdictionis eſſe neceſſarium conſtat ex *d. l. 2. §. 1.* ibi, *& putat ſuam iuriſdictionem. de iud.*

b *Nemo*, id eſt, neuter

19. Vlpianvs libro 6. Fideicommiſſorum.

CVm quædam puella apud competentem iudicem litem ſuſceperat, deinde condemnata erat, poſteaque ad viri matrimonium alij iuriſdictioni ſubiecti peruenerat: quærebatur, an prioris iudicis ſententia exequi [a] poſſit: Dixi poſſe, quia ante fuerat ſententia dicta. Sed, & ſi poſt ſuſceptam cognitionem, ante ſententiam, hoc eueniet: idem putarem: ſententiáque à priore iudice rectè fertur. Quod generaliter [b] & in omnibus huiuſcemodi caſibus obſeruandum eſt.

Ad l. Cum quandam puella 19.

Ratio dubitandi. Mulier ex quo nupta eſt ſequitur domicilium mariti. *l. filij 22. §. 1. l. ea, quæ 32. ad municip.* Actor autem ſequitur forum rei. *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Executio ſententiæ debet fieri ex authoritate eiuſdem magiſtratus, cuius fuit iuriſdictio in cognitione negotij principalis. *l. à Diuo Pio 15. de re iud.* cum in iudicio accipiendo & litem conteſtando quaſi contrahatur. *l. 3. §. idem ſcribit. de pecul. l. delegare 11. §. 1. de nouatio.* Alioqui erit in poteſtate mulieris, nubendo iudicium mutare, quod abſurdum eſſet. *l. ſi idem 11. §. 1. ℥.* vbi enim ſemel acceptum eſt iudicium, ibi finem accipere debet. *l. vbi acceptum 30. de iudic.* nec priuilegium fori ſuperueniens impedimento eſt. *l. ſi quis* [illegible] *eod.*

a *Exequi.* Paſſiue ſumitur, pro executioni mandari, vt verbum *tuebitur* pro *defendetur* in *l. filio 17. de iniuſt. rupt.*

b *Quod generaliter.* Tota hæc adiectio videtur ſapere Tribonianum.

1 ¶ Quotiens (de) quantitate ad iuriſdictionem pertinente quæritur: ſemper quantum petatur quærendum eſt, non quantum debeatur.

Ad §. 1. Quotiens.

Ratio dubitandi. Non debet eſſe in poteſtate calumniosi aduerſarij mei, apud quem litigare poſſit. *l. ſi idem 11. ſupra.* quod tamen erit ſi inſpiciatur non quantum ei debeam, ſed quantum ille petat.

Ratio decidendi. Præpoſterum eſt vt inſpiciatur quantum illi debeam, cum de iuriſdictione quæritur, quia nec ſciri illud poteſt, niſi ex euentu iudicij qui incertus eſt, *leg. minor. 40 de minoribus. leg. quod debetur 51. de pecu.* iudicium autem nullum eſſe poteſt, niſi conſtituta iuriſdictione. *titul. C. ſi a non competen. iudic.* neceſſariò igitur inſpiciendum eſt, quantum petatur. Nempe cum quæritur ad quem iudicem nunc primùm eundum ſit. Difficilius namque eſt, vt non ad eundem iudicem eatur, cuius iam certa & conſtituta eſt iuriſdictio, quam vt non ad eum, qui nullam adhuc habeat iuriſdictionem. Non eſt abſurdum eſſe in poteſtate aduerſarij mei, apud quem litiget,

get,ſicut nec quando litiget,aut de qua re. *l.purè.5.§.fin. de doli exceptione.leg.vnic.C.vt nemo inui.*ſed abſurdum eſt, in ipſius poteſtate eſſe, vt non cogatur litigare apud eundem iudicem, apud quem eum iam conueni, quoties ipſius actio talis eſt, vt ad eundem iudicem iri oporteat *d.l.ſi idem.11.§.1.ff.eod.*

20. PAVLVS libro 1. ad Edictum.

EXtra territorium ius dicenti impunè non paretur [c]. ¶ Idem eſt,& ſi ſupra iuriſdictionem [d] ſuam velit ius dicere.

Ad l. Extra territorium 20.

Ratio dubitandi. Dignitas & autoritas magiſtratus in perſona ipſius eſt, non in territorio: & extra territorium eam quoque retinet. *leg 1. & vlt.de offic.proconſulis.* Dignitas autem magiſtratuum illa eſt, quæ facit,vt quod ab iis decernitur iuris habeat poteſtatem. *§.prætorum. Inſtit. de iure naturali.* Eàmque dignitatem impunè violari periculoſum eſt, tum quoque, cùm prætor per ſordes, aut gratiam male ius dixit. *l.ſi vno inuito 65.§.2.ad Trebellianum.*Ratio decidendi.Iuriſdictio ſicuti nulla eſt ſine perſona, in qua reſideat,ita nec ſine perſona, in quam poſſit exerceri. Requirit enim duo extrema, agens, & patiens, nec in quoſlibet danda eſt ea poteſtas cuilibet iuriſdictionem habenti, ne alioqui turbentur, & miſceantur iuriſdictiones, quas vtique & plures & diſtinctas eſſe neceſſe eſt. *l.cùm vnus 12. §.1. de rebus autoritate iudicis poſſidendis.* non poſſunt autem iuriſdictiones melius diſtingui, quam territoriis, quas non limitas ſolemus dicere, licèt diſtinguantur etiam aliquando perſonis.*l.3.de officio præſ.aut feudis,* quas nos ſolemus dicere iuriſdictiones ſuper hominibus & feudis, quæ ſicut multò arctiores ſunt, ita & minores ſunt, minúſque nobiles.

c *Non paretur.*Hinc vſus literarum requiſitoriarum,quas vulgò *de pareatis* appellant, per quas iubet quis ſubditis ſuæ iuriſdictioni, vt pareant, qui aliter parere non cogerentur. nimirum quia ſibi inuicem fauent mutuis auxiliis iuriſdictiones, vt earum autoritas conſeruetur, etiam quæ diuerſos habent ſupremos principes, multò magis quæ ſunt ſub eodem. *l.à diuo 15. de re iudicata. Nouell. 134.cap.5. l.Epiſcopale 8.C.de epiſcopali audientia.* Nam & hæ interdum ſe coniungunt, ne poſſit relinqui color non parendi,vt in *l.uriſperiti 30.§.1.de excuſ.tutor.* quod & à diuerſorum principum magiſtratibus aliquando vſurpatur.vide leg.*magis puto. §. illud quæri. de rebus eorum, qui ſub tutel.vel cur.ſunt non alien.*

d *Supra iuriſdictionem.* Nam iuriſdictio, quæ certæ rei, vel quantitatis finibus coarctata eſt, ſupra eam quantitatem,vel extra eam rem nulla eſt.*l.1. 3. & vlt. C.ſi à non compet.iud.*

QVOD QVISQVE IVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM IVRE VTATVR.

TITVLVS II.

VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

HOc Edictum ſummam habet æquitatem,& ſine cuiuſquam indignatione iuſta,quis enim aſpernabitur idem ius ſibi dici, quod ipſe aliis dixit, vel dici effecit?

1 ¶ *Qui magiſtratum poteſtatémve habebit, ſi quid in aliquem noui iuris [a] ſtatuerit: ipſe,quandóque aduerſario poſtulante, eodem iure vti debet. Si quis apud eum, qui Magiſtratum poteſtatémve habebit, aliquid noui iuris obtinuerit [b]: Quandoque poſtea aduerſario eius poſtulante, eodem iure aduerſus eum decernetur. Scilicet, vt quod ipſe quis in alterius perſona æquum eſſe crediderit, id in ipſius quoque perſona valere patiatur.*

Ad Titul. 2. Quod quiſque iuris, &c.

Ad l. pr. 1. & §. 1.

Ratio dubitandi. Ius non conſtat opinione,ſed veritate, nec niſi ex ratione æſtimatur quæ ſemper vna & certa eſt.*l.quod non ratione 39. de legibus. lege ſecunda. Cod. quæ ſit long.conſ.* nec, quod contra iuris rationem & iniquè ab aliquo ſtatutum eſt, debet trahi ad conſequentias. *l.quod verò 14.de legibus.* non enim ſicut facti quæſtio,ita etiam iuris autoritas in poteſtate iudicantium eſt. *l. ordine 15.ad municip.* Ratio decidendi. Non poteſt quidem ius iniquum ab aliquo vel ſtatutum,vel impetratum trahi ad conſequentias, quantum ad cæteros, ſed quantum ad eum qui ſtatuit ipſe vel impetrauit, poteſt. Qua enim fronte aſpernabitur idem ius ſibi dici, quod aliis ille vel dixerit, vel dici effecerit? Nam & ſuam turpitudinem allegaret, ſi auderet dicere iniquum eſſe ius,quod ille vel conſtituit, vel impetrauit. Turpitudinem verò propriam allegans,non eſt audiendus. *l.alias autem 18.in fin. de iureiurando.* Denique æquitas huius tituli pendet ex eo, quod iuris noſtri præcepta illa ſunt, ne quis lædatur,& vt ſuum cuique tribuatur:quæ ambo violat,quiſquis iniquū ius in alium ſtatuit, vel impetrat. Sed & quod magis eſt violat præceptum illud iuris naturalis, ex quo iſta pendent: Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. Nec tamen hoc ſic accipiendum eſt, quaſi pœnæ nomine iniquum aliquid in eum decernatur, ne ex iure iniuria proficiſcatur, ſed quia non poteſt quis recuſare, quominus quod in alterius perſona æquum eſſe credidit,in ſua quoque valere patiatur,vt verba edicti habent.Eſt tamen edictum hoc pœnale.*l.3.§.2.& ſeqq.l.4.h.tit.*

a *Noui iuris*, id eſt, iniqui & iniurioſi. *§.vltim. & l.3.in princip.h.*ſed & ſi iniquum & iniurioſum eſt, cur ergo ius appellatur? Relatione ſ. facta,non ad id quod prætor fecit,ſed ad id quod facere debuit.*l.penult. de iuſtitia & iure.l.de quibus.32.verſ.nunc ius.de legibus.l.ſed licet.de offic. præſid.*

b *Obtinuerit.*Ratio dubitandi. Qui ius iniquum ſibi obtinuit,non ideò tamen ſibi ius dixit, quod nec ſi voluiſſet facere voluiſſet.*l.qui iuriſdictioni 10. de iuriſdict.*

Ratio decidendi. Perinde habetur, ac ſi ipſe ſtatuiſſet, quia viro bono non conuenit, quidquam petere,niſi quod ipſe decreturus eſſet, ſi eſſet magiſtratus. Impudenter enim faciunt, aut ſaltem imprudenter, quibus comicum illud poteſt obiici. Tu ſi hîc ſis,aliter ſentias. Eademque ratio adferri poteſt ad *l.cùm in eo 44.de pact.l.cùm hereditas 59.de adminiſtrat.tutor.l.vlt.C.de ſportul.*

2 ¶ Hæc autem verba, *quod ſtatuerit, qui iuriſdictioni præeſt*, cum effectu accipimus,non verbo tenus; & ideò

& ideò ſi quum vellet ſtatuere, prohibitus ſit, nec effectum decretum habuit, ceſſar edictum. Nam *ſtatuit* verbum rem perfectam ſignificat, & conſummatam iniuriam, non cœptam. Et ideo ſi inter eos quis dixerit ius, inter quos iuriſdictionem non habuit: quoniã pro nullo hoc habetur, nec eſt vlla ſententia, ceſſare edictum putamus: quid enim offuit conatus, cùm iniuria nullum habuerit effectum?

Ad §.2. Hæc autem verba.

Ratio dubitandi. Iniuſtus eſt, non tam qui iniuſta facit, quam qui vult facere: ſicut iuſtus, qui iuſta vult facere, licèt non faciat. Voluntas ergo ſola debet ſufficere in hoc edicto, vt in *l. 1. verſ. ſed etſi infra hoc tit.* Nam & generaliter proditum eſt in maleficiis voluntatem ſpectari non exitum. *l. vlt. de ſicar.* Ratio decidendi. Verba cum effectu ſunt accipienda. *l. 5. §. docere.* Ne quis eum, & locus eſt pœnitentiæ, quamdiu integra res eſt, ne alioqui cogitationis pœnam quis patiatur, contra *l. cognitionis 18. de pœnis*, & quod ſcriptum eſt in *d. l. vlt.* ſic accipi debet, non vt voluntas ſpectetur ſine exitu, ſed vt non ſpectetur exitus ſine voluntate, vt conſtat ex *l. 1. §. 3. & in l. 7. ad l. Cornel. de ſicar.*

2. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

HOc edicto dolus debet ius dicentis puniri. nam ſi adſeſſoris imprudentia ius aliter dictum ſit, non debet hoc Magiſtratui officere, ſed ipſi adſeſſori.

Ad l. Hoc edicto 2.

Ratio dubitandi. Ius dicens, & adſeſſor ſunt comites & ſocij conſiliorum. *l. 4. 5. de officio adſeſſor. l. 1. Cod. de adſeſſ.* Ergo factum vnius etiam alteri nocere debet. Ratio decidendi. Nihil poteſt imputari ius dicenti, qui ius dixit ex conſilio adſeſſoris, qui & prudens & eruditus credebatur, & cuius prudentiam putabat ſibi neceſſariam ad ius bene dicendum, vt ſcriptum eſt in *d. l. 1.* Denique vbi ceſſat dolus, ceſſat edictum, quia ceſſat iniuria, quæ nunquam fit ſine animo iniuriæ faciendæ. *l. 3. §. 1. de iniur.* Quare nec poſſum probare quod hic additur, *ſed ipſi adſeſſori*, cùm lex ponat nihil dolo malo feciſſe adſeſſorem: ſed tantùm per imprudentiam. Adde, quòd neque verba edicti alium coërcent, quàm qui ius iniquum vel ſtatuit, vel impetrauit: quorum neutrum de adſeſſore dici poteſt. Sunt ergo iſta imperiti interpretis.

3. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI quis iniquum ad Edictum ius aduerſus aliquem impetrauit: eo iure vtatur ita demum, ſi per poſtulationem eius hoc venerit: cæterùm ſi ipſo non poſtulante, non coercetur, ſed & ſi impetrauit [a], ſiue vſus eſt iure aliquo [b], ſiue impetrauit, vt vteretur, licèt vſus non ſit [c], hoc edicto punitur.

Ad l. Si quis iniquum 3.

Ratio dubitandi. Qui impetrat agnoſcit, etiam ſi non poſtulauerit, & agnitio pro poſtulatione eſt: ſicut dicimus ratihabitatione fieri proprium negotium, quod erat alienum. *l. ſi pupilli 6. §. item quæritur. de negotiis geſtis.* Cumque plus ſit impetrare, quam petere, quid refert an petitum ſit necne, quòd fuit impetratum? Ratio decidendi. Nocet impetratio ita demum, ſi vel petitio præceſſerit, vel ſequatur vſus. Nam ei, qui nec petit, nec vſus eſt, nihil poteſt imputari, niſi impetrauerit vt vteretur, quod ſanè ſufficeret, licèt vſus non eſſet: & hic huius legis ſenſus eſt.

a *Sed & ſi impetrauit*, ſup. nulla poſtulatione præcedente.

b *Iure aliquo.* Lego, *in re aliqua*, errore ſimili, quem nos primo coniecturarum, capite quinto obſeruauimus, in *l. quod dicitur 5. de impenſ. in res dotales.* Iam enim ſatis expreſſum erat tractari hic de iure iniquo, impetrato, quamquam ſi velles legere *iure iniquo*, non repugnarem.

c *Licèt vſus non ſit.* Ratio dubitandi. Verba cum effectu ſunt accipienda. *l. 1. §. 2. ſupr.* Ratio decidendi. Effectus ſecutus eſt, quia hic non tantùm voluit impetrare, ſed etiam impetrauit ius iniquum, & quidem vt eo vteretur, licèt vſus non ſit.

1 ¶ Si procurator meus poſtulauit: quæritur, quis eodem iure vtatur, & putat Pomponius, me ſolum, vtique ſi hoc ei ſpecialiter mandaui, vel ratum habui. ¶ Si tamen tutor [a]: vel curator furioſi poſtulauerit, vel adoleſcentis: ipſe hoc edicto coërcetur. Item aduerſus procuratorem id obſeruandum eſt, ſi in rem ſuam fuerit datus.

Ad §. 1. Si procurator.

Ratio dubitandi. Verum eſt procuratorem meum & poſtulaſſe & impetraſſe, licet meo nomine: ergo perinde teneri debet etiam proprio nomine. argu. *l. vltim. de inofficioſ. l. ſeruum. 49. mandati.* Ratio decidendi. Quod procurator meus facit ex mandato meo, ſiue vero, ſiue ficto, quod ex ratihabitione inducitur. *l. vlt. Cod. ad Maced.* id ego feciſſe videor, non ipſe. quia & totum commodum illius iniqui iuris, quod impetrauit, ad me non ad ipſum pertinet, niſi fuerit procurator in rem ſuam, quo caſu pro domino eſt. *l. qui ſtip. idia. 9. C. de procuratoribus l. ſi quis. 34. eodem.* At [illegible] inquies, ſufficit in hoc edicto, vt quis alij ius iniquum [illegible] fecerit. *l. 1. in princ.* Reſpon. verba illa pertinere ad eum, qui ius iniquum aduerſus alium impetrauit, & cuius propria aliqua culpa eſt: quæ tamen nulla eſt in eo, qui tanquam procurator impetrauit alterius & nomine, & commodo.

a *Si tamen tutor.* Ratio decidendi. Iſti omnes alieno quoque nomine & commodo iniquum ius impetrarunt, vt procurator, non ſuo: Ergo teneri non debent, ſed potius officij neceſſitate & adfectionis abundantia excuſari, argumen. *l. tutorem. 22. de his quæ vt indignis. l. 4. de in litem iurando.* Ratio decidendi. Propria ipſorum culpa eſt, cùm nec alieno mandato fecerint, nec officij neceſſitas eos cogeret ius iniquum impetrare, quòd ratio prohibeat.

2 ¶ Hæc pœna aduerſus omnem ſtatuitur, qui in edictum incidit: non ſolùm eo poſtulante, qui ab eo læſus [illegible], ſed omni qui quandoque experitur.

Ad §. 2. Hæc pœna.

Ratio dubitandi. Pœna non debet egredi delictum. *l. ſancimus 22. C. de pœnis.* Atqui non deliquit iſte, niſi quantum ad eum, contra quem dixit ius iniquum, vel impetrauit. Ratio decidendi. Imò deliquit publicè: ergo ab omnibus pœnam hanc pati debet. Itaque hoc ius iniquum trahitur ad conſequentias, quantum ad eos, qui cum iſto agunt, ſed non quantum ad alios, qui neque dixerunt, neque impetrarunt.

3 ¶ Si

3 ¶ Si is pro quo ſpopondiſti, impetrauerit, ne aliquis debitor ipſius aduerſus eũ exceptione vtatur, deinde tu in negotio, in quo ſpopondiſti, velis exceptione vti: nec te, nec ipſum oportet hoc impetrare: etſi interdum patiaris iniuriam, ſi ſoluendo debitor non ſit. ¶ Sed ſi tu [b] incidiſti in edictum, reus quidem vtetur exceptione, tu non vteris, nec pœna tua ad reum promittendi pertinebit: & ideò mandati actionem non habebis.

Ad §.3. Si is, pro quo.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor neque ius iniquum dixit, neque impetrauit: Ergo non incidit in edictum: neque exceptio ei competere poteſt ipſi adimi facto rei. *l.vlt.de pactis.* Ratio decidendi. Factum rei ſicut ipſi nocet, ita & eius fideiuſſori. *lege mora rei.88. de verborum obliga.* cùm fideiuſſoris obligatio ſit acceſſoria, & habiturus illi ſit regreſſum actione mandati. Quid ergo ſi non ſit conſecuturus indemnitatem, vel quia fideiuſſit donandi animo, vel quia debitor non ſit ſoluendo: iniuriam ſanè patietur, & damnum: ſed imputare ſibi debebit, quod pro tali fideiuſſerit.

b *Sed ſi tu.* Ratio dubitandi. Iniquum ius à fideiuſſore impetratum prodeſt reo, ne vnquam poſſit a fideiuſſore conueniri actione mandati: Ergo eidem nocere debet. Ratio decidendi. Factum fideiuſſoris qui non eſt niſi acceſſoriè obligatus, nunquam nocet reo. *d.leg.mora* 88. *multo minus in pœnalibus. iunge §.ſequ.*

4 ¶ Si filius meus in magiſtratu in hoc edictum incidit: an in his actionibus, quas ex perſona eius intendo, hoc edicto locus ſit? & non puto ne mea conditio melior fiat.

Ad §.4. Si filius meus.

Ratio dubitandi. Ex cuius perſona quis agit, & lucrum capit eius factum præſtare debet, *l.ex qua perſona.*149. *de regulis iuris.l.ſeruum.*33. *§.final.de procuratoribus.* Ratio decidendi. Poteſt melior conditio noſtra fieri per eos, quos habemus in poteſtate, deterior non poteſt. *l.contra.*28.*§.final.l.in perſona.*30. *de pactis.l.filius.*23. *Codice eodem.lege melior.*133.*de regulis iuris.l. penultim.depoſ.* Et quamuis pater agat ex perſona filij, non tamen nomine aut commodo ipſius filij agit, ſed ſuo proprio: etiamſi filius agere nolit. *lege tertia. §.ſed vtrùm. lege patri pro filio.*27. *de minoribus.* Et rurſum, quemadmodum in iis, quæ ad publicum ius pertinent, filius non ſequitur ius poteſtati *l.nam quod ad ius.*14.*ad Trebellianum*, quia in iis cauſis filiusfamilias pro patrefamilias habetur. *l.filiusfamilias.*9 *de his qui ſunt ſui vel alien iuris.* Ita neque per ea, quæ filius in magiſtratu geſſit lædi patris ius debet, nec poteſt dici hoc caſu patris & filij vnam eſſe perſonam. Itaque ſuccedit regula iuris pœnam non debere egredi perſonam delinquentis. *l.ſancimus.* 22. *C. de pœn.* Atqui egreditur inquies in §.3.ĩ. id eſt, cum agitur de fideiuſſore: pater autem, qui conſentit magiſtr. sui filij, velut ius fideiuſſor eſt. *l.3. §.vltim. de pecul. l.1. §.vlt. de magiſtratibus conuen.l.2. ad municip.* ſed & ſolet pater in actione quoque de peculio fideiuſſori comparari. *l. cùm filiusfamilias.*49.*de verborum oblig.* Reſp. filiumfamilias, cùm tenetur hoc edicto, non tanquam magiſtratum teneri, ſed tanquam priuatum, nec Reip. ſed iis, quos ipſe priuato nomine vult conuenire, aut à quibus conuenitur: nec rurſus poteſt dici haberi patrem pro fideiuſſore, cùm agit, ſed cùm conuenitur: non ergo debet ei nocere factum filij, quod nec fideiuſſori noceret ſiue agenti ſiue conuento, niſi in eo ipſo negotio in quo fideiuſſiſſet. Sic enim accipiendus eſt §.3.ĩ. qui ſicut non eſt porrigendus ad alios extra fideiuſſorem, ita & in fideiuſſore rationem illam habet, quòd qui pro alio fideiubet, ea lege videtur ad fideiuſſionem accedere, vt obligatio ſua tanquam acceſſoria, ſequatur naturam obligationis principalis.

5 ¶ Quod autem ait Prætor, *vt is eodem iure vtatur:* an etiam ad hæredem hæc pœna tranſmittatur? & ſcribit Iulianus, non ſolùm ipſi denegari actionem, ſed etiam heredi eius.

Ad §.5. Quod autem.

Ratio dubitandi. Pœnalibus actionibus heredes non tenentur. *l.conſtitutionibus.*33 *de oblig.l.1.de priuat. delict.l. ſi pœna.*20.*de pœn.* Alia enim eſt reuera perſona defuncti, alia heredis. Ratio decid. Non tranſit in heredem, niſi quantum ad actiones hereditarias, quæ vbi ſemel ſic affectæ ſunt, vt debeant propter hoc edictum denegari defuncto, non poſſunt ex perſona heredis mutare conditionem. *l.2.§ ex his de verborum obligat.* Heres enim in actionibus hereditariis, quæ non competunt ei, niſi tanquam heredi, cenſetur eadem omnino perſona cum defuncto. *l. cùm heres.*11.*diuerſ.temp.præſcri.* Denique hoc caſu pœna tranſit in heredem, ſed non pœnalis actio: quæ nulla ex hoc edicto competit.

6 ¶ Illud quoque non ſine ratione ſcribit, non ſolùm in his actionibus pati eum pœnam edicti, quas tunc habuit, cùm incideret in edictum: verùm ſi quæ poſtea ei adquirentur.

Ad §. 6. Illud quoque.

Ratio dubit. Actiones quæ nondum erant acquiſitæ tempore delicti non potuerunt affici per delictum: quia non entis nullæ ſunt qualitates: ergo nec per delictum. Ratio decid. Pœna hæc afficit perſonam principaliter, actionem vero non niſi per conſequentias quia pendet à perſona. Tam verò pendent à perſona actiones poſtea quæſitæ, quàm quæ iam delicti tempore fuerant. Quare nec aliud dicendum puto, etiamſi naſcantur poſt mortem eius, qui incidit in edictum. *tit. C. vt act. ab hered. l.hereditarium.*7. *de reb.auth. iud. poſſid.* Alia ratione eſt. *l.non poteſt.*23.*de iuds.l.1.§.1.de vſur.* vbi non habetur ratio eorum, quæ poſtea ſuperuenerunt.

7 ¶ Ex hac cauſa ſolutum repeti non poſſe Iulianus putat: ſupereſſe enim naturalem cauſam quæ inhibet repetitionem.

Ad §.7. Ex hac cauſa.

Ratio dubit. Ex hoc edicto nulla competit actio vt dixi ad §.5. ergo nec retentio. Ratio decid. Retentio cumpetit non ex hoc edicto: ſed quia ſupereſt naturalis æquitatis cauſa, quæ inhibet ſoluti repetitionem. *l.naturales.* 10. *de oblig.* Habet enim hoc edictum ſummam & naturalem æquitatem vt dixi ad *l.1.in prin.*

4. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

ILlud eleganter Prætor excepit, *Præterquam ſi quis eorum contra eum fecerit, qui ipſe eorum quid feciſſet:* & rectè: ne ſcilicet, vel magiſtratus, dum ſtudet hoc edictum defendere: vel litigator, dum vult beneficio huius edicti vti, ipſe in pœnam ipſius edicti committat.

Ad l. Illud eleg.ant r 4.

Ratio dubitandi. Ius iniquum ſtatuit ille ipſe, qui alium cogit iniquo iure vti: ergo incidit edictum. Ratio deci- dend. Hoc fac. lege permittente, & du.. ſtudet hoc edictum defendere [illegible] pœnam nullam pati debet. *l. 4. C. de adulter.* nec pron de fuit valde neceſſaria hæc pars edicti. *l. quod Republ. 33. de r iiur.*

SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

TITVLVS III.

VLPIANVS libro 1. ad Edictum.

OMNIBVS magiſtratibus, non tamen duumviris [a], ſecundùm ius poteſtatis ſuæ conceſſum eſt iuriſdictionem ſuam [b] defendere pœnali iudicio.

1 ¶ Is videtur ius dicenti non obtemperaſſe, qui, quod extremum [c] in iuriſdictione eſt, non fecit, veluti ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam, vel ferri paſſus eſt. Cæterum ſi & ſequentia recuſauit [d], tunc non obtemperaſſe videtur.

Ad Tit. III. Si quis ius dicenti non obtemperauerit.

Ad l. & §. 1.

Ratio dubitandi. Magis pertinet ad autoritatem iuriſdictionis, vt quod ſtatutum eſt fiat: quàm vt, quia factum non eſt, pœna præſtetur. Ideóque poteſt in eam rem impleri etiam manus militaris. *l. qui reſtituere. 68. de rei vindic.* Pœna verò nulla poteſt deberi, cùm id, quod fieri placuit effectum habuit, licèt alio modo. *l pen. & vlt. C. ſi manc. p. ita fuer. alien.*

Ratio decidendi. Multa ſunt, quæ præcisè imperari non poſſunt, ne ſi quis ad factum cogatur, libertas ciuis Romani imminui videatur. Itaque cùm tale quid occurrit in priuatorum conuentionibus, ſuccedit obligatio eius, quod intereſt, in locum faciendi obligationis. *l. ſi quis ab alio 12. §. vlt. de re iudic. l. ſtipulationes. 72. l. quoties 81. de verb. oblig. l. vltim. de prætor. ſtipul.* In iudicialibus ſuccedit pœna, aut grauior condemnatio. Manum enim militarem pro cauſa pecuniaria nunquam adhibet legiſlator, vt dicam ad *d. leg. qui reſtituere. 68.* quæ haud dubie tota eſt Triboniani. Mulctæ ergo dicendæ ius habet quiſquis iuriſdictionem habet, exceptis duumviris, vt iuriſdictionem ſuam tueatur. Nec ſane poteſt iuriſdictio vlla eſſe, ſine modica coërcitione. *l. 1. §. vltim. lege vltim. de off. eius cui mandat. lege aliud fraus. 131. & lege ſi qua pœna. 244. de verbor. ſignif. l. 1. §. 3. de inſpic. ventr.*

a *Exceptis duumviris.* Id eſt, magiſtratibus municipalibus. *l. 4. § ſi forte. de dam. inf. l. 1. de albo ſcrib.*

Ratio dubitandi. Etiam duumuiri habent iuriſdictionem *l. ea quæ magis. 26. ad municip.* Atqui nulla iuriſdictio eſt ſine modica coërcitione. *d. l. 1. & vlt. de off. eius.* Ratio deci. Æquum fuit in hoc minus iuris habere magiſtratus municipales, qui non ſunt magiſtratus populi Romani. Habent tamen interdum etiam modicam coërcitionem, ſed in ſeruos *l. magiſtratibus. de iuriſdict.* quia ſeruorum mitior ratio habetur, quam liberorum vt ibi dixi.

b *Iuriſdictionem ſuam.* Sed etſi quis alienam iuriſdictionem exerceat, purà ſibi ab alio mandatam [illegible] eſt: quia eius qui mandauit vice fungitur [illegible] *l. 1. §. 1. & 3. de off. eius. l. ſolet prætor. 16. de iuriſdict.* & mandata iuriſdictione totum officium iuriſdicundi tranſit. *l. 1. § an autem de ſuſp. tutor.* Ergo & ius mulctæ dicendæ, mixtúmque imperium, ſine quo nulla iuriſdictio eſt. *lege 1. in fin. & l. vltim. de offic. eius.* Conceſſa enim iuriſdictione omnia tranſeunt, ſine quibus iuriſdictio expediri non poteſt. *l. 2. de iuriſdict.*

c *Quod extremum.* Quid verò eſt quod extremum in iuriſdictione dici poſſit? An litis conteſtatio, vt quidam putant? minimè, quia poſt litem conteſtatam adhuc prætor dat iudicem, & iudicium. An executio ſententiæ vt vulgò creditur? Ita vulgo, ſed malè. Nam in executione nullum interuenit factum litigatorum, ſed tantùm eius qui iudicatum exequitur. *l. à diuo Pio. 15. de re iud.* Quid igitur? Non quo facto nihil vlterius faciendum habeat prætor, ſed quo non facto impediatur ille ne poſſit vlterius progredi. Exemplum eſt in hac leg. ſi quis conuentus rei ſuæ vindicatione, non patiatur rem duci vel ferri in ius. Ita enim faciendo, impedit ne poſſit fieri litis conteſtatio, quæ debet neceſſariò fieri in rem præſentem, his verbis: *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio.* Nam non facta conteſtatione, prætor non poterat dare iudicem, nec aliud quidquam facere. Itaque maximus erat contéptus prætoris, cuius iuriſdictio ſic eludebatur. Atqui, inquies, poſtquã res in ius ducta vel lata eſt, fit litis conteſtatio, & iudicis datio, ergo non eſt illud extremũ in iuriſdictione. Imò inquã, eſt eo conſenſu, quo ſuprà dictũ eſt. Nam cùm res præſens eſt, & eam vindicat actor ſolemni formula ſi reus nihil velit dicere: vt. prætor nihil aliud decernendum habet, [illegible] vt in præiudicium contumacis rem vindicari, & auferri patiatur. Neque rurſum in dando iudice quidquam imperat reo, cuius nec facto, nec conſenſu indiget, vt proinde non poſſint ad eam iuriſdictionis partem aptari verba illa, *qui quod in iuriſdictione extremum eſt, non fecit.* non enim ille in hoc edictum incidit, qui non paret prætori iubenti, quod extremum eſt. ſed qui non facit.

d *Et ſequentia recuſauit.* Id eſt, ſi neque duci, vel ferri eam paſſus eſt.

2 ¶ Si procurator tuus, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauit: ipſe punitur, non dominus, vel pupillus.

Ad §. 2. Si procurator.

Ratio dubitandi. Neque procuratori, neque tutori, officium ſuum [illegible] eſſe damnoſum. *l. & ſine quid 27. ex quib. cauſ. ma. l. auter officium. 54. de rei vind. l. tutorem. 22. de his qui vi indig.* Ratio decidendi. Ad eorum officium non pertinet, vt ſint contumaces, cum contumacia ſit delictum. In omni autem mandato, quod quis vel à lege, vel ab homine habeat, bona fides tacitè intelligitur ineſſe. *l. creditor. 60. § fin. mandat. l. cùm plures. 12. §. 1. de admin. tutor.*

3 ¶ Non ſolùm autem reum, qui non obtemperauit, hoc edicto teneri Labeo ait: verùm etiam petitorem.

Ad §.3. Non ſolum.

Ratio dubitandi. Non eſt petitoris, ſed rei recuſare quominus res ducatur vel feratur, ergo non petitor incidit in hoc edictum, ſed reus ſolus. Ratio decidendi. Poteſt etiam actor impedire ne fiat litis conteſtatio, putà ſi ad prætorem ire nolit, aut ſolemnia vindicationis verba proferre, ſine quibus non fit conteſtatio. Nec enim habet prætor, quid faciat: vt cogat eum litem conteſtari, aut vlterius progredi.

4 ¶ Hoc iudicium non ad id quod intereſt, ſed quanti ea res eſt, concluditur: & cùm meram pœnam contineat, neque poſt annum, neque in heredem datur.

Ad §.4. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Actio danda non eſt ei, cuius nihil intereſt: cùm ad hoc comparatæ ſint actiones vt quis perſequatur rem ſuam, aut ſibi debitam *l. nihil aliud.51. de obligat. & act. l.3. in prin. de verborum obligat.* ſicut & obligationes, vt vnuſquiſque acquitat, quod ſua intereſt. *l. ſtipulatio iſta.38. §. alteri eod.* Ratio decidendi. Hoc edictum pœnale eſt, ad vindicandam prætoris maieſtatem: ideóque debetur etiam ei, qui calumniator eſt. *l.5. §.1. ne quis eum.* Nam cùm quæritur de pœna, non quæritur an interſit *dict. leg. 38. § alteri.* Idque eſt quod ait. *l. contumacia.3. de re iud. l. inter hæc verba.179. de verb. ſign. l. in honorariis.35. de oblig. & act.*

DE IN IVS VOCANDO.

TITVLVS IV.

PAVLVS libro 4. ad Edictum.

IN ius vocare eſt iuris experiundi cauſa vocare.

Ad Tit. 4. De in ius vocando.

Lege prima.

Ratio dubitandi. Ius eſt certum & finitum. *l.2. de iur. & fact. ignor.* Ergo in ius vocare eſt, iuris perſequendi & conſequendi potius, quàm experiendi cauſa vocare. Ratio decidendi. Eſt quidem ius in ſe certum & finitum, ſed quod ex facto oritur. *l. ſi ex plagis.52. §. in diuo. ad l. Aquil.* factum autem plerumque incertum eſt, ſiue propter fidem, aut dicta teſtium: ſiue propter formam inſtrumentorum, quibus probandum eſt: ideóque dicitur facti quæſtio eſſe in poteſtate & arbitrio iudicantis. *l. 1. §. ſed non vtique verſ.* quorum alterutrum ad Turpil. *l. ordine.15. ad municipa.* & cùm facti interpretatio etiam prudentiſſimos fallat. *d. l. 1.* Inde eſt quod dubius dicitur exitus iudicij. *l. quod debetur. 51. de pecul.* & alea quædam eſſe iudiciorum, quaſi fortunæ iudicio committatur, quod iudicantis, vel ius dicentis arbitrio committitur. *l. ſeruus 12. de ſtat. homi.* Idque eſt, quod ſignificant verba illa, *Iuris experiundi.*

In ius, id eſt, ad locum, in quo ius redditur à prætore. *l. pen. de iuſt. & iur.*

2. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

IN ius vocari non oportet: neque conſulem: neque præfectum: neque prætorem: neque proconſulem: neque cæteros magiſtratus, qui imperium habent, qui & coërcere aliquem poſſunt, & iubere in carcerem duci, nec pontificem, dum ſacra facit. ¶ Nec eos, qui propter loci religionem inde ſe mouere non poſſunt. ¶ Sed nec eum qui equo publico in cauſa publica tranſuehatur. ¶ Prætere in ius vocari non debet, qui vxorem ducat: aut eam, quæ nubat: nec iudicem, dum de re cognoſcat, nec eum, dum quis apud prætorem cauſam agit: ne funus ducentem familiare, iuſtáve mortuo facientem.

3. CALLISTRATVS libro 1. Cognitionum.

VEL qui cadauer proſequuntur, quod etiam videtur ex reſcripto Diuorum fratrum comprobatum eſſe.

4. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

QVique litigandi cauſa neceſſe habet in iure, vel certo loco ſiſti: nec furioſos, vel infantes.

Ad l. in pr. 2. 3. & 4.

Ratio decidendi. Nemo eſt prohibendus vti iure ſuo, neque facit iniuriam, qui iure ſuo vtitur. *l. creditor.52. de action. empt.* cùm iuris executio iniuriam non habeat. *l. iniuriam.13. §.1. de iniuriis.* Ergo in ius poteſt vocari quilibet, quolibet tempore, nam & iura non in has aut in illas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur. *l. iura 8. de legib.* Ratio decidendi. In ius vocatio habebat olim vim & impreſſionem. Is enim qui vocabatur, rapiebatur in ius obtorto collo ni vltrò ſequeretur, vt eſt apud Plautum pleriſque locis. Æquum igitur fuit & ciuile prouideri edicto Prætoris, ne in ius vocari poſſet quiſquam ex iis, quos ita tractari nimis inciuile foret. Eiuſmodi verò ſunt omnes, de quibus in hac lege. Alios enim dignitas tuetur, alios cauſa religionis, alios publica vtilitas, alios officium publicum, alios fauor pietatis, aut ætatis, aut propriæ conditionis, alios ratio neceſſitatis, & neceſſarium nec captatum impedimentum, omnes denique ratio aliqua vel honeſtatis, vel ſaltem vtilitatis. Alia ratio eſt citationis, quæ hodie fit, & ſucceſſit in locum vocationis. Cùm enim nullam vim habeat, & qui citatur poſſit comparere per procuratorem, poteſt fieri cuilibet, quandocunque exceptis diebus feſtis, quibus ob religionis reuerentiam id ipſum legibus, vel moribus prohibitum eſt. *l. libertus 15. ʃ. eod.*

1 ¶ Prætor ait: *Parentem, Patronum, Patronam, liberos, Parentes, Patroni* [a], *Patronæ in ius, ſine permiſſu meo ne quis vocet.*

Ad §.1. Prætor ait d. l. 4.

Ratio dubitandi. Edictum hoc prætoris non pertinet ad alios liberos, quàm ad emancipatos. Nam qui ſunt in poteſtate, ne patrem vocare in ius poſſint impediũtur iure magis poteſtatis, quam præcepto prætoris, niſi habeant caſtrenſe peculium, *l. adoptiuum.8. ʃ. eod.* Atqui emanci-

pati habentur pro extraneis. *l. quin etiam.55.de ritu nupt. l. ſenatoris.6.de ſenator.* & per emancipationem non tantum ius patriæ poteſtatis ſoluitur, ſed etiam vinculum pietatis. *l. vlt. ſi à par. quis eman.* Non ſunt ergo prohibendi, quominus parentes in ius vocent. Ratio decid. Emancipatio cùm ſit iuris ciuilis, non poteſt tollere ius ſanguinis. *l. ea obligationes.8. de cap. min.* nec iura pietatis naturalis, quæ debent parentibus liberi, etiamſi non ſint in poteſtate. *l.4. de curat. fur. l. ſcripio. 7. §. vltim. vnde lib.* Æquum igitur fuit prohiberi, ne parentes poſſent in ius vocari à libertis, niſi petita venia. *l. vlt. C. eod.*

a *Patronum, liberos, parentes, patroni.* Ratio dubitandi, nullum beneficium accepit libertus ab his perſonis, ſed à ſolo patrono. Cur non ergo eas impunè vocare poterit? Ratio decidendi. Tantum eſt beneficium libertatis, tantáque reuerentia, quæ patrono ob hanc cauſam debetur, vt his quoque perſonis manumiſſori coniunctiſſimis, adeóque patroni heredibus, etiam extraneis idem honor habendus ſit: ne alioqui reuerentia patrono ipſi debita violetur. *l. 1. & 2. C. eo.* vbi additur non eſſe hac in re ignoſcendum ruſticitati, quod naturalis ratio ſit, quæ ſuadet hunc honorem exhiberi.

2 ¶ Parentem hic vtriuſque ſexus accipe: ſed an in infinitum quæritur: quidam parentem vſque ad tritauum appellari aiunt: ſuperiores, maiores dici. hoc veteres exiſtimaſſe Pomponius refert: ſed Gaius Caſſius omnes in infinitum [b] parentes dicit: quod & honeſtius eſt, & meritò obtinuit.

Ad §.2. Parentes hic.

Ratio dubitandi. Maior dignitas eſt in patre, & propter ſexum. *l.1. de ſenat.* & propter veſtigia patriæ poteſtatis. Ratio decidendi. Etſi parentum inæqualis eſt poteſtas, par tamen omnibus pietas debetur. *l.4. de cura. furioſ. l. parentes.6. ̃j. h. tit.*

b *In infinitum.* Ratio dubit. Parentes vſque ad tritauum apud Romanos proprio vocabulo appellantur vlteriores, qui non habent ſpeciale nomen, maiores vocantur. *l. iuriſconſultus.10. de gradib. & adfi.* Ideo fortaſſe, quòd parentem, qui eſſet ſupra tritauum, nemo vidit vnquam.

Ratio decidendi. Etiam maiores parentum appellatione continentur, ſicut deſcendentes omnes appellatione liberorum. *l. liberorum.220. de verb. ſign.* vbi lex, aut prætor nullos gradus enumerauit. *l. 1. §. generaliter. de leg. præſt.* quod tamen ait Vlpian. *in infinitum*, noli intelligere de infinito, quod natura abhorret ſecundùm philoſophos, ſed de numero non finito & determinato, vt in *l. ſi cui ſimplicius.9. de ſeruitu. in infinito*, pro eo quod eſt *in loco non determinato, non definito.* Sic enim paſſim autores noſtri accipiunt.

3 ¶ Parentes etiam eos accipi Labeo exiſtimat, qui in ſeruitute ſuſceperunt: nec tamen, vt Seuerus dicebat, ad ſolos iuſtos liberos: ſed & ſi vulgò quæſitus [a] ſit filius, matrem in ius non vocabit.

Ad §.3. Parentes etiam.

Ratio dubitandi. Pater eſt quem nuptiæ demonſtrant, *l. prox. infr.* quæ porrò non poſſunt eſſe inter ſeruos. *tit. de nupt. in prin.* Ergo patrem habere non poteſt is, qui in ſeruitute ſuſceptus eſt. Ratio decidendi. Non eſt pater iuſtus, niſi quem nuptiæ demonſtrant: ſed eſt pater naturalis, qui ſuſcepit liberos ex contubernio, quod inter ſeruos tantùm poteſt, quantum inter liberos matrimonium. Quam ob cauſam fortaſſe. Seruius putabat iuſtos fieri liberos, qui ex tali contubernio ſuſcepti eſſent, ſecuta nimirum quandoque manumiſſione. Nam & hoc requiritur, vt poſſint dici naturales. *l. Lucius Titius.45. de vulg. & pup. l. Lucius 88. §. Dama. de legat. 2.* Alioqui quamdiu ſerui ſunt, neque vir, neque vxor, neque liberi eſſe intelliguntur. *§. ſi aduerſus. Inſtitu. de nupt.* Sed magis eſt vt non ſint iuſti liberi, cùm non ſint ex iuſtis nuptiis quæſiti, & hîc videtur ſenſus huius loci ſanè corrupti: & iudicio meo ita reſtituendi. *Parentes etiam eos accipi Labeo exiſtimat, qui in ſeruitute ſuſceperunt, nec tamen vt Seruius dicebat, iuſtos liberos.* niſi malis, quod fuerit probabilius, *Nec tantùm vt Seruius dicebat, illos, qui iuſtos liberos* ſuſceperunt. Vtut ſit, cùm parentes, qui in ſeruitute ſuſceperunt ſint naturales, naturalis quoque ratio facit, vt iis honor & reuerentia debeatur. *l. parentes.6. ̃j.*

a *Sed etſi vulgò quæſitus.* Ratio dubit. Non poteſt natura facere, vt quis naſcatur ſine patre: ergo is qui nullum habet patrem, vt is, qui vulgò quæſitus eſt, nec matrem habere poteſt. Ratio decid. Pater quidem aliquis ſemper eſt, ſed quis ille ſit nullis interuenientibus nuptiis incertum eſt, nec ſciri vllo modo poteſt. *l. Lucius Titius.83. de cond. & demonſt.* Mater verò ſemper certa eſt, *l. prox. ̃j. §. ſi aduerſus de nupt.* Hinc eſt, quòd vulgò quæſitus dicitur, cui vulgus ipſum, & populus pater eſt.

5. PAVLVS libro 4. ad Edictum.

QVia ſemper certa [b] eſt, etiam ſi vulgò conceperit. Pater verò is eſt [c], quem nuptiæ demonſtrant.

Ad l. Quia ſemper 5.

b *Semper certa.* Ratio dubit. Plerunque ſupponitur partus, vt credatur peperiſſe ea quæ non peperit. *l.1. §. ſed etſi ſeruus. l.3. de ventr. inſpic. l.1. l. ſcriptus.12. & paſſ. de Carbon. edict.* Ratio decidendi. Mater ſemper eſt certa etiamſi non interuenerint nuptiæ, pater verò non niſi interuenientibus nuptiis. ſemper tamen excipitur partus, qui ſuppoſitus & ſubiectus probatur. Sed ſuppoſitionis probatio exigenda eſt ab eo, qui dicit. *l.2. de probat.*

c *Pater verò is eſt.* Ratio dubit. Impoſſibile eſt, vt quis ſe probet filium. *l. Lucius 83. de cond. & demonſt.* Atqui probantur facilè nuptiæ. Ergo pater non eſt, quem nuptiæ demonſtrant. Ratio decidendi. Pater eſt, quem nuptiæ demonſtrant, non tam probatione, quæ certa & concludens eſſe debet, quàm præſumptione iuris, quæ tamen contraria probatione elidi aliquando poteſt. *l. filium eum. 6. de his qui ſunt ſui vel al. iur.*

6. IDEM libro 1. Sententiarum.

PARENTES naturales in ius vocare nemo poteſt: vna eſt enim omnibus parentibus ſeruanda reuerentia.

Ad l. Parentes 6.

Ratio dubitandi. Reuerentia maior debetur parentibus iuſtis, quàm iis, qui ſunt tantùm naturales. *l.3. Cod. de adul.* Habent enim duplex vinculum, cùm ſint & naturales & legitimi. *l. pen. C. de adopt.* Ratio decidendi. Inæqualis quidem eſt eorum poteſtas, ſed quantum ad naturam attinet, quæ eos æqualiter agnoſcit, æqualis quoque iis reuerentia debetur. *l.4. de curat. fur.* ſiue parentes naturales eos intelligas, qui in ſeruitute ſuſceperunt, vt in *l.4. §. vlt. ̃s. eo.* ſiue matres iuſtas, ac legitimas æquè ac patres. *d. l.4. de curat. fur.*

7. IDEM lib. 4. ad Edictum.

PAtris adoptiui parentes impunè vocabit, quoniam hi eius parentes non ſunt, cùm his tantùm cognatus fiat, quibus & adgnatus.

Ad l. Patris adoptiui 7.

Ratio dubit. per adoptionem is, qui adoptatur fit filius. *l.1.& paſſ. de adopt.* Ergo fit inter liberos eorum, qui ſunt parentes patris adoptiui. Ratio decid. Per adoptionem non acquiritur ius ſanguinis, ſed tantùm agnationis. *l. qui in adoptionem 23. de adop.* Non autem agnaſcitur parentibus patris adoptiui, cùm neceſſe ſit adoptantem habere propriam familiam, nec in familia aliena eſſe. Neque enim filiusfamilias adoptare poteſt, qui ipſe eſt in poteſtate iung. *l. ſed ſi hac lege 10. §. 7. ꝟ. eod.*

8. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

ADoptiuum patrem, quamdiu in poteſtate eſt, in ius vocare non poteſt, iure magis poteſtatis [a], quàm præcepto prætoris: niſi ſit filius, qui caſtrẽſe habuit peculium [b]: tunc enim cauſa cognita permittitur: ſed naturalem parentem [c] ne quidem dum eſt in adoptiua familia, in ius vocari.

Ad l. Adoptiuum 8.

a *Poteſtatis.* Nulla enim lis poteſt eſſe in patrem & filiusfamilias niſi de caſtrenſi peculio. *leg. 4. de iud.* non magis, quàm, vt quis cum ſeipſo agat. *l. ne cum filiofamil. 16. de furt.*

b *Peculium.* Ratio dubit. Militia non eximit filium à patria poteſtate. *§. filiusf. milit. inſti. quib. mod. patr. pot. ſoluit.* Ergo nec de Caſtrenſi peculio lis inter patrem & filium eſſe poteſt. Ratio decidendi. Filiusfamilias in caſtrenſi peculio patrisfamilias loco eſſe intelligitur, ex conſtitutionibus. *l. 2. de S.C. Maced.* Sed ea res facit tantùm vt poſſit in ius vocare patrem petita venia, non, vt ſine venia.

c *Naturalem parentem.* Intellige quomodo paſſim prudentes intelligunt, & legitimum ad differentiam patris adoptiui, qui legitimus tantùm non etiam naturalis eſt. Ratio dubitandi. Filius, quandiu in adoptiua familia eſt, habet patrem illum à quo adoptatus eſt: ergo non eum, à quo ſuſceptus fuit. Nec enim poteſt fungi habere duos patres, ideóque nec eum vocat prætor ad bonorum poſſeſſionem patris, contra tabulas patris naturalis, niſi fuerit ab eo inſtitutus. *l. non putauit 8. §. ſi filium & ſeqq. l. ſequ. de contr. tab.* Ratio decidendi. Non eo minùs reuera manet pater naturalis, qui fuit: quia nec adoptio, nec emancipatio, iura ſanguinis poteſt diſſoluere. *§. vltim. inſtitut. de legit. agn. tutel.* Priſtina ergo reuerentia ei debetur.

1 ¶ *Patronum*, inquit, *Patronam.* Patroni hîc accipiendi ſunt, qui ex ſeruitute manumiſerunt: vel ſi colluſionem detexit: vel ſi qui præiudicio pronuntietur eſſe libertus, cùm alioquin non fuerit: aut ſi iuraui eum libertum meum eſſe: quemadmodum [d] per contrarium pro patrono non habebor, ſi contra me iudicatum eſt: aut ſi, me deferente, iurauerit ſe libertum non eſſe.

Ad §. 1. Patronum.

Ratio dubitandi. Patronum facit ſola manumiſſio ſicut & libertum. *l. libertinus 6. de ſtat. homi. l. ſi iurauero 24. de iur. patro.* Atqui neque manumiſſor eſt is, qui colluſionem detexit, neque is cuius præiudicio pronunciatus quis eſt libertus eſſe, cùm non fuerit: neque qui iurauit ſuum libertum eſſe, ergo neque patronus eſt. Ratio decidendi. Habentur iſti omnes pro manumiſſoribus, & habent iura patronatus. *l. 1. & toto titul. de colluſ. de reg. l. circa eum 14. l. quotiens 18. de probat.* propter autoritatem rei iudicatæ, & iuriſiurandi, *l. 1. & 2. de iureiur.* licèt is qui iurauit, non ſit abſolutè patronus, id eſt, etiam quantum ad ſucceſſionem. *d. l. ſi iurauero 24. de iur. patron.*

d *Quemadmodum.* Ratio dubitandi. Veritatis probatio nunquam debet eſſe excluſa *l. illicitas 6. §. veritas de off. præſi. l. Imperatores 29. & paſſim. de proba.* Ergo non tam quid iudicatum aut iuratum, quàm quid verum ſit inſpiciendum eſt. Ratio decidendi. Imò quid iudicatum, & quid iuratum: quia res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 208. de reg. iur.* & iuſiurandum pro re iudicata *l. 2. & l. ſi duo 13. & paſſim. de iureiur.* vtrumque propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet, vt aliquis ſit litium finis *l. 1. eod.* etiamſi per ſordes, aut per gratiam, aut inique iudicatum probetur. *l. ſeruo inuito 65. §. cùm prætor. ad Trebell.* aut falsò iuratum. *l. 1. C. de reb. cred. l. vlt. de in lit. iur.*

2 ¶ Sed ſi ad iuſiurandum adegi, ne vxorem ducat, ne nubat: impunè in ius vocabor, & Celſus quidem ait, in tali liberto ius ad filium meum, me viuo, non tranſire: ſed Iulianus contra ſcribit. Plerique Iuliani ſententiam probant ſecundùm quod eueniet, vt patronus quidem in ius vocetur: filius, quaſi innocens, non vocetur [e].

Ad §. 2. Sed ſi ad iuſiurandum.

Ratio dubitandi. Non eo minus verum eſt manumiſſionem ab eo factam eſſe, qui patronus aliquando fuit: ergo ſemper ei debetur reuerentia tanquam patrono pro tanto beneficio libertatis. Ratio decidendi. lex Ælia Sentia facit, vt talis patronus, qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittat iura patronatus *l. qui contra 15. de iur. patron.* Nulla ergo debetur exinde ipſi reuerentia, quæ non debebatur niſi tanquam patrono. *l. quæſitum eſt. 51. qui & à quib.*

e *Non vocetur.* Ratio dubit. qui contra l. Æliam Sentiam libertum ad iurandum adegit, nihil iuris habet, nec ipſe, nec liberi eius. *d. l. qui contra 15. de iur. patr.* Nullum enim ius poſſunt habere liberi, niſi tanquam liberi patroni. Non poſſunt ergo plus iuris habere, quàm pater. Ratio decidendi. Lex de eo ſolo locuta eſt, qui libertum adegit ad iuſiurandum, non de ipſius liberis, quos verum eſt non deliquiſſe. Ergo non eſt porrigenda ad liberos, qui ſunt innocentes, ne quidem viuo patre, ſi credamus Iuliano, cuius ſententiam hîc probat Vlpianus, non etiam Paulus in *d. l. qui contra 15. de iur. patr.* Diſſenſerunt enim haud dubiè in hac quæſtione Iureconſulti, vt hic locus innuit. Debet tamen Paulus ex Celſo ita intelligi, vt nihil iuris habeant liberi viuo patrono, cùm eo mortuo veniant proprio iure, vt explicui in Iuriſprudentiæ ſcientia ad *Princip. 2. de libert. ill. 9.*

9. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

IS quoque, qui ex cauſa fideicommiſſi manumittit, non debet [f] in ius vocari, quamuis, vt manumittat, in ius vocetur [g].

Ad l. Is quoque 9.

Rario dubitandi. Qui ex cauſa fideicommiſſi præſtat debitam libertatem, nullum videtur beneficium præſtare, ſed magis id, quod debuit ſoluere. *l. ſi ſeruo 84. de her. inſtit.* Quid enim eſt quod de ſuo videatur dediſſe ei cui, quod dedit omnimodo dare debuit. *l. vnum ex familia 67. §. 1. de leg. 2.* ideóque nec ei operæ vllæ debentur. *l. qui ex cauſa 29 de bon. libert. l. nequaquam 24. de excuſ. tut. l. ſi quis. 13. §. 1. de op. libert. l. 1. C. de lib. & eor. lib.* Ergo nulla ei debetur reuerentia. Ratio decidendi. Imò debetur, quia reuera patronus eſt, cùm verum ſit, ab eo manumiſſum fuiſſe ſeruum, licèt ex alterius, qui fideicommiſerat voluntate. *§. pen. inſt. de ſing. reb. per fideicom. rel. l. 3. in pr. & §. 1. de ſuis & legit.* dixi latè *ad d. prin. 2. illat.* 8. & 21.

f *Non debet.* Sine venia.

g *Vocetur.* Etiam ſine venia, quia nondum patronus eſt, licèt, futurus ſperetur, quæ erat ratio dubitandi. Nam quod in eo eſt, vt proximè futurum ſit, perinde haberi ſolet ac ſi iam eſſet. *l. pen. de teſt. milit.*

10. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

SEd ſi hac lege emi, vt manumittam, & ex conſtitutione Diui Marci venit ad libertatem: cùm ſim patronus, in ius vocari non potero: ſed ſi ſuis nummis [h] emi, & fidem fregi, pro patrono non habebor.

Ad l. Sed ſi hac lege 10.

Ratio dubit. Seruus hoc caſu peruenit ad libertatem ſine manumiſſione, & facto vllo emptoris ſola poteſtate conſtitutionis D. Marci. *l. 2. & 3. C. ſi mancip. ita fu. al.* ergo nullam reuerentiam debet emptori, a quo nullum beneficium accepit. Ratio decid. Imò accepiſſe intelligitur, quia poteſtas conſtitutionis tota in eo eſt, vt ſuppleat & repræſentet factum emptoris. *l. vlt. C. eod.* id eſt vt perinde habeat hunc ſeruum, ac ſi ex lege emptionis manumiſſus fuiſſet ab emptore. Itaque conſtitutio quidē ipſa, vt ita dixerim, manumittit: ſed pro emptore. Acquirit ergo emptori ius patronatus abſolutè, & quale haberet ſi ipſe manumiſiſſet.

h *Sed ſi ſuis nummis.* Ratio dubitandi. Hoc etiam caſu lex eum habet pro manumiſſo ab emptore: ergo & emptorem habet pro patrono. Ratio decidendi. Indignus eſt emptor qui libertum hunc habeat, cui fidem fregit, poſtquam ex ipſius nummis eum emit. Duplex enim huius emptoris perfidia eſt, qui fidem frangit non tantùm venditori, ſed etiam ſeruo, qui videtur hoc caſu à ſeipſo beneficium conſecutus, aut ab eo qui nummos ipſi dedit quibus emptus fuit, vt manumitteretur.

1 ¶ Proſtituta contra legem venditionis, venditorem habebit patronum, ſi hac lege venierat, vt, ſi proſtituta eſſet, fieret libera. At ſi venditor [i], qui manus iniectionem excepit, ipſe proſtituit: quoniam & hæc peruenit ad libertatem: ſub illo quidem, qui vendidit, libertatem conſequitur [k]: ſed honorem haberi ei æquum non eſt, vt Marcellus lib. 6. Digeſtorum exiſtimabat.

Ad §. 1. Proſtituta.

Ratio dubit. Videtur iſta libertatem conſecuta ex facto emptoris, qui eam proſtituit & conditionem competituræ libertatis impleuit. *l. ſi mancipium 34. de euic.* Ergo patronum eum habere debet, non venditorem. Ratio decidendi. Imò libertatem habet ex facto & pacto venditoris, qui eam hac lege vendiderat, vt libera eſſet, ſi proſtitueretur. *l. diuus. 7. de iur. patr.* nec debet emptoris improbitas, qui contra legem traditionis, & publicam honeſtatem mulierem hanc proſtituit, ei prodeſſe, niſi hactenus vt habeatur pro manumiſſore in his quæ ad odium & incommodum, non ad fauorem aut commodum ipſius pertinent. *d. l. ſi mancipium. 34. de euict.* Nemo enim ex improbitate ſua legitimum aliquod ius poteſt acquirere. *l. itaque fullo. §. 1. de furt.*

i *At ſi venditor.* Ratio dubitandi. Conſequitur hæc mulier libertatem ſub illo, qui vendidit, ſiue ſpectes legem, quæ ab initio venditioni dicta eſt, cùm excepit ille iniectionem manus, ſi proſtitueretur, ſiue factum ipſius, quod interuenit, in ancilla poſt abductionem proſtituenda. Ergo patronum illum habere debet, & conſequenter honorem quoque ei præſtare. Ratio decid. Non eſt dignus hic venditor, cui honor habeatur, qui turpitudinem quam alij prohibuerat, & pœna dignam iudicauerat, ipſe admiſit. arg. *l. 1. in pr. & §. 1. quod quiſque iur. l. imperator 7. qui ſin. mand.*

k *Libertatem conſequitur.* Ratio dubitandi. Non eſt impleta conditio, ſub qua venditor manus iniectionem exceperat, cùm ille ipſe proſtituerit. Nec enim videtur ſibi legem dixiſſe, ſed emptori arg. *l. Lucius Titius 40. §. 1. de fidei. lib.* & potuit quamdiu libertas non competiit, mutare voluntatem & legem, quam prius dixerat emptioni. *l. 1. C. ſi man. ita fu. al. l. 3. qui ſine man.* Aut ſi ponas fuiſſe primùm ancillam hanc ab emptore proſtitutam, atque ita manus iniectionis conditionem extitiſſe, quod ſanè ponendum eſt, ancillámque abductam à venditore, non ideò tamen verum erit, liberam factam fuiſſe: quia non ſic venierat vt libera eſſet ſi proſtitueretur, ſed vt venditori manum inijcere, eámque abducere liceret: quo facto cùm lex venditionis iam habuerit executionem, nihil cauſæ eſt, cur per venditoris proſtitutionē libera fieri poſſit. Ratio decidendi. Imò libera fit quoties proſtituitur, etiam poſt abductionem, quia nihil intereſt an ipſe abducat & proſtituat, an cùm poſſit abducere proſtitutam ancillam, manus iniectionem vendiderit, & proſtitutam eſſe pretio accepto patiatur, cùm poſſet eximere. Quo etiam caſu æquè libera foret. *d. l. imperator 7. qui ſin. man. ad lib. per.*

2 ¶ Patronum autem accipimus, etiam ſi capite minutus ſit: vel ſi libertus capite minutus, dum adrogetur per obreptionem [l]: cùm enim hoc ipſo, quo obligatur, celat conditionem: non id actum videtur, vt fieret ingenuus [m].

Ad §. 2. Patronum.

Ratio dubitandi. Capitis minutio facit, vt alia perſona eſſe videatur, ſi vel maxima, vel media capitis minutio interuenerit. *l. 3. §. vlt. l. vlt. de cap. min.* ideoque neceſſarium fuit edictum *de cap. minut.* ad reſtituendas actiones, quaſi in hominem nouum. *l. 2. eod. titu.* Ratio decidendi. Debet hoc intelli[gi] de minima capitis diminutione, quæ nec libertatem, nec ciuitatem adimit, ſed familiam duntaxat. *d. l. vltim.* Nam capitis diminutio non tollit ea, quæ habent naturalem æquitatem. *l. eas obligationes 8. eod.* Inter quæ eſt honor debitus patrono. *l. 2. C. hoc tit. l. ſi non ſortem 26. §. libertus in fin. de condict. indeb.* Planè quia deſinit eſſe liber, aut ciuis, deſinit etiam eſſe patronus. *§. 9. infra.*

l *Dum adrogetur per obreptionem.* Nam ſi patronus arrogationi conſenſerit, amiſit ius ſuum, quemadmodum ſi conſentiret vt libertus ingenuitati & natalibus reſtitueretur. *l. 2. 3. 4. de natal. reſt.* & ideò adrogatio liberti prohibita eſt. *l. 1. §. nepos. ſi à patr. quis man. l. liberto. 49. de bon. lib.* Per obreptionem. id eſt, tacita veritate, & celata conditione adrogati, quòd eſſet libertus. Per ſubreptionem verò fit, quod fit per mendacium, & falſum expreſſum-

Plus

Plus igitur eſt & odioſius ſubrepere, quàm obrepere. Vtrumque tamen æquè vitiat, quidquid alterutro modo impetratur, ſi tale ſit, quod aut nullo modo, aut difficilius fuiſſet impetratum, ſi veritas expoſita fuiſſet.

m *Ingenuus*. Ratio dubit. Arrogatio liberti, quandiu libertus manet, prohibita eſt, vt modò diximus. Ergo quiſquis adrogatur, hoc ipſo, quod adrogatur, fit ingenuus in neceſſarium antecedens. Ratio decidendi. Eſſet bona conſecutio ſi adrogatio valeret, ſed non valet, quæ fit per obreptionem, nec id agi poteſt, vt qui adrogatur fiat ingenuus: cùm iam ingenuus exiſtimetur, nec niſi tanquam talis adrogetur.

3 ¶ Sed ſi ius annulorum accepit: puto eum reuerentiam patrono exhibere debere, quamuis omnia ingenuitatis munia habet. aliud, ſi natalibus ſit reſtitutus: nam Princeps ingenuum facit [n].

Ad §.3. Sed ſi ius.

Ratio dubitandi. Qui ius aureorum annulorum impetrauit, omnia ingenuitatis munera habet, ac ſi natalibus eſſet reſtitutus. *l.is, qui ius 5. de iur. aur. an.* Ratio decidendi. Ingenuus quidem intelligitur, & iura ingenuitatis habere, ſed ſaluo iure patroni. *l. vlt. ill. tit.* ideóque nec ab eius hereditate patronus excluditur.

n *Princeps ingenuum facit*. Ratio dubitandi. Princeps non poteſt tollere ius patroni reſtituendo natalibus, non magis, quàm ius aureorum annulorum dando: Ne enim beneficia Principis cum alterius iniuria conferuntur ... §. merito. & §. ſi quis à principe. Ne quid in loc. publico l. 4. Cod. de em. liber. l. ex facto 43. de vulg. & pup. ... decidendi. Ideò nimirum Imperatores non faciebant quem natalibus reſtituere, niſi conſentiente patrono. *l. 2. 4. & 5. de natal. reſtit.*

4 ¶ Qui manumittitur à corpore aliquo, vel collegio, vel ciuitate, ſingulos in ius vocabit: nam non eſt illorum libertus, ſed reipublicæ honorem habere debet, & ſi aduerſus rempublicam, vel vniuerſitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamuis actorem eorum [o] conſtitutum in ius ſit vocaturus.

Ad §.4. Qui manumittitur.

Ratio dubitandi. Corpus Reip. & vniuerſitatis non conſtat, niſi ex ſingulis: ergo quod ius eſt de Rep. & vniuerſitate, idem de ſingulis eſſe debet: vt eadem ſit ratio partium, quæ totius. *l. quæ de tota 76. de rei vind. l. ſi grege 12. de legat. 1. §. ſi grex. 18. Inſtit. de legat.* Ratio decidendi. Singuli homines vniuerſitatis ſunt ex vniuerſitate, & in vniuerſitate, & vniuerſitas, ſed non ſunt vniuerſitas, ideóque etſi omnes perierint, & mutati ſint, tamen nec perit nec mutatur vniuerſitas. *l. proponebatur 76. de iudic.* & quod debetur vniuerſitati, non debetur ſingulis, aut contra. *l. in tantum 6. §. 1. de rer. diuiſ. l. ſicut municipum 7. §. 1. quod cuiuſque vn.* vniuerſitas enim non eſt corpus, & totum homogeneum, ſed heterogeneum, id eſt, habens partes heterogeneas non homogeneas: quod autem prædicatur de toto, ita demum prædicatur de partibus, ſi ſint homogeneæ non etiam ſi ſint heterogeneæ. Ergo libertus Reipub. non eſt libertus ſingulorum, nec proinde ſingulis honorem debet, quod debet Reipublicæ.

o *Actorem eorum*. Ratio dubitandi. Actor Reipub. non eſt Reſp. ſicut nec cæteri, qui ſunt in vniuerſitate, ſed vnus ex ſingulis, ergo impunè vocari poterit ſine venia, ſicut ceteri. Ratio decidendi. Repræſentat tamen totam Rempub. & vniuerſitatem, cuius nomine conſtitutus eſt, & pro qua ſolus ille agere & conueniri poteſt, non pro ſingulis. *l. 2. 3. 4. l. an ciuitatis. 8. & l. vltim. quod cuiuſque vniuer. nom. geſt. eſſ. dicet.*

5 ¶ *Liberos, parentéſque Patroni, Patronæque*, vtriuſque ſexus accipere debemus.

Ad §. Liberos.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 4. §. 1. & 2. ſupr. eod.*

6 ¶ Sed ſi per pœnam deportationis ad peregrinitatem redactus ſit patronus, putat Pomponius eum amiſiſſe honorem: ſed ſi fuerit reſtitutus [p], erit ei etiam huius dicti commodum ſaluum.

Ad §.6. Sed ſi per pœnam.

Ratio dubitandi. Deportatus, licèt deſinat eſſe ciuis, & fiat peregrinus, tamen ea non amittit, quæ ſunt ex iure gentium. *l. deportatus de inter. & releg.* Atqui ex iure gentium ſunt manumiſſiones. *l. 4. de iuſti. & iur.* ergo & honor, qui ob tantum beneficium debetur patrono, licèt iura patronatus, quantum ad ſucceſſionem, & operarum præſtationem ſint ex iure prætorio, & ex conſtitutionibus *tot. ti. de iure patr. de op. lib. de bon. lib.* Ratio decidendi. Publicè intereſt nullum exhiberi honorem ei, qui de Repu. ſit malè meritus, & ciuitatis honorem improbitate ſua amiſerit. At difficilius eſt, cur tractemus an vocari poſſit in ius ſine venia patronus deportatus, cùm actio nulla poſſit in eum exerceri, qui ciuis non eſt, quique amiſſis bonis & ciuitate relicta nudus exulat. *l. tutelas 7. §. fin. de c. min.* Cùm actiones omnes ſint iuris ciuilis, aut prætorij: deportatus autem iure ciuili pro mortuo habeatur, itémque iure prætorio. *l. 1. §. pen. de contr. tab. l. 4. §. 1. de bon. libert.* Reſp. poſſe quem deportari, ita tamen vt bonorum ſuorum amiſſionem non patiatur. Quod cùm fit vtilibus actionibus conueniri poteſt. *l. relegatus 14. §. vltim. de interd. & releg.* Sicut & cùm poſt deportationem emit, aut vendit, aut aliter contrahit eo contractus genere, quod ſit ex iure gentium. *d. l. deportatus 15. eod.* Nam per deportationem non deducitur ad mortem, ſed tantùm ad peregrinitatem: Itaque poteſt ei ius dicere magiſtratus, qui etiam cæteris peregrinis poteſt. Erat enim in vrbe Prætor in eam rem, qui ob id peregrinus dicebatur.

p *Reſtitutus*. Ratio dubitandi. Qui ſemel ab obligatione aliqua liberatus eſt, non poteſt ſine nouo facto & conſenſu ſuo recedere in obligationem. *l. qui res ſuas 98. §. aream. de ſolut.* Nec reſtitutio, quæ indulgetur à principe debet fieri cum alterius iniuria. *l. 4. C. de emancip. lib.* Ratio decid. Reſtitutio principis reddit omnia quæ deportatio abſtulerat. *l. 1. & paſſim. de ſent. paſſ. & reſtitut.* Ergo etiam & hunc honorem, qui non tam per deportationem extinctus fuiſſe, cùm eſſet ex naturali ratione, & iure gentium debitus, quàm ceſſare videbatur. *d. l. qui res ſuas 98. d. §. aream. l. intercedit. de cond. & demon.*

7 ¶ Parentes patroni etiam adoptiui excipiuntur: ſed tamdiu quamdiu adoptio durat.

Ad §.7. Parentes patroni.

Ratio dubitandi. Ex *l. patris adoptiui 7. ſ. vbi dicitur.* patris adoptiui parentes impunè vocari in ius ſine venia. Nec enim poteſt maior reuerentia deberi parentibus patroni, quàm patris, cum maior ſit pietas, quæ naturaliter debetur patri, qui vitam dedit, quam quæ patrono, qui libertatem ſolam contulit: quam nec conferre potuiſſet, ſi pater vitam prior non dediſſet. Ratio decid. Lex illa loquitur de parentibus naturalibus patris adoptiui. Hic verò *§. de parentibus adoptiuis patroni.* Filius patris adoptiui

poteſt

poteſt impunè vocare parentes patris ſui adoptiui naturales. Adoptiuos,ſi qui eſſe poſſent,non poſſet:quia facti eſſent eius parentes, & agnati per adoptionem. At patroni ſui parentes etiam adoptiuos, vocare non poteſt libertus,quia reuerentiam iis debet,non tanquam patronis,ſed tanquam iis, quos ius ciuile habeat pro parentibus veris patroni,ac ſi eſſent naturales: nimirum quamdiu adoptio durat, cùm huius reuerentiæ vinculum non ſit naturale, ſed ciuile, pendens à ſola adoptione, qua proinde ſoluta, etiam diſſoluitur. At vinculum reuerentiæ debitæ patrono, & patroni parentibus naturalibus eſt naturale, & ob id perpetuum, & per mediam patroni perſonam extenditur ad parentes quoque patroni, etiam adoptiuos. Non tamen ad parentes naturales patris adoptiui, quia medium adoptionis eſt inhabile ad coniungenda extrema. Siquidem per eam non aliis poteſt fieri cognatus is,qui adoptatur, quàm quibus & agnatus fit. *d. l. patris adoptiui.7.*

8 ¶ Si filius meus in adoptionem datus ſit, vocari à liberto meo in ius non poterit: ſed nec nepos in adoptiua familia ſuſceptus. Sed ſi filius [q] meus emancipatus adoptarit filium: hic nepos in ius vocari poterit: nam mihi alienus eſt.

Ad §.8. Si filius meus.

Ratio dubitandi. Filius meus à me in adoptionem datus incipit eſſe mihi extraneus. *l. quin etiã 55. de ritu nup.* ac multò magis extraneus mihi eſt nepos ex eo,in adoptiua familia ſuſceptus, quia nouam patris ſui familiam ſequitur. *l. magiſtratum 4. & l. ex adoptiuo 27. de adop.* ergo multò magis erit omnino extraneus liberto meo. Ratio decidendi. Qui à me datur in adoptionem,remanet tamen mihi filius naturalis, & eadem perſona, quæ erat antea: quia ius ciuile non poteſt corrumpere iura ſanguinis,quæ ſunt naturalia, & immutabilia. *§. vlt. inſtit. de leg. ag. tut.* Ergo & libertus meus ei honorem debet: Itémque nepoti ex eo in adoptiua familia ſuſcepto,qui non eſſet dicendus nepos meus,ſi eſſet mihi omnino extraneus. *l. vlt. C. de natur. lib.* Honor enim qui & mihi, & filio, & nepoti meo debetur, naturalem habet rationem. *d. l. 2. C. hoc. tit.* & iuris gentium. *l. manumiſſiones 4. de iuſt. & iur.*

q *Sed ſi filius.* Ratio dubitandi. Ex filio meo emancipato ſuſceptus meus nepos eſt,& ideò ad donorũ poſſeſſionem contra tabulas meas admittitur. *l. 3. & paſſ. de bon. poſſ. con. tab.* Ergo non eſt mihi alienus,& extraneus, nec proinde liberto meo. Ratio decidendi. Suſceptus ex filio meo emancipato nunquam fuit in familia mea; quia ſequitur nouam familiam patris ſui, & ideò mihi alienus eſt, quouſque emancipatio reſcindatur per prætorem, ad hoc, vt poſſit ille mihi ſuccedere,ac ſi non eſſet natus ex emancipato. *l. 3. §. ſi emancipatus. de cont. tab.* Proindè nullum ei honorem debet libertus meus, quia interim ex liberis meis non eſſe intelligitur, ne vnquam fuiſſe,quod in filio ipſo emancipato diuerſum eſt: qui àliquando non tantùm naturaliter, ſed etiam ciuiliter filius meus fuit: itémque in adoptato, cùm adoptio fieret olim per emancipationem. *l. vlt, C. de adop.*

9 ¶ Liberos autem ſecundùm Caſſium, vt in parentibus, & vltra trinepotem accipimus.

Ad §.9. Liberos.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem ferè quæ ad *§. 2. l. 4. ſ. eod.* niſi quòd hîc minor eſt ratio dubitandi,cùm liberorum appellatione deſcendentes omnes contineãtur, etiam qui ſunt vltra trinepotes. *l. liberorum 220. de verb. ſignif.* Neque enim aliqua in deſcendentibus diſtinctio eſt, vt alij aliter vocentur quomodo ex aſcendentibus,alij parentes,alij maiores appellantur. *l. iuriſconſultus 10. §. parentes 7. de gradibus.*

10 ¶ Si liberta ex patrono fuerit enixa: mutuò ſe, ipſa & filius eius, in ius non vocabunt.

Ad §.10. Si liberta.

Ratio dubitandi. Non poteſt mater filio ſuo reuerentiam debere, quam è contrario debet filius matri. *l. 4. de curat. fur.* Ratio decidendi. Debet reuerentiam huic filio, non tanquam ſuo,ſed tanquam ſui patroni? Ille verò matri tanquam filius ipſius non tanquam filius patroni.

11 ¶ Sin autem liberi patroni capitis [r] accuſauerunt libertum paternum, vel in ſeruitutem petierunt: nullus eis honor debetur.

Ad §.11. Sin autem.

Ratio dubitandi. Ex facto liberorum patroni, qui libertum capitis accuſauerunt,non poteſt lædi ius patroni, nec minui reuerentia ei debita, ſicut nec læditur ius innocentis filij, per factum patroni. *l. adoptiuum 8. §. vlt. ſ. eod.* Ergo quamdiu patrono debetur reuerentia, etiam ſi ipſius liberis debebitur,non propter ipſos,ſed propter patronum: vt in ſpecie. *§. præced.* Ratio decid. Non debet eſſe melior conditio liberorum patroni,qui libertum tam inhumaniter offenderunt, quàm futura eſſet patroni, ſi ipſe offendiſſet. Propter quod enim vnum quódque tale eſt, illud magis tale eſt: vt aiunt philoſophi. Atqui ſi patronus libertũ capitis accuſaſſet, nullus ei honor deberetur, nulla ſucceſſio. *l. cum patronum 10. de iur. patron.* ergo neque ipſius liberis,ſi eandem offenſam faciant. Quid enim durius, quàm alterius vitam aut libertatem fortunæ iudicio committere. *l. ſeruus 13. de ſtat. hom.* Alioqui ſi ſint innocentes non debet eis nota patris nocere. *l. diuus 17. de iur. patr.*

r *Capitis.* Id eſt, de eo crimine cuius pœna ſit mors aut exilium. *dict. leg. cum patronum 10. de iur patron.*

12 ¶ Prætor ait, *in ius niſi permiſſu meo ne quis vocet:* permiſſurus enim eſt,ſi famoſa actio non ſit, vel pudorem non ſuggillat [s], qua patronus conuenitur, vel parentes & totum hoc, cauſa cognita, debet facere: nam interdum [t] etiam ex cauſa famoſa, vt Pedius putat, permittere debet patronum in ius vocari à liberto: ſi eum grauiſſima iniuria adfecit, flagellis fortè cecidit [u].

Ad §. 12. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Actio non datur à prætore, niſi cùm eius dandæ iuſta cauſa eſt, ſiue quod competat ipſo iure, ſiue quod æquum & vtile ſit eam dati. *l. actio 47. de negot. geſt.* Atqui cùm iuſta cauſa eſt eius dandæ,ſi denegetur iniuſte fit: denegatur autem, cùm in ius vocatio non permittitur, quia omnium actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, quæ eſt de in ius vocando. *§. omnium. Inſtit. de pœn. tem. litig.* Ergo cùm actio famoſa competit filio contra patrem, aut liberto contra patronum, non ob id eſt deneganda,quòd ſit famoſa:cùm ſibi potiùs imputare debeat, qui id egit propter quod actione famoſa conueniri poſſit: ne alioqui melioris conditionis ſit is, qui infamiam meretur contra. *l. non fraudantur 134. de reg. iur. l. ſi longius 18. §. 1. de iudic. l. ita vulneratus*

neratus 51. in fi.ad l.Aquil.l.ſi à reo 70. §.fin.de fideiuſ.l. per omnes 6. C.de defenſ.ciuitat. Ratio decid. Non abſolutè denegat actionem prætor, ſed pro famoſa dat non famoſam in factum, verbis temperandam: ita, vt bonæ fidei mentio fiat, per quam tantundem conſequatur actor, quantum ſi famoſa actione experiretur, niſi quod nulla cõdemnata patri, vel patrono infamia irrogatur. *l.non debet.11.in fin.& l.ſeq.de dolo.l.ſi ſuperſtite 5.C.eo.* Quæ irrogatio infamiæ, non tam ad perſecutionem rei pertinet, quàm ad vindictam, quæ procul dubio deneganda eſt ei, qui reuerentiam & honorem aueſario debet. Adeò, vt neque permittendum ſit ei excipere de dolo, quamuis neque doli, neque alia vlla exceptio ſit famoſa. (nec enim edictum prætoris, *De his qui not.infam.* locutum eſt de exceptionibus, ſed de actionibus.) Nimirum, quia doli exceptio, licèt infamiam non irroget, onerat tamen apud bonos & graues exiſtimationem eius, qui dolo feciſſe dicitur, & ideò in locum eius ſubſtituenda eſt exceptio in factum. *l.parens 5.cum ſeq.de obſequ.par.& patr.præſt.*

ſ *Pudorem non ſuggillat.* Quod minùs eſt, quàm infamiam irrogare: exemplum eſt in *d.l.§.parens.& ſequ.de actionibus illis*, quæ licèt famoſæ non ſint, doli tamen & fraudis habent mentionem.

t *Interdum.* Ratio dubit. Semper hic honor patrono habendus eſt, vt ſcribitur in *§.ſeq.* nec ferre prætor debet heri ſeruum, hodie liberum, de iniuria ſibi a domino facta conquerentem. *l.prætor edixit 7.§.præterea.de iniur.* Ergo etiamſi grauiſſima iniuria libertum adfecerit, idem erit. Ratio decid. Semper hic honos debetur patrono, vt non poſſit vnquam in ius vocari ſine venia, ſed non etiam ille, vt prætor non patiatur eum in ius vocari ex cauſa famoſa, ſi nimis atrox ſit iniuria. *d.§.præterea.*

u *Flagellis cecidit.* Erat enim hæc pœna ſeruilis, non hominis liberi, niſi qui eſſet ex tenuioribus. *l. in ſeruorum 10.l.capitalium 28. §.non omnes.de pæn. l.prætor edixit 7. §.præterea de iniuriis.*

13 ¶ Semper autem hunc honorem patrono habendum: etſi quaſi tutor, vel curator, vel defenſor, vel auctor interueniat patronus. Sed ſi patroni [x] tutor, vel curator interueniat: impunè poſſe eos in ius vocari, Pomponius ſcribit, & verius eſt.

Ad §. 13. Semper.

Ratio dubitandi. Patronus, qui tanquam tutor, vel curator, vel actor pro alio interuenit, non ſua, ſed alterius vice fungitur. Nullum ergo priuilegium ex perſona ſua in iis cauſis habere debet, ſed eo iure cenſeri, pro quo alius interuenit. *l.tutor 22. de his quæ vt ind.* Facit enim hoc tanquam patronus, ſed tanquam alius quilibet arg. *l.ſi paterfamilias 15. §.1. de adopt. l.item eorum 6. quod cuiuſque vniuerſ.nom.* Ratio decidendi. Patroni perſona ſemper venerabilis liberto eſſe debet, pro tanto beneficio, quod ab eo accepit iuſtæ libertatis, nec debet patronus iniuriæ liberti exponi ob id ſolùm, quòd alterius cauſam tractandam licitè ſuſcepit. Vocatio autem in ius habet iniuriam perſonalem, quia rapitur obtorto collo is, qui vocatur, non is cuius nomine vocatur.

x *Sed ſi patroni.* Ratio dubitandi. Patroni tutor vel curator perſonam patroni repræſentat in eo negotio: ergo eadem ei reuerentia debetur, quæ patrono. Ratio decidendi. Tutor, vel curator patroni non eſt patronus: & alia perſona eſt patroni, alia tutoris, aut curatoris: licèt patroni negotium geratur. Nullus ergo iſtis honor debetur, licèt debeatur patrono, quia non rebus & negotiis patroni debetur, ſed ſoli ipſius perſonæ. *l.licè famoſa 7. in fin.de obſeq.par.præſt.* arg. *l.ex pluribus 42.de adminiſt. tutor.*

11. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

QVamuis non adiiciat prætor, cauſa cognita ſe pœnale iudicium daturum: tamen Labeo ait moderandam iuriſdictionem: veluti ſi pœniteat libertum [y], & actionem remittat, vel ſi patronus vocatus non venerit [z], aut ſi non inuitus vocatus ſit [a]: licèt edicti verba non patiantur [b].

Ad l. Quamuis non adiiciat 11.

Ratio dubitandi. Vbi lex generaliter & indiſtinctè loquitur, nec nos diſtinguere debemus. *l. ſed & ſi res. 7. de Public.l.in fraudem 15.in fi.de teſt.milit.* Ratio decidendi. Nunquam excluditur ea interpretatio, quæ ſit ciuilis & iuſta. Ideò nimirum interpretatio prudentum neceſſaria eſt ad leges, Senatuſconſulta, edicta prætorum, & conſtitutiones principum. Non enim oportet ius ciuile calumniari, neque verba captare, ſed qua mente quid dictum ſit, animaduertere. *l.pen ad exhib.*

y *Si pœniteat libertum.* Ratio dubit. Nemo poſt delictum per ſolam pœnitentiam nocens eſſe deſinit. *l.q[illegible] ea mente 65.de furt.* Ratio decidendi. Verba edicti ſunt ſemper accipienda cum effectu, præſertim cùm eſt pœnale: cuiuſmodi iſtud eſt. *l.penult. §.docere. ne quis eum, qui in ius.* Q[illegible]d enim obfuit conatus, cùm iniuria nullum habuit effectum? *l.1.& tot.tit.in ius voc.vt eant.l.1.§.vltim.quod quiſ. iur.*

z *Si patronus non venerit.* ſupple, *Nec fideiuſſorem dederit*: alioqui vocatio habuit effectum. *l. 1. & tot. tit. in ius voc.vt eant.* Cùm autem neutrum factum eſt, non videtur delinquere, & contra edictum facere patronus, qui in ius à liberto vocatus, non venit ſi libertus deliquit, qui eum ſine venia vocauit: argu. *l.1.in fin.ne quis eum.*

a *Non inuitus vocatus ſit.* Non enim fit iniuria volenti: *l.in diem 9.§.1.de acqu.plu.arc.*

b *Licèt edicti verba non patiantur.* Ratio dubitandi. Cùm verba legis aperta ſunt, lex ſeruanda eſt, quantumuis dura. *l.proſpexit 12. qui & à quib.man.* nec locus vllus interpretationi relinquitur. *l. talem inſtitutionem 51. in p. de hered. inſtit.* & neceſſariò ad Imperatorem recurrendum eſt, vt iniquitas corrigatur. *l.1. & vlt. C.de ll.* Ratio decidendi, hæc iuriſdictionis moderatio fit ab ipſo prætore, cuius eſt interpretari edictum ſuum. *d.l.vlt.* Ne quid durè, & iniquè conſtituiſſe videatur, cùm ſit ipſe cuſtos æquitatis. *l.ius autem 7.& l.ſeq.de iuſt.& iur.*

12. VLPIANVS libro 57. ad Edictum.

SI libertus in ius vocauerit contra prætoris edictum filium patroni ſui, quem ipſe patronus in poteſtate habet [c]: probandum eſt, abſente patre, ſubueniendum eſſe filio, qui in poteſtate eſt: & ei pœnalem in factum actionem, id eſt, quinquaginta aureorum aduerſus libertum competere.

Ad l. Si libertus 12.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias ſuo nomine nullam habet actionem, niſi iniuriarum & quod vi clam, ac depoſiti, & commodi. *l.filiusfamilias 9. de oblig.& act.* Ergo non eam, quæ datur ex edicto. Ratio decidendi. Non habet ſanè, ſi ſummo iure agatur, ſed ex æquitate prætoris ſubueniendum eſt ei, abſente patre, vt quoniam pater ex ipſius filij perſona non poteſt agere propter abſentiam, filius ipſe poſſit: ne alioqui libertus impune ferat,

quòd

quod contra edictum fecit. *l.ſi longius 18. §.ſi filiusfamilias.de iud.* Publicè enim intereſt non manere impunitum liberti delictum. *l.ita vulneratus 51. §.vlt. ad l. Aquil. l.ſi à reo 70. §.ſi. de fideiuſ. l.per omnes 6. de defenſ. ciuitat.* vt cæteri eius conditionis homines in debita patronis reuerentia contineantur.

c *In poteſtate habet.* Nam & filiusfamil. ex omnibus cauſis conueniri poteſt. *l.tam ex 57.de iudic.ſicut & obligari. l.filiusfamilias 9. de obligat. & action.* licet non poſſit ſimiliter agere ex omnibus cauſis. *d.l.familias 9.eodem.*

d *Patre abſente.* Aliud ergo eſt, ſi pater adſit: quia patri per filium acquiritur hæc actio. Ratio dubitandi. Filiusfamilias non eſt capax acquiſitionis, quia omnia acquirit patri. *l.placet. 79. de acq. hered. l.1.in pr. ſi à par.quis man. ſicut ſeruus domino tot.tit. Inſtit. per quas perſ.* Ergo non poteſt prætor ei ſubuenire, vt illum agere patiatur etiam abſente patre, ſicut nec potuit lex Cornelia ei ſubuenire, vt daret ipſi heredem, *l.lex Cornelia.28.de vulgar.& pup.* Ratio decidendi. Imò eſt filiusfamilias capax acquiſitionis, quoties pater non vult per eum ſibi acquiri. *l.1.C.qui admit. l.cogi poterit.16.§.ſi pater ad Trebel. l.is qui heres.13. §.vlt.de acq.hered.* aut cùm non poteſt velle, aut nolle, puta quia ſi furioſus. *l.cùm heres.52.eod.* Adeòque interdum etiam inuitu patre, vt in *l.imperator.50.ad Trebel.* Ergo quidni etiam cùm pater abeſt? Nam qui abeſt, non poteſt velle, non magis, quàm furioſus, qui ideo abſenti comparatur. *l.vbi non voce.124.de reg.iur.* Habet enim filiusfamilias integram perſonam, cùm habeat caput in ciuitate. *l.3.de his qui ſui.* Quod non ſimiliter dici poteſt de ſeruo. *l.3.§.vlt.& l.4.de c.min.* Quanquam nihil vetat actionem permitti filiofamilias, emolumentum verò actionis & pœnam edicti acquiri patri, etiam abſenti. Non enim acquirit filius patri, ſi pater velit, ſed niſi nolit. Et cùm acquiſitio illa fiat ipſo iure. *d.l.placet.79.* non minus fieri poteſt abſente patre, quàm præſente. At alia ratio actionis eſt, quam nemo niſi volens exercere poteſt. Requirit enim factum & voluntatem agentis, ſiue per ſe, ſiue per alium agat.

13. MODESTINVS libro decimo Pandectarum.

GEneraliter eas perſonas, quibus reuerentia præſtanda eſt, ſiue iuſſu prætoris in ius vocare non poſſumus.

Ad l. Generaliter 13.

Ratio dubit. Prætor in edicto enumerauit perſonas, quibus hanc reuerentiam præſtari vult, vt ſine venia in ius non vocentur; ergo aliæ nullæ ſunt, quibus eiuſmodi reuerentia ex edicto debeatur. Finge eſſe magiſtratus municipales. Aliqua ſane iis reuerentia debetur, cùm ſint magiſtratus, & habeant iuriſdictionem, & tamen poſſunt impunè ſine venia in ius vocari, quia nec imperium, nec poteſtatem habent. *l.nec magiſtratibus.32.& l.ſequenti.de iniur.* Ratio decid. Debet hæc lex reſtringi ad eas perſonas, quæ ſunt edicti verbis comprehenſæ niſi ſi quæ aliæ ſunt ſimiles, id eſt, in quibus aut eadem, aut maior reuerentia locum habeat in quo numero non ſunt magiſtratus municipales.

14. PAPINIANVS libro 10. Reſponſorum.

LIbertus à patrono reus conſtitutus, qui ſe defendere paratus, pro tribunali præſidem prouinciæ frequenter interpellat, patronum accuſatorem in ius non videtur vocare.

Ad l. Libertus à patrono 14.

Ratio dubit. Ea interpellatio facit, vt coactus tandem præſes de cauſa cognoſcere, condemnaturus ſit patronum, ſiue tanquam iniuſtum accuſatorem, ſiue etiam fortaſſe, tanquam calumniatorem, ſi per calumniam & falsò inſtituta accuſatio reperiatur. Ergo, pro vocatione in ius habenda eſt ſi effectus rei conſideretur. Quid enim aliud poteſt facere in ius vocatio, niſi vt tandem ſequi poſſit condemnatio? *§.omnium.inſt.de pœn.tem.litig.* Ratio decidendi. Nihil imputari poteſt liberto, id agenti, vt innocentiam ſuam probet, & ſe liberet. Nam etſi idem crimen, quod ei obiicitur, in patronum retorqueret, adhuc ignoſcendum ei eſſet, nec quidquam contra edictum facere videretur. *l.qui, cùm maior. 14.§.ſi libertus.de bon.lib.* Sibi enim debet imputare patronus, qui liberto eam neceſſitatem iniunxit.

15. PAVLVS libro 1. Quæſtionum.

LIbertus aduerſus patronum dedit libellum, non diſſimulato ſe libertum eſſe eius: nam ſi ad deſiderium eius reſcribatur, etiam edicti pœna remiſſa eſſe videtur? Reſpondi, non puto ad hunc caſum edictum prætoris pertinere: neque enim qui libellum principi, vel præſidi dat, in ius vocare patronum videtur.

Ad l. Libertus aduerſus patronum 15.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad *l.præced.* Ratio decidendi. Etſi per oblationem libelli inſtituatur, ex qua poſſit ſequi & litis conteſtatio, & condemnatio. *tit. Cod de lib.obl. & Quand. lib. priu. obl. litis cont. fac.* tamen ad hunc caſum edictum prætoris non pertinet, quia, qui libellum principi dat, vel præſidi, non ideò videtur aduerſarium in ius vocare. Siquidem libelli oblatio nullam habet vim, & impreſſionem, quam habet in ius vocatio: & ex qua vi & impreſſione pendet tota ratio edicti. De in ius vocando. Sola enim illa eſt, quæ facit vt violetur reuerentia, quæ debetur perſonis edicto comprehenſis.

16. IDEM libro 2. Reſponſorum.

QVæſitum eſt, an tutor pupilli nomine patronam ſuam ſine permiſſu prætoris vocare poſſit? Reſpondi eum de quo quæritur, pupilli nomine etiam in ius vocare patronam ſuam potuiſſe, ſine permiſſu prætoris.

Ad l. Quæſitum eſt 16.

Ratio dubitandi. Non poteſt patronus vocari in ius ſine venia, etiamſi non vocetur, niſi quaſi tutor aut curator. *l.ſed ſi hac lege 10.§.vlt.h.tit.* Ergo neque poterit vocari per libertum, quamuis tutoris nomine agentem. Vtroque enim caſu fit iniuria patrono, qui per libertum obtorto collo in ius rapitur. Nam neque actionem famoſam contra patronum inſtituere poteſt libertus, etiamſi ſit tutor. *l.1. Cod. ſi tutor non geſſ. l.1.Cod.de obſeq. præſt.* Ratio decidendi. Alia ratio eſt liberti vocantis in ius patronum, qui alterius tutor aut curator eſt, alia verò liberti, qui tanquam tutor vocat in ius patronum. Primo caſu libertus facit iniuriam patrono, violatque reuerentiam

ei

et debitam nec quidquam eſt, quod eum excuſet: poſteriore vero caſu, excuſatur officij neceſſitate, ſiue patronum ... vocet, ſiue famoſam actionem contra eum inſtituat ... tutor. m. 22. de his quæ vt indig. l. inter officium. ſ. 1. de rei iud. Nec tam liberum ... quam pupillus ... ipſi tutor ..., per omnium vocare & rapere intelligitur. Plane ſi plures ſint tutores, excuſandus eſt libertus ... patronum ... vocare ... actionem famoſam inſtituere contra eum, quia nec potuit: cum neceſſitas offi-

... hoc caſu. Poteſt enim curare ... tutore ... fiat, ſiue ſponte facere velint, ſiue ... Quod niſi cum effectu curet ... eſt ... ei imputetur, eaque ſententia & ratio eſt. d. l. 1. C. ſi tut. ... geſſ.

a *Eum de quo quæritur.* id eſt, qui ... tutor ... Nam ſi ... haberet ... C. ſi tutor non geſſ.

17 IDEM libro 1. Sententiarum.

EVm pro quo quis apud officium cauit, exhibere cogitur. ¶ Item eum qui apud acta exhibiturum ſe eſſe quem promiſit, & ſi officio non caueat, ad exhibendum tamen non cogitur.

Ad l. Eum pro quo 17.

Ratio dubit. ... habere ... eſt, & quidem alieni. Nemo autem ... ad factum præſtandum alienum. l. ſtipulatio iſta 38. de verb. oblig. ſed ſi non faciat agendum eſt ad pecuniam, & ad id quod intereſt, etiam cum vtilis fuit obligatio, l. ſi quis ab a... ſ. fin. de re iud. l. ſtipulationes. 72. l. quoties. 81. de verb. oblig. Ratio decid. Qui apud officium ... pro al..., qui in ius vocabatur eum exhibere debet, aut ... condemnationem, quanti ex ea cauſa intereſſet adueſarij. Ne ... prætoris autoritatem videatur impune contemnere, ex eius iuriſdictione ... vocatio. Nam qui vocatur in ius ... ad ... vt ... Item ... apud ... cauſa ... ſibi vt reci... cautiones ... C. ... Non ... neceſſe C. Octauio inde cogere ... Q. Catulo fundum reſtituere, aut condemnare eum. Itaque non cogitur quis præciſe ad exhibendum, ſed ... exceptione, niſi mali præſtare quanti intereſt. Non ... factum promittit, ſed ſuum, qui promittit ſe exhibiturum aliquem. ſ. ſi quis alium. Inſtit. de inut. l. ſtipulat.

18. GAIVS lib. 1. ad legem duodecim Tabularum.

PLerique putauerunt nullum de domo ſua in ius vocari licere: quia domus tutiſſimum cuique refugium atque receptaculum ſit: cúmque qui inde in ius vocaret, vim auferre videri.

Ad l. Plerique putauerunt 18.

Ratio dubitandi. non facit vim, qui edicti perpetui ius exequitur, quia iuris executio neque vim habet, neque iniuriam. l. ſi duorum. 41. de act. empt. l. iniuriarum. 13. ſ. 1. de iniur. Atqui vocatio ... edicto prætoris, l. 14. & paſſ. ... tit. ſ. omnium. Inſtit. de pœn. tem. litig. nec edicti verba diſtinguunt, vnde qui in ius vocetur, ergo vim non facit etiam qui in ius aliquem ex domo vocat. Ratio decidendi. Quiſquis alium in ius vocat, facit vim, ſed licitam, quia permiſſum eſt rapere obtorto collo aduerſarium, ſi velit obtendere, nec vltrò ſequi vocantem. At eadem ... fit ei, qui in domo ſua eſt: quia inuitus ... bitur, quod non eſt permittendum. l. ſ. de ... ſi ... 2. eod. cum domus ſit tutiſſimum cuiuſque refugium. Vbi enim licebit tutò eſſe, ſi non liceat domi. Et ſi autem edicti verba non diſtinguunt, vnde qui vocetur in ... tamen res non excludit iuſtam ... interpretationem ..., quæ ſemper facienda eſt ex eo, quod probabiliter prætor ſenſit aut ſentire debuit.

19. PAVLVS libro 1. ad Edictum.

SAtiſque pœnæ ſubire eum, ſi non defendatur, & latitet, certum eſt: quòd mittitur aduerſarius in poſſeſſionem bonorum eius. ¶ Sed ſi aditum ᵃ ad ſe præſtet, aut ex publico conſpiciatur, rectè in ius vocari eum Iulianus ait.

Ad l. Satiſque pænæ 19.

Ratio dubitan... Omnium ... inſtituendarum principium ab ea parte ... profic... quæ eſt de in ius vocando. ſ. omnium. Inſtit. de ... ter. litig. Ergo fieri non poteſt ... condemnatio ... vocatus non eſt: quia nemo inauditus condemnatur. Atqui intereſt actoris, vt habeat aduerſarium condemnatum. l. minor. 40. de minor. Nec debet latitatio ... impedire vocationem, cùm ... inutiliter ... l. inter ſtipulantem. 83. ſ. 1. de verb. oblig. ... pendet ... præparatoria iudicij. Ratio dec... Sola latitatio, dummodo fraudandi cauſa fiat, efficit ... demnatione, vt actor mittatur in poſſeſſionem ... qui non defenditur, & ... ſ. 1. & ſ. latitare. ... in poſſeſſionem ... ideoque ... vocari in ius ... res impediat ... nem bonorum ... condemnationem latitantis eſt, ac ſi aduerſarium in ius vocaſſet.

a *Sed ſi aditum.* Ratio dub... Parum ... denuntiare ei, qui conſpicitur ex publico, niſi poſſit etiam extrahi de domo ſua, ſi ſponte ... ſequi nolit. Atqui non poteſt extrahi de domo ſua. l. ſed etſi. 21. eod. ergo fruſtra fiet hæc vocatio, quam tamen fruſtra non fieri, pertinet ad autoritatem prætoris. Ratio de... Permittitur hæc vocatio hactenus, vt denuntiatio fiat, non etiam vt poſſit de domo extrahi, l. ... ſ. prætor. & ſ. ait de damno infecto l. nemo. ... de reg. iur. ... & ſignificatio nullam vim habet, vt nec ... hodie fieri ſolet. Extractio autem ... quæ fit hodie in cauſis criminalibus, ... vocant adiournement de main mi... ou priſe de corps ... tamen ... eſt a denuntiatio, quamuis ... non ſequatur. ... deſt enim ad hoc, ne poſſit reus ... contumaciam prætendere, & vt poſſit pro contumaci haberi & condemnari. Quid enim refert, an qui ... an eo loco ſe teneat, vnde extrahi ... non poſſit?

20. GAIVS lib. 1. ad legem duodecim Tabularum.

SEd etiam a vinea, & balneo, & theatro nemo dubitat in ius vocari licere.

Ad l. Sed etiam a vinea 20.

Ratio dub. Videtur etiam ei, qui a vinea, aut balneo, aut ... in ius vocatur, eum ... loca cuique tutò eſſe liceat, tanquam in locis aut liberè publicis aut domeſticis. Ratio decid. Non ſunt loca, in quæ refugium aut receptaculum habere quis ſoleat, aut debeat, vt ſit in tuto.

21. PAVLVS libro 1. ad Edictum.

SEd & ſi is, qui domi eſt, interdum [b] vocari in ius poteſt: tamen de domo ſua nemo extrahi debet.

Ad l. Sed & ſi is 21.

Ratio dubitandi. Qui in ius vocatur, ſi non vltrò ſequatur ducentem, rapi poteſt & trahi in ius, vt dixi ad *leg.2. ſuprà eod.* Atqui ſi quis aditum ad ſe præſtet, aut ex publico conſpiciatur, rectè in ius vocatur. *l. ſatiſque. 19. eod.* ergo & de domo ſua extrahi poterit, ſi non ſequatur.

Ratio decidendi. Poteſt vocari in ius, ſed non abſolutè, ſed hactenos, ne de domo ſua extrahi poſſit. *l. nemo. 103 de regulis iuris.* ſed vt, ſi de iure ſuo experiri volet, habeat facultatem, nec propter ignorantiam aliquo damno adficiatur. *d. l. 4. § prætor. & § totes. de damno infecto.* Nam etſi ex publico conſpiceretur, adhuc tamen ei denuntiandum eſſet ad domum, propoſito etiam libello ad ipſas ædes, vt ſciatur an ita monitus aliqui pro eo defenſor futurus ſit. *d. § prætor. & § totes.*

b *Interdum.* id eſt, cùm aditum ad ſe præſtat, & ex publico conſpicitur. *l. ſatiſque. 3. eod.*

22. GAIVS lib. 1. ad Leg. duodecim Tabularum.

NEque impuberes puellas, quæ alieno iuri ſubiectæ eſſent, in ius vocare permiſſum eſt.

Ad l. Neque impuberes 22.

Ratio dubitandi. Edicto prætoris nominatim excepta eſt puella quæ nubit: ergo non ea quæ impubes. argum. *leg. . de officio eius. lege ex eo quod. 18. de teſtibus.* Nec enim nubit, aut nubere poteſt ea quæ impubes eſt. *Inſtit. de nuptiis. in princip. leg. minorem. 4. de ritu nuptiarum.*

Ratio decidendi. Non fuit excepta puella impubes verbis edicti, quia ſatis eam excipit fauor ætatis, non dico ſexus. Nam & fœmina in ius vocari poteſt, niſi ſit mater vel patrona. *leg. quarta. § primo & ſecundo. lege ſed hæc lege. 1. § libertos. ſupra. aut niſi nubat. lege ſecunda.* Imò etiam patrona, ſi libertus eam conueniat tanquam tutor. *lege quæ 16. ſupra.* Nec quod prohibetur vocari ea, quæ nubit, aliud quidquam ex eo inferre poſſis, niſi poſſe igitur vocari eam, quæ non nubit: ſcilicet ſi ſit pubes, qualem oportet eſſe eam, quæ nubit: vt excluſio vnius ſit excluſio alterius cæteris paribus. Sed ſi fauendum fuit ætati, cur adiectum eſt, *quæ alieno iuri ſubiectæ eſſent?* nimirum quia poteſt eo caſu, quo puella impubes in poteſtate eſt, pater ipſius conueniri filiæ nomine: nec vlla neceſſitas eſt vocandi in ius puellam, quæ patrem habet, in cuius ſit poteſtate. Nec aliud puto reſpondendum in pueto impubere, ob idque facilè adducor, vt credam legendum hic eſſe *perſonas* pro *puellas*. Certum enim eſt impuberes, ſiue maſculi ſint, ſiue fœminæ in ius vocari non poſſe: Eumque ordinem à prætore ſeruari debere, quem præſcribit Vlpianus in *l. hac autem 5. § 1. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* niſi malis, pro *impuberes* legere *puberes*, quod fortaſſe probabilius fuerit, vt ſenſus ſit non ſolùm impuberes puellas in ius vocari non poſſe, quod certiſſimum eſt, ſed neque puberes, ſi iuri ſubiectæ ſint alieno: quia ciuilius eſt earum nomine patrem vocari, qui nimirum facilius eam iniuriam laturus eſt, quam quæ heret puellæ, ſi in ius raperetur: quod ſanè alienum eſſet à publica honeſtate, & pudicitiæ dignitate. Nam & tutores & curatores vocari poterant, ſi non eſſent ex perſonis exceptis. *l. ſed ſi hac lege 10. § vlt. ſupr.* Quod ſi ſint & puberes, & ſui iuris non poteſt negari, quin vocari in ius poſſint, & debeant exceptis iis, quæ nubunt. *d. l. 2. 3.* Neque enim aliter contra eam inſtitui actio poſſet, ex ſolemni iudiciorum ritu, & hoc malo.

1 ¶ Qui in ius vocatus eſt, duobus caſibus dimittendus [a] eſt: ſi quis eius perſonam defendet [b]: & ſi, dum in ius venitur, de re tranſactum [c] fuerit.

Ad § 1. Qui in ius vocatus eſt.

a *Dimittendus.* verbum accommodatum, quia qui in ius vocatur tenetur & rapitur inuitus, vt dixi ad *l. libertus 15. & l. pleriſque. 18. eod ſupr.*

b *Defendet.* Ratio dubitandi: nemo cogitur mutare aduerſarium. *l. 1. C. tot. tit. de alien. iud. mut. cauſ.* ergo ne dimittere eum, quem in ius vocat, etſi defenſor aliquis exiſtat. Ratio decidendi. Non mutatur aduerſarius, cùm interuenit defenſor, quia ſententia contra defenſorem lata poteſt mandari executioni contra eum, pro quo defenſor altus fuit: ſicut & contra ipſum defenſorem. *l. 2. de adm. tutor. l. tutori. quand. ex fact. tutor. l. 4. § 1. de re iud.* Et quamuis non poſſet mandari executioni contra defenſum, tamen nulla in eo eſſet captio actoris, quoniam defendere nihil aliud eſt, quam eandem vicem, quam reus, ſubire: *l. minor. 51. § 1. de procur.* Et cùm fieri poſſit vt qui in ius vocatur ſit non ſoluendo, ita vt inanis futura ſit actio, quæ contra eum competit, & inutilis condemnatio. *l. non ſi. 6. de dolo.* fieri tamen non poteſt vt defenſor non ſit idoneus. Quippe neque alius pro defenſore admittitur, quàm qui idoneus eſſe poteſt, vt iudicium patiatur. *l. neque fœmina. 54. de procurat.* neque alius, quàm qui ſatiſdederit iudicatum ſolui, etiamſi ſit locupletiſſimus. *dict. l. minor. 51. cum duobus ſequentibus.* quod diuerſum eſt in eo, qui ſeipſum vult defendere. *leg. hac autem. 5. § recte defendi. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

c *Tranſactum*, quid enim opus eſt vt vocatus in ius veniat, & iudicio ſe ſiſtat poſt tranſactum negotium. *l. 2. ſi quis caut.* Ratio dubitandi. Statim atque prætoris autoritas & iuriſdictio ſe interponit vocato in ius aduerſario, nihil videtur poſſe fieri inconſulto prætore ne ipſius maieſtas neglecta videatur, & priuatorum actio iuſſui prætoris antepoſita. *l. 1. § inde quæritur verſ. nec eſſe periculum. De oper. nou. nun.* Nec enim priuatorum pactiones legis, vel edicti auctoritate vertuntur. *l. 2. lt. de ſuis & legit.*

Ratio decidendi. Quid aliud agebat prætor, quàm hoc, vt controuerſias litigatorum dirimeret? A quibus ſi ſponte receſſerunt, debebit hoc ratum habere, *dict. § inde quæritur. l. 3. § ſed ſi permiſerit & ſeq. quod vi aut clam. l. ſi curius. 13. § ſed ſi inter alias. l. & § æquiſſimum. De vſufr.* Officium enim & propoſitum prætoris eſt lites dirimere & dirimere. *l. quidam exiſtimauerunt. 22. de reb. cred.* Nam nec iudex aliud poſſet iudicare, quàm quod inter litigatores conueniſſet. *lege ſi conuenerit. 26. de re iudic.*

23. MARCIANVS libro 3. Inſtitutionum.

COmmunis libertus, licèt plurium ſit debet à prætore petere, vt ei liceat, vel quemdam ex patronis in ius vocare, ne in pœnam incidat ex edicto prætoris.

Ad l. Communis libertus 23.

Ratio dubitandi. Edicto prætoris prohibetur, ne patronus à liberto ſuo in ius vocari poſſit. *l. 4. § 1. 3.* Atqui non poteſt quis abſolutè ſuum dicere, qui ſit communis, *lege 5. § 1. & 2. de legat. 1.* Id enim demum verè dicitur meum eſſe cuius nulla pars poteſt dici alterius, *leg. rectè dicimus. 25. & l. licet inter. 58. § 1 de verbor. ſignific.*

nihil

nihil [illegible] in re communi, quod tam ſit vnius ex ſociis, vt non ſit etiam alterius. *leg. illud dubitationis eſt.* 46. *de ri. nupt.* & ideò, qui iurat quid ſuum non eſſe, adiicere debet, neque ſibi commune eſſe. *leg. pupillus.* 239. §. *fin. de verbor. ſig. ſſ.*

Ratio decidendi. Imò negari non poteſt libertum vnius eſſe, licet ſit, etiam alterius. *d. l. illud dubitationis.* 46. *l. ſi quis ſuos.* 74. *de leg.* 3. Abſurdum enim eſſet dicere neutrius eſſe libertum, qui ſit vtriuſque. Plures enim in vno eodemque corpore dominium iuris intellectu, non diuiſione corporis obtinent. *l. Manius.* 66. §. *duorum de legat.* 2. Eſtque longè diuerſa ratio illius, qui libertus eſt reipublic. quem diximus poſſe impunè & ſine venia in ius vocare ſingulos ciues. Ille enim nullius libertus eſt vt diximus ad *legem ſed ſi hac lege.* 10. §. *qui manumiſſus ſupra eodem.*

24. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

IN eum, qui aduerſus ea fecerit quinquaginta aureorum [a] iudicium datur: quod nec heredi [b], nec in heredem, nec vltra annum datur.

Ad l. In eum qui 24.

a *Quinquaginta aureorum.* vt in *l. ſi libertus. ſupr.* ſed cur quinquaginta, nunquam maior, aut minor pro delicti grauitate? Eſt hoc iuris conſtituti, & pertinet ad *l. non omnium* 20. *de ll.*

b *Nec heredi.* Ratio dubitandi. Publicè intereſt maleſtatem prætoris vindicari, etiam contra heredem, & poſt annum, ne impunè læſa videatur. Nec tempus modus eſt tollendæ obligationis. *l. obligationum.* 44. §. *placet. de oblig. & act. præſertim*, quæ ex delicto deſcendat: quod impunitum remanere nunquam debet. *l. ſi a reo.* 70. §. *vlt. de fideiuſ.* Ratio decidendi. Actiones prætoriæ, & pœnales, nec heredi, nec in heredem, nec poſt annum dantur. *l. in honorariis.* 35. *de oblig. & act. vbi dicam.* Hæc autem eſt eiuſmodi. Nec enim abeſt ei, qui aduerſarium in ius vocauit, quidquam, cùm iterum vocare poſſit, & ſaluam habeat iuris ſui perſecutionem. Cúmque ſit hæc mera pœna, datur etiam calumniatori. *arg. l.* 5. §. 1. *ne quis eum qui in ius.*

25. MODESTINVS lib. 1. de Pœnis.

SI ſine venia edicti impetrata libertus patronum in ius vocauerit: ex querela patroni, vel ſupradictam pœnam, id eſt, quinquaginta aureos dat: vel à præfecto vrbi [c], quaſi inofficioſus [d] caſtigatur, ſi inopia [e] dignoſcitur laborare.

Ad l. Si ſine venia 25.

Ratio dubitandi. Nulla edicto pœna ſtatuta eſt alia, quàm pecuniaria & aureorum quinquaginta. *l. prox. ſup.* ergo alia nulla irrogari poteſt, cùm facti quidem quæſtio ſit in arbitrio iudicantis. Pœnæ verò perſecutio non eius voluntati mandetur, ſed legis autoritati reſeruetur. *l.* 1. §. *verſ. quorum alterum in fi. ad. SC. Turpil.* Et ſi quæ pœnæ commutatio fieri poſſet, deberet fieri in meliorem & leniorem pœnam non grauiorem. *l. perſpiciendum.* 11. & *l. interpretatione.* 42. *de pœn.* Pœna verò corporalis qualiſcunque, eſt grauior, quam pecuniaria, quæ maxima. *l. vlt. de plag. l. quid ergo* 13. §. *penult. de his qui not. infam.* Ratio decidendi. Iniuria quæ fit patrono per vocationem in ius tanta eſt, vt nullo modo debeat manere impunita: Cùm quò pauperior eſt libertus, tantò ſit dignior qui caſtigetur, tanquam inofficioſus, ſi non præſter debitam patrono reuerentiam. Ne alioqui prætextu & fiducia inopiæ ſuæ, poſſit impunè patronum laceſſere contra. *l. ſi quis.* 35. *de iniur. l.* 1. §. *vlt. de pœn.*

c *Præfecto vrbi.* Quia prætor non habuit merum imperium, id eſt, ius animaduertendi, ſed præfectus vrbi. *d. l.* 1. §. *vlt. de pœnis. l.* 1. §. *ſolent. &* §. *cùm patronus. de off. præfect. vrb.* Vnde eſt quod in *l. ſi quis.* 35. *de iniur.* pro *prætor.* legendum eſt *præf.* vt docui ſuperius.

d *Quaſi inofficioſus.* Ergo non ex hoc edicto, nec propter pœnam edicti, ſed quia inofficioſus fuit, & ingratus libertus, qui patronum obtorto collo rapuit in ius, vel ſequi coegit, ne raperetur, ni ſequeretur. Itaque abutuntur perniciosiſſimè hoc loco, qui inferunt eum qui non habet in ære, debere luere in corpore: quod & falſum & iniquum eſt, cùm pecuniaria tantùm pœna conſtituta eſt legibus, & per ſententiam iudicis irrogata. Quæ enim ſemel certa conſtituta eſt, nunquam poteſt commutari vel augeri, ſed contrà debet remitti. *l. fin. in fin. C. de mod. mulct. l. illicitas.* 6. *in fin. de off. præſ.* Planè vbi eſſe deberet pecuniatia, quam proinde poſſet ob inopiam ſuam eludere is, qui condemnandus necdum condemnatus eſt, poteſt corporalis infligi ei, qui fiducia inopiæ deliquit, vt in *d. l.* 35. *de iniur. l.* 4. *C. de ſeru. fug. l.* 1. §. *vlt. de pœn. l. ſi quis id.* 7. §. 3. *de iuriſd.* Nam ſi alius, quam libertus contra hoc edictum fecerit, putà in ius vocauerit, ſine venia puellam quæ nubebat, nec habeat vnde pœnam pecuniariam poſſit ſoluere, non erit ad præfectum vrbi remittendus, vt caſtigetur, quia nec inofficioſus dici poteſt.

e *Inopia.* Ratio dubitandi. Digna eſt inopia quæ ius dicentem moueat potius ad miſericordiam, cùm excuſationem plerunque iuſtam pariat. *l. ſi procuratorem.* 8. §. *ſi ignorantes. in fin. mand.* & pœnæ etiam irrogatæ moderationem. *l. vlt. in fin. C. de mod. mulct. l.* 6. §. *vlt. de off. præſ.* Adeoque faciat, vt actio quæ contra inopem competit, in alium ſit transferenda. *l. & eleganter.* 7. §. *ſi quadrupedes. de dol. l. qui occidit.* 30. §. 1. *ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Non caſtigatur quia ſit inops, nec ob id ſolùm quòd pœnam edicti pecuniariam non poſſit ſoluere, ſed etiam ob id maximè quòd fuerit ergo patronum inofficioſus, tantúmque oblitus beneficium, rediit ad nequitiam ſeruilis ingenij: vt ait *l.* 2. *C. de libert. & eor. lib.*

SI QVIS IN IVS VOCATVS NON IERIT: SIVE QVIS EVM VOCAVERIT, QVEM EX EDICTO NON DEBVERIT.

TITVLVS V.

VLPIANVS libro 1. ad Edictum.

SI quis in ius vocatus fideiuſſorem dederit in iudicio ſiſtendi cauſa, non ſuppoſitum iuriſdictioni illius ad quem vocatur: pro non dato fideiuſſor habetur, niſi ſuo priuilegio [a] ſpecialiter renuntiauerit.

Ad l. primam.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor, licèt non ſit ſuppoſitus iuriſdictioni illius ad quem vocabatur is pro quo fideiuſſit, poteſt tamen apud ſuum iudicem conueniri, & condemnari. Præſcriptio enim fori non eximit debitorem ab obligatione, ſed tantùm ne poſſit apud eum magiſtratum, à quo declinat, vrgeri. *l. ſi fideiuſſor. 7. qui ſatiſd. cog. l. vlt. C. de except.* nec quicquam vetat debitorem in vno loco, fideiuſſorem verò in alio conueniri. *l. centum capuæ. 8. de eo quod cert. loc.* Ergo non poteſt hic fideiuſſor haberi pro non dato. Ratio decidendi. Fieret iniuria ei cuius eſt iuriſdictio, ad quam vocatur reus ſi permitteretur ei, vt daret fideiuſſorem, qui eſſet ex aliena iuriſdictione, quia non poſſet eadem iuriſdictione cogi ad præſtandum, quod promiſiſſet. *l. vlt. de iuriſd. l. 1. §. vlt. quod quiſque iur. l. ſi quis filio. 6. §. quid ſi quis de iniuſt. rupt.* Et ideò, licet actor peum acceperit, prætor tamen eum habet pro non dato, quia inſpiciendum eſt non tantùm, quid interſit actoris, ſed etiam quid prætoris, ad cuius dignitatem & iuriſdictionem hæc res pertinet. *l. ſi quis ex aliena. 5. de iudic.*

a *Niſi ſuo priuilegio.* Non enim habet prætor fideiuſſorem pro idoneo, quandiu habet fori præſcriptionem. *d. l. ſi fideiuſſor. 7. qui ſatiſd. cog.* cùm fideiuſſor æſtimetur idoneus, & locuples, non tantùm ex facultatibus, ſed etiam conueniendi facilitate. *l. 2. in princ. eod.*

b *Renunciauerit.* Ratio dubitandi. Priuatorum conſenſus formam iuriſdictionis mutare non poteſt. *l. nec ex prætorio. 27. l. neque pignus. 45. §. 1. de reg. iur. l. ius publicum. 38. l. inter debitorem. 42. de pactis.* nec legum autoritate cenſeri. *l. vlt. de ſuis & legit.* Ratio decidendi. Non mutat formam iuriſdictionis qui renuntiat præſcriptioni fori. *d. l. ſi fideiuſſor. 7. qui ſatiſ. cogant. l. pen. C. de pact.* quia præſcriptio fori non competit, niſi ei, qui ſuppoſitus ordinariæ iuriſdictioni. *l. 4. C. de iuriſd.* Sed nec ille, qui cùm ſit ex alia iuriſdictione prorogat iuriſdictionem alterius magiſtratus, vt hic. *l. 1. & 2. de iudic.* ſecus ſi iuriſdictionem aliquam velit ei dare, qui nullam habeat. Hoc enim non eſt hominis priuati, ſed legis. *l. 3. eod.* dixi *ad l. eſt receptum. 14. §. de iuriſd.* Mihi tamen valde ſuſpectus eſt totus hic verſi. *niſi ſuo priuilegio ſpecialiter renunciauerit:* ſiue Triboniano, ſiue imperito interpreti eum tribuere velis: non enim poteſt priuilegio locus eſſe in perſona illius, qui non ſuppoſitus iuriſdictioni, ſed in perſona tantùm eius, qui ſuppoſitus eſt: quique, ſi priuilegio non vteretur, non poſſet incompetentē dicere iuriſdictionem. Nec ſanè poteſt haberi pro non dato fideiuſſor, qui ex eadem iuriſdictione eſt, licèt habeat fori præſcriptionem: cùm poſſit vtiliter conueniri, ſiue non vtatur exceptione, quòd vel nolit, vel non poſſit propter renuntiationem: ſiue prædictum ei ſit non vſurum eum priuilegio, ſi conueniatur vt in *d. l. ſi fideiuſſor. 7. qui ſatiſd. cogant.* ſed etſi ſalua ei ſit fori præſcriptio, imputari poteſt actori, cur talem admiſerit, & ſatisfactum eſt prætori, ſi in ius vocari poſſit, quamuis habiturus ſit fori præſcriptionem, cùm ea præſcriptio iuriſdictionem confirmet potiùs, quàm eludat.

2. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

EX quacumque cauſa ad prætorem: vel alios, qui iuriſdictioni præſunt [c], in ius vocatus venire debet: vt hoc ipſum ſciatur, aut iuriſdictio eius ſit.

Ad l. 2. Ex quacunque cauſa.

Ratio dubitandi. Extra territorium ſuum ius dicenti impunè non paretur. *l. vlt. de iuriſdict.* nec poteſt vires vllas habere vocatio facta ex auctoritate illius, qui nullam habuit iuriſdictionem. *l. 1. §. vlt. quod quiſque iur.* Quod ſi malè vocat, qui vocat, non delinquit qui non venit *l. 1. §. vlt. ff. ne quis eum.* Ratio decidendi. Prætoris eſt, aut alterius magiſtratus cuiuſlibet, ad quem quis vocatur, æſtimare an ſua ſit iuriſdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem magiſtratus. *l. ſi quis ex aliena. 5. ff. de iudic.* Nec verendum eſt, ne iuriſdictionem alioqui incompetentem agnouiſſe & prorogaſſe videatur is, qui venit, vt eam poſtea declinare non poſſit. Neque enim ob id prohibetur declinare iuriſdictionem, & obiicere incompetentiam, ſi modò id fecerit ab initio, & ante litem conteſtatam. *l. vlt. Cod. de except. l. 4. Cod. de iuriſd.* Quinimò etiamſi iudex ſit competens, ſed tamen cuius iuriſdictionem ſubire non cogatur reus propter aliquod priuilegium fori non ob id quod venerit, amittit priuilegium. Venit enim vt ſuum priuilegium allegaret. *d. l. ſi quis ex aliena. 5. de iudic.* Quanquam multò faciliùs eſt priuilegium amittere, quàm iuriſdictionem prorogare. Priuilegium fori amittitur, ſi ab initio ſtatim non obiiciatur. Iuriſdictio non prorogatur, niſi in iudicem incompetentem expreſſim conſentiatur. *l. 1. & 2. eod.*

c *Qui iuriſdictioni præſunt.* Nam ſi conſtaret vocatum quem in ius fuiſſe ex autoritate eius, qui nullam haberet iuriſdictionem, poſſet vocatus impunè non venire. Quod praxis noſtra protraxit etiam ad eum caſum, quo quis vocatus ſit ad iuriſdictionem magiſtratus iuriſdictionem quidem habentis, ſed euidenter incompetentem: Quod parum intereſt an quis nullam prorſus, an euidenter incompetentem iuriſdictionem habeat. *d. l. 1. §. vlt. quod quiſque iur. l. ſi quis filio 6. §. quid ſi quis de iniuſt. rup.*

1 ¶ Si quis in ius vocatus non ierit, ex cauſa [d] à competenti iudice [e] mulcta pro iuriſdictione iudicis [f] damnabitur: ruſticitati enim hominis parcendum erit. ¶ Item ſi nihil interſit [g] actoris, eo tempore in ius aduerſarium veniſſe, remittit Prætor pœnam: putà, quia feriatus dies fuit.

Ad §. 1. Si quis in ius vocatus.

d *Ex cauſa.* Id eſt, Cauſa cognita, non ſemper, nec omni cauſa. Interdum enim ruſticitati hominis parcendum erit, qui neſciuerit, quid, quantúmve ſit contemnere autoritatem magiſtratus. Interdum etiam remittenda erit in totum pœna, vt putà, ſi nihil intereſt actoris. Ratio dubitandi. Omnis enim delinquit, & contemnit autoritatem Prætoris ille, qui in ius vocatus non venit. *l. ſi quis ex aliena 5. de iudic.* Ergo omni caſu condemnandus eſt. Ratio decidendi. Ruſticitas interdum veniam meretur, quia imperitiam adnexam habet, & excuſat à dolo. *l. ſi quis id 7. §. dolo ſup. de iuriſd.*

e *A competenti iudice.* Non qui habeat iuriſdictionem competentem in illa cauſa, ſed qui & iuriſdictionem aliquam habeat, & ius dicendæ mulctæ. Nec enim omnes habent, vt putà duumviri, & magiſtratus municipales. *l. vnic. ſup. ſi quis ius dicent.* Sicque accipiendum eſſe hunc locum, apparet ex *princip. legis.*

f *Pro iuriſdictione iudicis.* Id eſt, quatenus dicendæ mulctæ ius magiſtratus habet. Alius enim maiorem, alius minorem irrogare poteſt. *l. vlt. C. de mod. mulct.* Porrò mulcta nunquam niſi pecuniaria eſt, in eoque differt à pœna, itémque in aliis de quibus in *l. aliud fraus 131. §. 1. & l. ſi qua pœna 244. de verb. ſignific.* vbi dicitur, quod ad hunc locum maximè pertinet mulctam in arbitrio dicentis poſitam eſſe, nec certa vlla quantitate legibus concludi. Quod tamen hodie abrogatum eſt per *d. l. vlt. C. de mod. mulct.* quæ certum modum mulctis conſtituit.

g *Item ſi nihil interſit.* Ratio dubitandi. Cùm pœna debetur, non eſt quærendum an, aut quantum interſit. *l. 2. §. 1*

l. ſtipulatio

l.ſtipulatio iſta 38.§.alteri,de verb oblig. Ratio decidendi. Id procedit in pœnis conuentionalibus, in quibus de illo tantùm quæri oportet, quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis. Aliud eſt in pœna irroganda ex edicto prætoris. Eius enim moderandæ arbitrium eſt penes prætorem, qui, quoties æquitas permittit, facilè pœnam remittit. Æquitas autem magna facit pro reo, cùm nihil intereſt actoris, putà, quòd feriatus dies fuit, quo non niſi fruſtra quis in ius veniſſet. Non tamen ſemper idem obſeruat prætor. Nam plerumque irrogat pœnam, tametſi nil interſit actoris, fortaſſe calumniatoris, vt in ſpecie. *d.l.vnic ſi quis ius dicent.l.ſi per alium 5.§.1.infr.ne quis eum.* Nempe, quòd iis caſibus, id eſt, ſiue ius dicenti non obtemperetur, ſiue qui in ius vocabatur vi eximatur, longè grauius violetur autoritas prætoris, quæ proinde feueriùs etiam, & omnimodo vindicanda eſt.

3. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

CVm quis in iudicio ſiſti promiſerit, neque adiecerit pœnam [b], ſi ſtatus non eſſet: incerti [i] cum eo agendum eſſe in id quod intereſt, veriſſimum eſt: & ita Celſus quoque ſcribit.

Ad l. Cùm quis in iudicio.3.

Hæc lex non pertinet ad hunc tit. ſed potiùs ad illum. *Qui ſatiſd. cogant. & ſequentes* in quibus agitur de promiſſione in iudicio ſiſtendi. Hic enim titulus, vt & duo ſequentes, & præcedentes, ad eum ſpectant qui ius dicentem offendit, & qui in ius vocatus fuit, non ad eum qui iudicio ſiſtere & ad iudicem venire noluit. *l.3.§.1.ne quis eum.* Ius eſt locus, in quo prætor, aliúſve magiſtratus ius dicit. *l.pen.de iuſtit.& iur.* Iudicium verò locus, in quo iudicatur a pedaneo iudice dato.

h *Neque adiecerit pœnam.* Ratio dubitandi. Quidquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palàm verbis exprimatur omiſſum intelligendum eſt. *l.quidquid aſtringenda 99.de verb.oblig.* Atqui nihil fuit hìc dictum de præſtando eo, quod actoris intereſſet. Ergo non poteſt reus ex ſtipulatione ad id quod intereſt conueniri. Ratio decidendi. Qui promittit ſe iudicio ſtiturum, promittit factum. In obligationibus autem faciendis, ſi non fiat, quod conuenit, ſuccedit obligatio & præſtatio eius quod intereſt. *l. ſtipulationes 72.l.quoties 81.de verb.oblig. l.ſi quis ab alio. 13.de re iud.* quoniam præciſè cogi ad factu nemo poteſt, quando nec id fieri poſſet ſine vi & impreſſione, quam ſemper exoſam habet legiſlator, vtpote quæ ciuis romani libertatem imminuat. *l.4.de ſtat.hom.*

i *Incerti.* Quia ad rem incertam, id eſt, ad id quod intereſt. Quatenus enim cuiuſque interſit, in facto, non in iure conſiſtit. *l.quatenus 24.de reg.iur.* idcóque incertum ſemper eſt, plerumque inopia probationum ad exiguam ſummam deducitur. *l.vlt.de præt. ſtipulat. l.diem proferre 27. §.vlt.cum l.ſeq.de recept.qui arbitr.*

IN IVS VOCATI VT EANT, AVT SATIS, VEL CAVTVM DENT.

TITVLVS VI.

PAVLVS libro 1. ad Edictum.

EDICTO cauetur, vt fideiuſſor [a] iudicio ſiſtendi cauſa datus pro rei qualitate locuples [b] detur: exceptis neceſſariis perſonis [c]: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti pro parente, patrono.

Ad Tit. VI. In ius vocat vt eant.

Hic titulus malè acceptus eſt à Triboniano, à quo fuit accommodatus ad promiſſiones iudicio ſiſtendi cauſa factas, cùm tamen hæc pars edicti ad eos pertinet, quia in ius & ad prætorem, non ad eos, qui in iudicium, & ad iudicem vocantur. Id enim agebat prætor, vt quia in ius vocabatur, ſi non ſatiſdaret, cogeretur ſequi, aut inuitus traheretur & raperetur: ſi ſatiſdaret, dimitteretur: quemadmodum ſi quis pro eo defenſor exiſteret, aut ſi de negotio inter eundem tranſactum eſſet. *l. neque impuberes 22. §.1.ſup.de in ius voc.*

a *Vt fideiuſſor.* Ratio dubitandi. Hæc ſatiſdatio neceſſaria eſt, & ex edicto ei iniungitur, qui nulla ſua promiſſione obligatus eſt ad fideiuſſores dandos, quos locupletes & idoneos inuenire plerunque difficile eſt, præſertim inopi homini. *l.ſacram.33.§.præterea.C.de epiſc.& cleric.* ſemper verò durum homini locupleti, honeſto & bene probato, *l.teſtamento 17.§.non omnimodo de teſtam.tutel.* Ergo dignus eſt, qui in ius vocatur, cui ſuccurratur, vt qualemcunque fideiuſſorem dando audiatur. *l. ſi fideiuſſor 7. in princ.& §.1.qui ſatiſd.cog.* Ne dum executoris pertinax & auara proteruitas extraneos & idoneos fideiuſſores flagitat, multiplex innoxiæ paupertati infligatur incommodum *d.§.præterea.* Ratio decidendi. Succurritur quidem ei, qui dat fideiuſſorem quatenus poteſt ita ſuccurri, vt res ſit in tuto actori, vt *d.l.ſi fideiuſſor 7.in. pr. & §.1.* At non eſt in tuto, ſi non locuples fideiuſſor detur, quia nulla eſt actio, quam debituris eludit inopia. *l.nam is nullam.6. de dolo.* Nec vlla iu eo fit iniuria ſatiſdanti, qui ſcilicet non cogitur præciſe ad ſatiſdationem, ſed ita demum ſi non malit in ius venire. Denique hæc ſatiſdatio non tam in obligatione, quam in præſtatione eſt, ideoque videtur voluntaria, ſi reus in ea cauſa ſit, vt nihil impediat, quominus venire in ius poſſit. *d. l.ſi fideiuſſor 7. qui ſatiſdar. cogant.*

b *Locuples.* Quis locuples ſit docet Vlp. in *l.2.in princip. qui ſatiſd.cogant.*

c *Exceptis neceſſariis perſonis.* Ratio dubitandi. Nemo fideiuſſorem non idoneum admittere cogitur. *l.ſi ab arbitrio 10. infr.qui ſatiſd.cogant.l.1.§.item quæritur.de ſepar. l.3.in fin.de fideiuſ.* Parum enim refert an fideiuſſor nullus detur, aut auferatur, an is qui non ſit idoneus, ſicut nec an nullomodo cautum ſit, an vitioſè. *l. quoties 6. qui ſatiſd. cog. l.4.§.addici. de fideic. lib. l.ſi mandatu 59.§.fin. mand.* Ratio decidendi. Fauor perſonarum hoc facit, quæ cùm ſint neceſſariæ & coniunctæ, merentur hunc honorem, vt qualemcunque fideiuſſorem dando liberentur, vt parens & patronus. Nam & filius emancipatus, & libertus boni conſulere debent, quod veniam impetrauerint vocandi in ius perſonas iſtas, quibus tanta debetur reuerentia, & quas ſine venia vocare non potuiſſent. Etſi verba edicti, quo ita conſtitutum eſt non ad eos parentes, patronóſve pertinent, qui in ius vocantur, ſed ad eos qui in iudicium, vt conſtat ex *l.2. §.prætor ait infr.qui ſatiſd. cog.*

2. CALLISTRATVS lib. 1. ad Edictum monitorium.

ITem pro patrona, liberíſve ſuis, vel vxore, nurúve: tunc enim qualiſcumque fideiuſſor accipi iubetur: & in eum, qui non acceperit, cùm ſciret eam neceſſitudinem perſonarum, quinquaginta aureorum [d] iudicium competit.

Ad l. Item pro patrona 2.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad legem præced.

d *Quinquaginta aureorum.* Quæ pœna etiam eſt filij parentem, aut liberti patronum ſine venia in ius vocantis. *l. vltim. ſup. de in ius voc.* Par enim delictum eſt, veniam non impetrare, & abuti impetrata. Ideoque parem pœnam conſtitui æquum fuit.

3. PAVLVS lib 4. ad Edictum.

QVoniam pro locuplete accipitur fideiuſſor in neceſſariis perſonis.

Ad l. Quoniam pro locuplete 3.

Ratio dubitandi. Locupletem fideiuſſorem facit copia facultatem, & facilitas conueniendi, non voluntas, aut conditio ſatiſdantis, etiam qui locupletiſſimus ſit. *l. 2. in pr. qui ſatiſd. cog. l. minor. 51. §. vlt. cum duab. ſeqq. de procura.* Ratio decidendi. Non eſt hic re vera locuples, ſi non omnino ſit ſoluendo, ſed tamen pro locuplete habetur propter fauorem perſonæ, à qua datur, id eſt, tantùm prodeſt ei qui dat, quantum ſi eſſet locupletiſſimus: vt ſcilicet & dimittendus ſit, qui in ius vocabatur, & ſi non dimittatur, habeat actionem pœnalem 50. aureorum, quemadmod habetet actionem iniuriarum is, qui fideiuſſorem euidentiſſimè locupletem dediſſet. *l. ſi verò 5. §. 1. qui ſatiſd. cogant.* Non habetur tamen hic pro locuplete, niſi quantum ad facultates. *l. 2. §. pen. qui ſatiſ. cog.*

4. VLPIANVS libro 58. ad Edictum.

QVi duos homines in iudicio ſiſti promiſit: ſi alterum exhibet, alterum non: ex promiſſione non videtur eos ſtitiſſe, cùm alter eorum ſit exhibitus.

Ad l. qui duos homines 4.

Ratio dubitandi. Tot ſunt ſtipulationes quot ſunt res *l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* Tot ergo hic promiſſiones, quot ſunt ſerui. Et conſequenter, qui vnum ſtitit, ſaltem quod ad eum pertinet, non poteſt ex ea ſtipulatione ſiue ad pœnam, ſi qua promiſſa ſit, ſiue ad id quod intereſt conueniri. Nec enim poteſt indiuidua dici ſtipulatio, quæ non vna eſt, ſed duplex. Ratio decidendi. Vnicum factum eſt: & vnica promiſſio, & conſequenter indiuidua duos ſiſtendi, quoties vna fuit actio, propter quam ij ambo in ius vocabantur, ita vt non ſint niſi vnius loco. Verum enim eſt duos non eſſe exhibitos, cùm alter tantùm exhibitus fuit, atque ita commiſſam eſſe ſtipulationem, ac proinde commiſſam pœnam ipſo iure in totum. *l. ſi ſeruus 9. §. 1. ſi quis cautton.* vbi tamen additur ſi pro rata eius, qui ſtatus non fuit, offeratur pœna, exceptione doli vſurum eum, qui ex ſtipulatione in ſolidum conuenitur. Quod multò magis locum habere debet, ſi non ad pœnam conueniatur, ſed ad id quod intereſt: quia facilius eſt vt diuidatur ſtipulatio ratione eius, quod intereſt, quàm ratione pœnæ. *l. 2. §. vlt. l. 4. §. 1. in fin. l. 5. l. ſtipulationes 72. de verb. obligat. l. ſi procurator 18. rem rat. hab. l. h. r. de eius 25. §. idem iuris 13. fam. erciſcund. l. Lucius Titius 47. de act. empt.*

NE QVIS EVM QVI IN IVS VOCABITVR, VI EXIMAT.

TITVLVS VII.

VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

HOc edictum prætor propoſuit, vt metu pœnæ compeſceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt.

Ad Tit. VII. Ne quis eum qui in ius vocatus eſt vi eximat.

Ad l. Hoc edictum 1.

Ratio dubitandi. Qui in ius vocatus non venit, ſiue ab alio vi exemptus ſit, ſiue ſeipſum exemerit, ſi poſtea non veniat, purgétque contumaciam, perinde condemnari poteſt, ac ſi veniſſet, ſaltem peracto edictorum ordine de quo in *leg. ad peremptorium 68. cum 5. ſeqq. de iudic.* quia contumacia pro præſentia eſt. *Auth. qua in Prouincia verſ. ſed ſi nec ipſe C. vbi de crim. agi oportet.* Ergo nihil intereſt actoris, ſi quando reus vi eximatur. Ei porro, cuius nihil intereſt, actio danda non eſt. *l. 3. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb oblig.* Ratio decidendi. Edictum hoc eſt pœnale, & fauet etiam calumniatori *l. 5. §. 1. hoc tit.* Optima ratione, vt prætor metu pœnæ compeſceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt. Nam cùm ferendum nunquam ſit, vt vis impunè fiat, multò minus, ferre prætor debet, vt authoritas ſua violetur. Ideóque etiamſi in aliis quibuſdam partibus edicti remittatur pœna, cùm nihil intereſt actoris *leg. 2. in fin. ſup. tit. 1.* in hac tamen non remittitur, quia delictum hoc longè grauius eſt, cùm in faciendo conſiſtat, illud verò de quo ſuperiore titulo in non faciendo.

1 ¶ Denique Pomponius ſcribit, ſerui quoque nomine noxale iudicium reddendum: niſi ſciente domino id fecit: tunc enim ſine noxæ deditione [a] iudicium ſuſcipiet.

Ad §. 1. Denique Pomponius.

Ratio dubitandi. Serui pro nullis habentur, etiam iure prætorio, adeóque nec extra ordinem computantur. *l. nullo modo 7. ad leg. Corne. de falſ.* Ergo non poſſunt conuenire ſeruo verba illa edicti huius. *Ne quis.* Sicut neque hoc edicto tenetur is, qui ſeruum in ius vocatum vi eximit: quia in ſeruo propter eandem rationem verificari non poſſunt alia illa verba edicti, *eum qui:* cùm ſeruus, qui nullus eſt in ius vocari non poſſit. *l. 3. inf.* Ratio decidendi. Seruus, cùm delinquit, non habetur pro nullo, cùm delinquere ſit facti non iuris. Eorum autem, quæ facti ſunt, capaces ſunt ſerui, perinde ac cæteri. *l qui heredi 44.*

de

de iudic.& dem.l.nec ſeruus 41.de pecul. In factiſenim nihil, niſi naturam ipſam, & rei veritatem ſpectamus. Alioqui nec ob delictum vllum condemnati ſeruus poſſet eo prætextu, quod pro nullo habeatur, quod eſſet ridiculum. Alia igitur eſt cauſa ſerui, qui in ius vocatur, alia ſerui, qui in ius vocatum vi eximit. Hic delinquit, & ideò pro aliquo habetur. Ille non delinquit, & ideò habetur pro nullo.

a *Sine noxæ deditione.* Id eſt, in ſolidum. Dominus enim facultatem noxæ dedendæ a lege accipit, & noxæ deditio in ſolutione tantùm, non etiam in obligatione eſt. *l. miles 6.§.1.de re iudic.* In ſolidum itaque tenetur dominus, quoties in eum datur iudicium purum, & ſine noxæ deditione. Ratio dubitandi. Iniquum eſt dominum ex ſerui maleficio teneri ſupra quàm ſit ipſe ſeruus. *l.2. de noxal.act.§.ſumma autem Inſt. eod.* Ratio decidendi. Non ſolo delicto ſerui tenetur dominus, qui ſciuit, nec prohibuit, ſed etiam ex proprio. Crimen enim eſt, ſi quis non prohibeat alium delinquere, cùm poſſit. *l.culpa caret 50. & leg nullum crimen 109.de regul.iur.cum ſimil.* Scientia autem domini, quomodo hic accipi debeat, dicemus ad *leg.3.de noxal.action.*

2 ¶ Ofilius putat locum huic edicto non eſſe, ſi perſona, quæ in ius vocari non potuit, exempta eſt: veluti parens, & patronus, certæque perſonæ: quæ ſententia mihi videtur verior, & ſanè ſi deliquit, qui vocat: non deliquit, qui exemit.

Ad §. 2. Ofilius putat.

Ratio dubitandi. Edicti verba non diſtinguunt; Ergo nos diſtinguere debemus *vulg.l.de pretio 8. de public. in rem act.l.in fraudem 15.in fin. de teſt. milit.* Ratio decidendi. Nihil facit contra edictum, neque contra prætoris autoritatem ille, qui vi eximit eum, quem alius contra edictum ipſum prætoris in ius vocabat. Nec delinquit qui eximit, ſi delinquit qui vocat. Replicabis, Non eſſe ſingulis concedendum, vt faciant priuata autoritate, quod per magiſtratum publicè fieri poſſit: ne occaſio maioris tumultus detur, *l.non eſt ſingulis 176.de regul.iur.* Nam & inde eſt, quòd ſi prædo, qui dominum vi deiecerat, poſtea quoque vi deiectus ſit, etiam ab ipſo domino, reſtitui debeat ex edicto, & habeat interdictum etiam contra dominum, ſi modò ex interuallo deiectus ſit. *l.3. §.cum igitur l.qui poſſeſſionem 17.vnde vi.* Reſp. per vocationem in ius fieri vim & iniuriam ciui Romano, quæ [illegible] illicita eſt, niſi quatenus fit permittente prætore, & e[x] ipſius dicto. Quoties ergo vocatur quis in ius contra edictum poſſe iniuriam illam à quocunque non quidem vindicari, vbi facta eſt, ſed ab initio prohiberi, ne fiat, & in ipſa vocatione. Quo tempore nec prætoris autoritas præſtò ſemper eſt ad iniuriam arcendam, quam ille ipſe edicto ſuo fieri prohibuit.

2. PAVLVS libro 4. ad Edictum.

NAm cùm vterque contra edictum faciat: & libertus, qui patronum vocat: & is, qui patronum vi eximat: deteriore tamen loco libertus eſt, qui in ſimili delicto petitoris partes ſuſtinet. Eadem æquitas eſt in eo, qui aliò, quàm quò debuerat [b] in ius vocabatur. Sed & fortiùs [c] dicendum eſt non videri vi eximi eum, cui ſit ius ibi non conueniri.

Ad l. Nam cum vterque 2.

Ratio dubitandi. Nemo excuſandus eſt à delicto ob id ſolùm, quòd alius deliquerit, cùm innocentia excuſare ſe quiſque debeat, non criminum relatione *l.ſi quis reus 5.de public. iud.l.1. l.neganda. C.de his qui accuſ. non poſſ.* Et quamuis dici ſoleat paria delicta tolli mutua compenſatione, cùm circa eandem ipſam rem vtrinque peccatum eſt, *l.viro 29.l.cùm mulier.47.ſolut.matr.l.vlt.§.pen.de eo per quem fact.erit.* id tamen non obtinet niſi inter eos qui deliquerunt, non quantùm ad vindictam publicam, ad quam maximè pertinet, vt quò plura delicta ſunt, eò grauiùs & ſeueriùs in ſingulos delinquentes vindicentur, ne remaneant impunita. *l.ita vulneratus 51. ad fin.infr.ad l. Aquil.l.ſi à reo.70.§.vlt.de fideiuſſ.l.per omnes 6.de defenſ. ciuit.* Ratio decidendi petenda eſt ex iis, quæ diximus ad finem legis præced. Itémque ex eo, quòd huius edicti pœna licèt publicam vindictam contineat, tamen ſolius actoris commodo cedit, quem porrò æquum non eſt lucrum ſentire ex eo facto, quod primus ipſe contra edictũ admiſerit. Præſertim cùm ſuſtineat partes petitoris, vt lex ait, In pari verò cauſa ſemper durior ſit conditio petitoris. *l.3.l.penult.de condic.ob turp.cauſ. l.2. Cod.eod.l.ſi priuſquam 15.in fin. de oper.noui nunc.*

b *Aliò, quàm quò debuerat.* Ratio dubitandi. Etiam qui ex aliena iuriſdictione in ius vocatur venire debet, vt hoc ipſum ſciatur, cuius ſit iuriſdictio. *l. 2. ſup. ſi quis in ius voc.non ier.leg.ſi quis ex aliena 5.de iudic.* Ergo delinquit etiam ille, qui ex aliena iuriſdictione vocatum vi eximit Ratio decidendi. Incompetentia iuriſdictionis non excuſat vocatum, quin venire in ius debeat, ne videatur contemnere iuriſdictionem eius, ad quem vocatur, & quoniam aliter ſcire non poſſet cuius ſit iuriſdictio. Sed excuſat tamen eum, qui vi eximit, Non quidem, ne delinquat: ſed ne pœnam contra eum perſequi poſſit is, qui vocabat, quoniam & ipſe deliquit, & quidem prior eum iuriſdictionem, quæ ſola competens erat, neglexit. Vnde eſt, quòd ſi poſtea conſtet alterius fuiſſe iuriſdictionem, condemnandus iſte eſt in litis impenſas, & viatica in pœnam temerariæ vocationis. *l.eum, quem temerè.79. de iudic.* Eadem igitur ratio hîc locum habet, quæ in ſpecie præcedente, quòd paria delicta mutua compenſatione diſſoluuntur. Nam & ex poſt facto apparet nullam fuiſſe vocationem, in ius, quippe, quæ facta ſit ex autoritate incompetentis, & nullius iuriſdictionis. Huc pertinet vetus illud verbum, Multùm refert quà, & quò.

c *Sed & fortius.* Ratio dubitandi. Non deficit iuriſdictio ordinaria, quoties ad eam declinandam allegatio priuilegij neceſſaria eſt. Priuilegium enim præſupponit ordinariam iuriſdictionem. *l. ſi fideiuſſor.7. j.tit.1. l.pen. C. de pact.* Ergo delinquit omnimodo & violat iuriſdictionem prætoris ille, qui vi eximit eum, quem alius vocabat in ius ad prætorem, licèt qui vocatur habeat priuilegium. Ratio dec. Priuilegium non tollit quidem ius ipſum iuriſdictionis ſed vim & poteſtatem ipſius impedit, ita vt non minor iniuria fieri videatur ei, qui contra priuilegium ſuum in ius vocatur, quam ſi ex aliena iuriſdictione vocaretur. Priuilegium enim priuata lex eſt, quæ ſicut ſpecialior, ita potentior eſt iure communi. Itaque delinquit quidem is, qui ſic vocatum vi eximit, quia non debuit contemnere magiſtratum, ex cuius auctoritate fiebat vocatio, ſed nullam patitur pœnam, quia cederet ea pœna lucro actoris, qui & ipſe deliquit. Aliud ergo eſſet hodie, quandoquidem procuratoribus & aduocatis Principis, tanquam publicis accuſatoribus conſtitutis, pœna quæ actori non poſſet applicari, eſſet applicanda fiſco. Ex iis quæ dixi ad *principium huius legis.*

5. VLPIANVS lib. 5. ad Edictum.

QVod ſi ſeruum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat ceſſare edictum: quoniam non fuit perſona, quæ in ius vocari potuit: quid ergo? ad exhibendum [a] erit agendum.

Ad l. quod ſi ſeruum 3.

Ratio dubitandi. Verba edicti concepta ſunt, in factum. Nam vocatio in ius facti eſt. Factorum autem quæ facti ſunt capaces ſunt ſerui, vt diximus ad §. 2. *l.* 1. *ſup.* Cùm ergo verum ſit ſeruo quoque vi exempto, exemptum vi eſſe illum, qui in ius vocabatur, conſequens eſt, vt edicto locus eſſe debeat. Ratio decidendi. Verba edicti ſic accipienda ſunt, vt ſupponantur termini habiles id eſt, perſona, quæ in ius vocabatur vocari potuerit. Non dico debuerit, ſed potuerit, quod de ſeruo dici non poteſt, qui cùm iuri etiam prætorio ſit incognitus, *l. nullomodo. 7. de falſ. l. quod attinet. 32. de reg. iur.* in ius vocari nullo modo poteſt.

a *Ad exhibendum.* Datur enim actio illa omnibus quorum ex iuſta & honeſta cauſa intereſt, & aduerſus omnes, qui exhibendæ reſtituendæ rei habent facultatem *l. 3. §. ſciendum & paſſ. ad exhib.*

1 ¶ Si quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, pœna eius edicti ceſſabit.

Ad §. Si quis ad pedaneum 1.

Ratio dubitandi. Iudex pedaneus ille eſt, qui datur à prætore vt de facto cognoſcat inter litigatores, & pronunciet. *tot tit. de iudic. l. 2. & tot tit. Cod. de pedan. ſic dictus,* qui æſt ad pedes prætoris, id eſt, inferior prætore, à cuius formula in ferenda ſententia ne latum quidem vnguem poſſit recedere, vt probat elegans ille locus Ciceronis, aliàs à nobis laudatus 2. *Orat. in Verrem.* Ergo cùm iudicis pedanei à prætore dati autoritas contemnitur, ipſius quoque prætoris maieſtas negligi videtur, ac proinde pœna edicti locum habere debet. Ratio decid. Edictum eſt de eo qui in ius vocatur ad prætorem, & vi exemptus eſt: Non autem vocatur in ius, neque ad prætorem qui vocatur in iudicium, & ad iudicem. Aliud enim eſt ius; aliud iudicium: Aliud ius dicens, Alius index, vt dixi *ad l. 3. ſi quis in ius voc. non ier.* Ideoque ab *hoc tit.* benè ſeparatus ille eſt, *de eo per quem fact. erit.*

2 ¶ Quod prætor præcepit, *vi eximat*: vi, an & dolo malo? ſufficit vi, quamuis dolus malus ceſſet.

Ad §. 2. Quod prætor.

Ratio dubitandi. Quiſquis vim facit, dolo malo facit, licèt non è conuerſo vim faciat quiſquis dolo facit. *l. 2. §. doli, vbi bonor. rapt.* Ergo non poteſt dolus malus ceſſare, ſi vis fiat. Ratio decidendi. Poteſt interdum fieri vis ſine dolo, putà ſi quis vi eximat eum quem parentem aut patronum eſſe putabat, cùm non eſſet: aut eum, quē putabat eſſe ſeruum cùm eſſet liber, vel vocatū ex aliena iuriſdictione, aut ſubnixum aliquo priuilegio fori, cùm is eſſet ex ea iuriſdictione, ne priuilegium vllum haberet. His caſibus dolus nullus eſt eius, qui putabat ſibi licere impunè vim facere. Nec enim dolus malus eſt ſine mala mente. *l. 1. §. dolum. de dolo malo.* Itaque error hic eximentis, eximit eum à dolo, non tamen à vi, quæ ex re & facto ipſo æſtimatur. Ergo nec à pœna edicti, quòd vim tantùm non etiam dolum requirit hac parte. Aliud enim eſt in ſpecie *§. vlt. l. prox. infr.*

4. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

SEd eximendi verbum generale eſt, vt Pomponius ait: eripere enim eſt de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre: vt putà ſi quis non rapuerit quem, ſed moram fecerit, quò minus in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemiſſe [b], quamuis corpus non exemerit. Sed & ſi eò loci retinuerit [c], non abduxit: his verbis tenetur.

Ad l. Sed eximendi 4.

Ratio dubitandi. Per vocationem in ius rapitur is, qui vocatur, ſi vltrò ſequi nolit: vt dixi ad *l. 2. & l. plerique. 18. ſup. de in ius vocand.* Ergo eripitur, & de manibus actoris rapitur, quiſquis vocatus eximitur, nec proinde quicquam interfuit, an eximendi, an verò eripiendi verbo prætor vteretur. Ratio decidendi. Etiamſi quis non rapuerit alium, qui in ius erat vocatus, & demiſſus dato nimirum fideiuſſore vel defenſore vt *l. neque impuberes. 22. de in ius voc. l. 5. §. 1. ſ. tit. 1.* ſed moram ei fecerit, vi ſcilicet adhibita, quominus in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur vi exemiſſe, quamuis corpus ipſum non exemerit. Sicut & qui eò loci retenuit, nec abduxit. Itaque latiùs patet verbum eximendi, quàm eripiendi. Eximit quiſquis eripit, non contrà. Prudenter autem facit prætor, vt & alius legiſlator quilibet, cùm verbis generalioribus vtitur, vt plures caſus comprehendat. *l. ait prætor. 5. de re iudic.* Semper enim generalibus, ſpecialia inſunt, non è conuerſo. *l. ſemper 14. de reg. iur.* Eripere eſt de manibus auferre per raptum: Quo argumento motum fuiſſe Papin. arbitror, vt crederet orationem Diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem ad rerum duntaxat donationes pertinere. *l. Papinianus. 23. de donation. int. vir. & vxor.* quia ſic dixerat oratio. *heredem verò eripere. l. cùm hic ſtatus. 32. §. ait oratio eod. At eximere,* & quoquo modo auferre.

b *Videbitur exemiſſe.* Ratio dubitandi. Abſurdum eſt videri exemptum quemquam, priuſquam fuerit ab aduerſario ductus, & raptus, cùm priuatio præſupponat habitum, *l. 4. de iuſtit. & iur. l. ſi in diem. 46. l. Titio vſusfructus. 96. de condic. & demonſtr.* Ergo eximi non poteſt, qui nondum eſt vocatus. Ratio decidendi. Vocatio præſupponenda eſt, vt poſſit quis eximi. Sed non eſt neceſſaria corporalis adprehenſio, vt quis dici poſſit vocatus in ius, quæ tamen eſſet neceſſaria vt poſſet dici ereptus. Accommodatius ergo fuit verbum *eximere*, quam *eripere* aut *abducere.* Nam nec abduci poſſet, niſi qui iam ductus eſſet.

c *Retinuerit.* Intellige non per dolum tantùm vt in *l. 1. dolum. de eo per quem fact. erit ſed per vim.* Alioqui non eſſet locus huic edicto, in quo prætor ſolius violentiæ, non etiam doli fecit mentionem. *l. 3. in fin. ſupr.*

1 ¶ Item ſi quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit: conſtat eum hoc edicto teneri.

Ad §. 1. Item ſi quis eum.

Ratio dubitandi. Non tenetur hoc edicto quiſquis vi eximit eū, qui in ius vocari non potuit. *l. 1. §. 2. l. 2. & 3. ſ.* Ergo nec eximens eum, qui vocari non debuit. Nec enim fieri poſſe creditur, quod iure fieri non debet. *l. filius 15. de condic. inſt.* Nec rurſus fauendum eſt calumniis, aut indulgendum maliis, ne alioqui eueniat vt quis ex improbitate ſua actionem conſequatur. *l. itaque Fullo. 12. §. 1. de furt. l. 1. & tot. tit. de calum. l. 1. §. 1. ſimul. ventr.* non Neque verò poteſt quicquam intereſſe calumniatoris, cùm iam non ſit calumniator, ſi qua ratione eius interſit. Quoties autem nihil intereſt agentis, remittit pœnam prætor, etiamſi factum ſit aduerſus edictum. *l. 2. infr. ſ. ſi quis in ius vocat. non ier.* Ratio decidēdi. Longe aliud eſt vocari quem in ius non poſſe. Aliud non debere. Non poſſe, iuris eſt? & quidem pendentis ab edicto prætoris, quod ſcire quiſque poteſt. Non debere, etiam iuris quidem eſt, ſed pendentis ex facto, de quo non poteſt pri-

uatus

uatus cognoſcere, aut exploratum quicquam habere, ſed tantùm iudex à Prætore in eam rem datus. Quis autem ferat, vt priuatus ſibi adroget cauſæ cognitionem, vel ſine cognitione pronunciationem? Itaque cùm in eo prætoris maieſtas violetur, facilius ferendum eſt, vt actor quamuis calumniator pœnam lucretur, quàm vt impunitum ſit delictum eius, qui vi exemit. vt & in *l. 1. §. 1. quod legat.* Non enim hoc caſu conſequitur actionem ex improbitate ſua, ſed ex delicto eius, qui fecit contra edictum. Nec remittit prætor pœnã, etiamſi nihil interſit actoris, quia delictũ hoc pro graniore habet, quàm ſit illud de quo in *d. tit. ſi quis in ius voc. non ier.* vt dixi ad *d. l. 2. ill. tit.*

2 ¶ Prætor ait, *néve faciat dolo malo, quò magis eximeretur* [d]: nam poteſt ſine dolo malo id fieri: veluti cùm iuſta cauſa eſt exemptionis [e].

Ad §. 2. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Qui dolo malo facit, quò magis eximat quis eum qui in ius vocatur, nihil tamen vi facit: quia dolus ſine vi eſſe poteſt. *l. 2. §. doli vi bonor. rapt.* Ergo non incidit in Edictum, cuius verba vim omnino exigunt. *l. 3. §. 1. ꝫ.* Ratio decidendi. Ideò prætor adiecit.

d *Neve faciat dolo malo, quò magis eximeretur.* Quoniam alioqui dolus hic, aduerſus edicti mentem admiſſus, maneret impunitus.

e *Iuſta cauſa eſt exemptionis.* Quæ enim iuſta exemptionis cauſa eſt, ſicuti facit impunitam vim, ita & impunitum dolum. *l. 1. §. 2. l. 2. &* *3. ꝫ.* Poteſt tamen fieri, vt non ſit iuſta cauſa exemptionis, nec dolus vllus ſit: Quo caſu non eo minus edicto locus erit, ſi vis interuenerit, vt dixi ad §. 2. *d. l. 3.* Nempe quod ad prius caput edicti, quod de vi ſola locutum eſt, non etiam quod ad poſterius, per quod ſolus punitur dolus.

5. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

SI per alium quis exemerit, hac clauſula tenetur, ſiue præſens fuit, ſiue abſens [f].

Ad l. Si per alium 5.

Ratio dubitandi. Verba edicti denotant perſonale factum eius, qui reum in ius vocatum vi eximit: Ergo ad eum non pertinent, qui ipſe per ſe non exemit. Verba enim edicti, vt & legis cuiuſlibet ſtrictè accipienda ſunt, præſertim cùm edictum pœnale eſt, ne alioqui duriore interpretatione pœnas exaſperemus, quæ ſunt potiùs molliendæ. *l. pen. de pœn.* Sunt enim odioſæ, & ideò reſtringendæ. *l. cùm quidam. 19. de lib. & poſt.* Ratio decidendi. Nihil intereſt an faciat quis aduerſus verba edicti, an contra mentem prætoris, & in fraudem edicti. *l. contra legem. 29. & ſeq. de leg.* Æquè verò prætorem offendit, qui vocatum in ius eximit per alium, atque is qui per ſeipſum. *l. 1. §. 1. ꝫ. Ne quis eum. l. ſi quis id 7. §. fin. de iuriſd.*

f *Siue præſens fuit, ſiue abſens.* Ratio dubitandi. Qui abſens fuit, non potuit reuera eximere, tametſi voluiſſet, quia factum illud præſentiam exigebat: Ergo neque poteſt fingi feciſſe, quandoquidem fictio debet reſpondere veritati. *l. confeſſionibus. 13. in princip. l. ſi is cuius nomine 14. in fin. de interrog. in iur. fac.* Ratio decidendi. Qui mandauit fieri quid ſe abſente ideò feciſſe creditur, quod alius fecit, quia exiſtimatur id ipſum facturus per ſe fuiſſe, ſi alius non feciſſet. Cumque in omni facto & corpus requiratur, & animus, creditur alieno corpore feciſſe, & animo proprio: ſicut & is, cuius corpus miniſterium præbuit alieno animo, id fecit & proprio corpore. Indeque etiam eſt, quòd vterque punitur, & qui mandauit & qui mandatum ſuſcepit, quaſi vterque fecerit, & animo & corpore partim ſuo, partim alieno. *l. 2. & 3. de noxalib. actionib. l. 1. de parricid. l. liber homo. 37. ad leg. Aquil. l. 1. §. quoties. 13. de vi & vi armat. l. denique. 13. §. vlt. quod vi aut clam. l. non ſolum. 11. §. ſi mandatu. de iniur. l. ſed ſi vnius. 17. §. ſi iuſſu. eod. l. non ideo. 5. C. de accuſ. l. ita autem. 5. §. quod ſi quis tutelam. de adminiſt. tutor.*

1 ¶ In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate eſt [d]: ſed quanti ea res eſt ab auctore æſtimata [e], de qua controuerſia eſt: hoc enim additum eſt, vt appareat, etiamſi calumniator quis ſit [f], tamen hanc pœnam eum perſequi.

Ad §. 1. In eum autem.

Ratio dubitandi. Licèt quis vocatum in ius vi exemerit, non ideò tamen actori quicquam abeſt, cum ei ſalua ſit actio, & iuris ſui perſecutio: ſiue aduerſarium iterum vocare in ius velit: (vna enim vocatio non impedit aliam, ſicut nec vna executio aliam. *l. à diuo Pio 15. §. in venditione. & paſſ. de re iudic.*) ſiue contra latitantem petere vt mittatur in poſſeſſionem bonorum eius, *ex tit. Quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat.* Ergo non idcirco is, qui exemit, condemnandus eſt ad rei æſtimationem. Ratio decidendi. Imò abeſſe actori intelligitur, quod ille potuiſſet conſequi, ſi vocatio in ius effectum habuiſſet. Cum enim nihil poſſit imputari ei, qui aduerſarium in ius vocauit, nec æquum ſit vanum ei & eluſorium eſſe beneficium edicti, quo vſus eſt, non ex dignitate prætoris eſt, vt iterum cogatur actor eundem aduerſarium in ius vocare, vel alia via ſibi proſpicere, ſed abeſſe ei credendum eſt id omne, quod petebat, & propter quod vocatio in ius fiebat: ob idque tanti condemnatio facienda eſt.

d *Quod in veritate eſt*, id eſt, quod re vera intereſt.

e *Ab actore æſtimata.* Puto verba iſta eſſe interpretis arbitrantis mancum eſſe ſenſum priorum verborum, *quanti ea res eſt*, niſi aliquid ſuppleatur, quaſi verbum, *eſt*, temporis præteriti ſit, non præſentis. Quomodo enim actor rem æſtimaret niſi per iuſiurandum in litem? Atqui inauditum eſt, vt iuſiurandum in litem detur calumniatori, de quo tamen hîc Vlp. loquitur. Non enim alij datur, quàm vero domino, qui propter aduerſarij contumaciam inuitus cogitur re ſua carere: ne alioqui eam iuſto pretio vendere compellatur. *l. non enim. 9. rerum amotarum. l. 1. de in lit. iur.* Nam ſi locum hunc intelligas de æſtimatione facienda per iuramentum, quod interpretes appellant veritatis, proculdubio erraueris, quoniam tale iuramentum nullum eſt, vt probaui *lib. 16. Coniect. c. 1. & 13.* Deinde an non ſatis fauetur calumniatori, cùm ei permittitur veram perſequi æſtimationem eius rei, quam petat, & in qua nullum planè ius habeat? Cur ei præterea indulgeamus, vt rem illam pro arbitrio æſtimet, quaſi iudex in re ſua conſtitutus: quod vix domino ipſi concedimus, nec niſi cum alia ratio nulla eſt conſulendi ipſius indemnitati. Denique cætera capita edicti. De in ius vocando, & alia eam plerumque pœnam habent, *quanti ea res eſt. l. vnic. §. vlt. ꝫ. ſi quis ius dicenti non obtemp. l. 2. §. vlt. ꝫ. tit. prox.* vel quod effectu idem eſt, *quanti eam rem eſſe paret. l. inter hæc verba. 179. & l. hæc verba. 193. de verb. ſignif.* At, *quanti ea res ab actore æſtimata erit*, nunquam. Neque enim certa, neque iuſta eſſet pœna, quæ actoris arbitrio committeretur.

f *Etiamſi calumniator quis ſit.* Ratio dubit. Calumniatoribus pœna infligenda eſt, non adiudicanda, *l. quæſitum ſcio. 13. de teſtibus. l. 1. & tot. titul. de calumniatoribus. l. 1. §. calumniatoribus ad Turpill. l. ſi caluitur. 233. de verb. ſignif.* Ratio decidendi. Calumniator pœnam hanc conſequitur non propter ſuam calumniam, & improbitatem, ſed propter delictum illius, qui alium in ius licitè vocatum vi exemit, vt dixi ad §. 1. *l. 4. ſupr.*

2 ¶ Docere autem debet quis,per hanc exemptionem factum,quo minùs in ius produceretur: cæterum,ſi nihilominus productus eſt,ceſſat pœna: quoniam verba cum effectu ſunt accipienda.

Ad §. 2. Docere autem.

Ratio dubitandi,Pœna ſemel commiſſa non poteſt amplius euitari, niſi fauore pupilli in caſu, *l.Imperatores.7. §.1.de publ.& vectig.* Atqui per exemptionem ſemel vi factam pœna edicti huius commiſſa fuit: ergo nihil poteſt eximenti prodeſſe, quòd vocatus in ius poſtea venerit.Ratio decidendi. Non videtur exemptus is,qui vocabatur in ius,ſi quandoque poſtea in ius venerit,antequàm condemnatus fuerit is,qui exemit: quia effectum nullum ea exemptio habuit, nec videtur exemptus, qui non durat exemptus: ſicut nec dicitur in rem verſum,quod non durat verſum. *l. ſi pro patre. 10. §.verſum. de in rem verſ.* Verba autem edicti, vt cuiuſlibet legis, præſertim pœnalis accipienda ſunt cum effectu. *l.1.§ vlt. ſupr.quod quiſque iur. l.1.8.vlt. de ſtatulib.*

3 ¶ Hoc iudicium in factum eſt,& ſi plures deliquerint,in ſingulos dabitur,& nihilominùs manet, qui exemptus eſt, obligatus [h].

Ad §.3. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Vna tantùm fuit in ius vocatio, & vna perſona, quæ vi exempta eſt, & conſequenter vna exemptio,licèt plures vnito conſilio exemerint.Vnica igitur pœna eſſe debet, vt dici ſolet in furto à tota familia facto.*l.illud quæſitum. 32. ad l.Aquil.* Ratio decidendi. Imò tot ſunt delicta, quot ſunt perſonæ delinquentium, quia verum eſt ſingulos facere contra edictum, cuius verba ſingularem quámque perſonam eximentis demonſtrant.*dixi ad l.ſi familia 9.§.de iuriſd.*

g *Hoc iudicium in factum eſt*, quia ex facto naſcitur,nec aliam cauſam habet, quàm factum eius, quod vi exemit. Addunt noſtri, Eſſe etiam ſtricti iuris. Ridiculè: differentia enim illa, iudiciorum ſtricti iuris, & bonæ fidei, non habet locum niſi in iis iudiciis, quæ ex contractu & negotio aliquo proficiſcuntur. Hæc autem actio naſcitur ex delicto.

h *Manet is, qui exemptus eſt obligatus.* Ratio dubitandi. Improbus eſt,qui velit iterum conſequi ab vno,quod iam ab alio accepit. *l.ſi quis dolo. 51. §.1. de re iudicata.* Nec enim bona fides patitur, vt idem bis exigatur.*l.bona fides. 57.de reg.iur.*Ratio decid.Nunquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia aliam conſumit. *l.nunquam 60.de oblig.& action.*Multò minus conſumunt principalem, cum qua nihil commune habent. Deſinerent enim eſſe pœnales,ſi principalem,quæ rei perſecutoria eſt, conſumerent. Aliud eſt, ſi quis priore actione conſecutus ſit non pœnam abſolutè, ſed quanti ſua interfuerit licèt pœnæ nomine. Tunc enim ſi agere iterum ei permitteretur,bis idem conſequeretur, vt in *d.l.ſi quis dolo.51.iunct. l.1.§.hæc verba ne vis fiat ei,qui in poſſeſ.Iunge l.prox.*

4 ¶ Heredibus autem ita dabitur, ſi eorum interſit. Neque autem in heredem, neque poſt annum dabitur.

Ad §. 4. Heredibus autem.

Ratio dubitandi. Pœnales actiones neque heredi neque in heredem, neque poſt annum dantur. *l. pen. ſupr. de in ius voc. l.in Honorariis.35. de obli.& act.* Atqui ea, quæ ex edicto competit, pœnalis eſt, ideóque nec in heredem, nec poſt annum datur.: Ergo neque heredi vllo caſu danda eſt. Ratio decidendi. Non datur heredi tanquam pœnalis, ſed tanquàm rei perſecutoria, eo nimirum ſolo caſu, quo tanti intereſt ipſius heredis. Sicut enim heredi nunquam datur, niſi eius interſit, ita neque ſuprà quàm interſit: quia quod excederet, pœna non rei perſecutio eſſet.

6. IDEM libro 35. ad Edictum.

IS, qui debitorem vi exemit, ſi ſoluerit, reum non liberat, quia pœnam ſuam ſoluit [a].

Ad l.vlt.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad finem §.3. *l.prox.ſupr.* Adde, Prætorem ſolere pœnam remittere, quamuis ipſo iure commiſſam,ſi nihil interſit agẽtis.*l.2. in fi.ſupr.ſi quis in ius vocat.non ier.*Ergo & in hoc edicto videtur pœna remittenda, cùm deſiit actoris intereſſe, qui iam conſecutus eſt rei à ſe petitæ æſtimationem.Reſpondeo, grauius eſſe delictum, quod hoc edicto coërcetur. Non ob id ſolùm quod ex facto proficiſcitur: illud verò de quo in *d.l.2.* ex non facto, ſed etiam, quia longè magis venia dignus eſt is, qui in cauſa propria fecit contra edictum, vt ſe eximeret, quàm qui in re ad ſe nihil pertinente, vltrò contempſit maieſtatem prætoris, & alium in ius vocatum vi exemit. Sicut enim grauiùs peccatur committendo, quàm omittendo: ita & in re aliena, quàm in propria: quia multò minor, aut potiùs nulla eſt neceſſitas peccandi in re ad alium pertinente, cùm in ſua ſibi quiſque blandiatur, & indulgeat. Itaque pœna huius edicti non tantùm ad vtilitatem priuatorum pertinet, vt illa quæ infligitur ei, qui in ius vocatus nec venit, nec ſatis cautúmve dedit, ſed etiam ad vigorem publicæ diſciplinæ, vt loquitur Paulus in *l. locatio. 9. §. quod illicitè. de public. & vectig.* ideóque nunquam remittenda eſt, ne improbis non modò propria improbitate, ſed etiam exemplo, peccandi detur occaſio.

a *Quia pœnam ſuam ſoluit.* Quod enim quis proprio non debitoris nomine ſoluit,nunquam liberat debitorem *l.ſi quid poſſeſſor.31. in prin.de petit.hered.l.Papinian. 28. mandat.* Nunquam enim actus operantur vltra intentionem agentium, vt volunt Philoſophi *l. non omnis 19. de rebus creditis.* Qui autem pœnam ſuam ſoluit, & propter delictum proprium, id agit tantùm vt ſe liberet,non vt alium, quod nec ſi vellet facere tamen poſſet, niſi pro eo ſolueret. *l.ſoluendo.19.de negotiis geſtis leg.ſolutione 23.l.ſoluere.53.de ſolution.*

QVI

QVI SATISDARE COGANTVR, VEL IVRATO PROMITTANT, VEL SVÆ PROMISSIONI COMMITTANTVR.

TITVLVS VIII.

GAIVS lib. 5. ad Edictum prouinciale.

SATISDATIO eodem modo appellata eſt quo ſatisfactio. Nam vt ſatisfacere dicimur ei: cuius deſiderium implemus: ita ſatiſdare dicimur aduerſario noſtro, qui pro eo, quod à nobis petit, ita cauit, vt eum hoc nomine ſecurum faciamus datis fideiuſſoribus.

Ad Tit. VIII. Qui ſatiſd. cogant.

Ad l. 1.

Ratio dubitandi, Satisſactio pro ſolutione eſt. *l. ſatisfactio 52. de ſol.* Satisdatio autem non pro ſolutione eſt ſed pro cautione. Aliud ſi quidem eſt ſatiſdare, aliud cautum dare. vt conſtat ex *tit. in ius voc. vt eant, aut ſatis vel cautum dent.* Satiſdatur datis fideiuſſoribus, vt hæc lex ait Sed non etiam datis pignoribus, quia etſi plus cautionis eſt in rem. quàm in perſonam. *l. plus cautionis 25. de reg. iur.* ſecurior tamen eſt is, qui duos habet eiuſdem pecuniæ debitores, quàm qui vnum tantum, cum pignoribus: ſiquidem pignorum datio, nouum debitorem parere nunquam poteſt. At fideiuſſoris datio, etiam ſine pignoribus poteſt parere obligationem pignorum, cùm futurum ſit condemnato fideiuſſore, vt eius bona pignori capiantur, in executione iudicati. *l. à diuo Pio. 15. §. ſecundo de re iudicata.* Multum ergo diſtat ſatiſdatio à ſatisſactione. Ratio decid. Non ait Caius ſatiſdationem eſſe ſatisfactionem aut ſatisfactioni ſimilem, ſed eo modo appellatam eſſe, quo ſatisfactio, compoſito ſcilicet vocabulo à dictione *ſatis*, vt ſignificemus vtroque caſu fieri, quantum neceſſe eſt, vt aduerſario proſpiciatur, ſed aliter atque aliter. Nam per ſatisdationem impletur deſiderium creditoris exigentis ſolutionem, quamuis non fuerit ei re vera ſolutum. *l. ſi rem alienam. 9. §. omnis. de pign. act.* Per ſatiſdationem verò impletur deſiderium eiuſdem, id tantum agentis, vt ſit ſecurus. Æquè tamen idoneè cautum intelligitur, ſiue fideiuſſoribus cautum ſit, ſiue pignoribus. *l. ſi mandatu. 59. §. vlt. mand. l. 4. §. addici de fideic. libert. l. 1. §. iubet. de col. bon.* Sic & *ſatiſacceptionem* vnico vocabulo dicimus *l. ſtipulationũ. 5. §. ſatiſacceptio. de verb. obl.* quod vocabulũ reſpondet ſatiſdationi, non ſatisfactioni. Eſt tamen locus hic, ni fallor, mendoſus, & ita reſtituendus, vt legamus *cui cauimus*, pro eo quod vulgò legitur *qui cauit*, nato errore ex eo quod apud Librarium Florentinũ & veteres ſcribitur *cui* per Q. maiuſculo tamen charactere.

2. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

FIdeiuſſor in iudicio ſiſtendi cauſa locuples videtur dari, non tantùm ex facultatibus, ſed etiam ex conueniendi facilitate.

Ad l. 2. Fideiuſſor. 2.

Ratio dubitandi. Locupletis appellatio non aliunde videtur deriuata, quàm à loculis plenis. Ergo ex facultatibus tantum æſtimandus eſt, non etiam ex conueniendi facilitate. Eſt enim locuples, quiſquis ſatis idoneè habet pro magnitudine & æſtimatione rei, de cuius reſtitutione agitur. *l. quos nos hostes 4. §. 1. de verborum ſignific. l. vlt. de reb. credit. l. 5. de manum. l. qui habebat 54. de manum. teſtament.* Ratio decidendi. Parum intereſt, an ſoluendo non ſit debitor, an verò non poſſit facilè conueniri, ſiue ob dignitatem, ſiue quòd habeat præſcriptionem fori, ſiue quòd ſit litigioſus homo, aut rixoſus; cùm hæc omnia faciant, quominus ſuum facilè conſequi actor poſſit, qui tamen non alia mente, aut neceſſitate accipit fideiuſſorem, quàm vt ſibi & tutior res ſit, & expeditior, *l. ſi fideiuſſor. 7. J. §. vltim. Inſt. de replicat.*

1 ¶ Si quis his perſonis, quæ agere non potuerunt, fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa dederit, fruſtrà erit datio.

Ad §. 1. Si quis his perſonis.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor nunquam niſi per ſtipulationem accipi poteſt. *l. ſtipulationum. 5. §. ſatiſacceptio. de verb. obli. l. Græcè 8. & paſſ. de fideiuſſ. l. blanditus. 12. C. eod.* Atqui cum interpoſita ſtipulatio eſt, nihil quæritur niſi quid, & cui promiſſum ſit, adeò vt etiamſi facta ſit ſtipulatio ſine cauſa, nihilominus teneat ipſo iure, ſitque neceſſaria doli exceptio ad actorem ſummouendum. *l. 2. §. de doli mali except.* Ergo non poteſt fruſtrà eſſe hæc datio. Nam quæ fruſtrà eſſet, actionem parere non poſſet. Ratio decidendi. Stipulatio hæc & ipſa ſatiſdatio interponitur ex autoritate prætoris, ex cuius proinde mente interpretationem accipere debet, in quo differunt ſtipulationes prætoriæ à conuentionalibus *l. in conuentionalibus 52. de verb. obl. l. in prætoriis. 9. de præt. ſtip.* Porrò prætoris ſatiſdari iubentis non alia mens eſt, quàm vt ei cautum ſit, qui agit. Ergo vt fruſtrà ſit ſatiſdatio, ſi agere non potuerit is, cui ſatiſdatum fuit.

2 ¶ Prætor ait: *Si quis parentem, patronum, patronam, liberos, aut parentes patroni, patronæ, liberóſue ſuos, eumve quem in poteſtate habebit, vel vxorem, vel nurum in iudicium vocabit qualiſcunque fideiuſſor iudicio ſiſtendi cauſa accipiatur.*

Ad §. 2. Prætor ait.

Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad poſtrema verba *l. 1. ſupr. in ius vocat. vt eant.* Nam quæ ibi vno & communi nomine appellantur neceſſariæ perſonæ omnes hìc enumerantur. Etſi aliud eſt hoc edictum, quàm cuius mentio fit eo loco. Pertinet enim ad neceſſarias perſonas, quæ vocantur in iudicium. Illud verò ad eas, quæ vocantur in ius, quod longè diuerſum eſt, vt ibi dixi & ad *l. 3. ſi quis in ius vocat. non ier.*

3 ¶ Quod ait prætor, *liberóſve ſuos*, accipiemus & ex fœmineo ſexu deſcendentes liberos, parentique dabimus hoc beneficium non ſolùm iuris, ſed etiam ſi in poteſtate ſit [a] alicuius: hoc enim Pomponius ſcribit. ¶ Et filius fideiuſſor pro patre [b] fieri poteſt, etiamſi in alterius poteſtate ſit. ¶ *Nurum*, etiam pronurum [c], & deinceps accipere debemus.

Ad §. 3. Quod ait Prætor.

Ratio dubitandi. Qui ex fœminino ſexu deſcendunt paternam familiam ſequuntur, non maternam. *l. familiæ. 196. §. 1. de verb. ſign.* Ergo tanquam alieni conſiderandi ſunt, non tanquam proprij liberi, qui ex fœminis deſcendunt. Ratio decidendi. Non ſunt in familia noſtra qui ex filiabus noſtris deſcendunt, ſed non eò minus ſunt noſtri liberi. Familiæ nomen eſt ciuile, liberorum naturale. *d. l. familiæ. 196. l. pronuntiatio. 195. §. 1. & 2. iuncta l. 220. liberorum. de verb. ſign. l. tutelas 7. dec. min. l. 1. Cod. de cond. inſer.* nec minor pietas naturaliter debetur maternis aſcendentibus, quàm paternis *l. 4. de curat. fur. l. nam etſi 15. de inoff. teſt. l. ſcripto. 7. §. fi. vnd. l. 2. C. de in ius voc. l. 4. Cod. de lib. præt.* Nam in iis quæ rationem, & æquitatem habent naturalem, nulla poteſt eſſe ſexus differentia, cùm natura non minùs fœminas, quàm mares agnoſcat. Nec minùs igitur deſcendentes ex fœminis, quàm deſcendentes ex maſculis obliget ad reuerentiam parentibus præſtandam.

a *Etiam ſi ſit in poteſtate.* Ratio dubitandi. Qui ab alio adoptatur, transfert cum capite ſuo ſua omnia in familiam patris adoptiui, nihílque ſibi retinet. *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento. de bonorum poſſeſ. ſecundùm tab.* Ergo neque hanc ſibi à liberis debitam reuerentiam retinere poteſt: præſertim cùm ſoluta patria poteſtate vinculum quoque pietatis ſolutum eſſe videatur. *l. vlt. ſi à parent. quis manumiſ. ſit.* Ratio decidendi. Reuerentia quæ parentibus debetur, cùm rationem naturalem, non ius poteſtatis pro cauſa habeat, nunquam amitti poteſt per adoptionem, aut adrogationem: quia ciuilis ratio iura ſanguinis, & naturalia nec corrumpere, nec tollere poteſt. *§. vlt. Inſti. de legit. agn. tut. l. eas obligationes. 8. dec. min.* Dixi ad *l. 4. §. 2. de in ius voc.*

b *Filius fideiuſſor pro patre.* Ratio dubitan. Fideiuſſor non accipitur, niſi vt magis cautum ſit actori. *§. vlt. Inſt. de replicat. & l. 1. ſ. hoc. tit.* Atqui non poteſt magis eſſe cautum per filiifamilias fideicommiſſionem, cùm filiusfamilias nulla habet bona. *l. lex Cornelia. 28. de vulgari ſubſtit. l. placet. 79. de acq. hered. l. 1. ſi quis à parent. manum.* Non ergo admittendum eſt, vt filiusfamilias fideiubeat, ne quidem pro patre. Ratio decidendi. Qui filiumfamilias pro patris fideiuſſore accipit, adiicit ſibi nouum debitorem, cùm filiusfamilias tam ex contractibus quàm ex delictis quibuſcunque obligari poſſit. *l. tam ex contractibus 57. de iud. l. ſi quis 44. de pecul.* Habet enim perſonam integram, cum ſit ciuis Romanus, adeóque iam viuo adhuc patre quodammodo dominus rerum paternarum. *l. in ſuis, 11. de lib. & poſt.* Nihil ergo prohibet quominus admittendus ſit in fideiuſſorem, etiam inuito actore. Nimirum pro patre, non etiam pro alio quolibet Nam quibus caſibus poſſit imputari ei, qui filius familias pro idoneo fideiuſſore vltrò accepiſſet, iiſdem poteſt cogi actor, vt filiumfamilias pro patre volentem fideiubere accipiat: quia qualiſcunque fideiuſſor hoc caſu pro locuplete habetur. *§. prox. ſupr. & J. l. 2. & 3. ſupr. in ius voc. vt eant.* Nec proinde habet hic locum metus ille, ne futura ſit inanis actio, quam fideiuſſoris excludat inopia. *l. nam is nullam. 6. de dolo.* In ſumma, ſit hoc fauore non filij, pro patre fideiubentis, ſed patris, qui eget fideiuſſore, vt iniuriam ſibi ab alio filio imminentem propulſet.

c *Etiam pronurum.* Ratio dubitandi. Edicti verba ſunt propriè, & strictè interpretanda. Atqui edictum non loquitur niſi de nuru, non etiam de pronuru. Aliter enim nurus, aliter pronurus appellatur, vt de filiis & nepotibus ſcriptum eſt in *l. quòd ſi nepotes. 6. de teſtament. tutel.* Ratio decidendi. Edictum hoc eſt fauorabile, quia fauet coniunctis & neceſſariis perſonis, recipitque interpretationem ex mente prætoris, quæ illa fuit, vt omnibus perſonis faueret, quæ eo *neceſſariarum* numero continerentur. In quo etiam pronurus eſt, quæ & nurus quodammodo dici poteſt, ſi non ex proprietate verbi, ſaltem iuſta interpretatione: vt dicimus nepotem quoque iuſta interpretatione contineri appellatione filij. *l. filij 84 l. iuſta interpretatione. 101. de verb. ſignif.*

4 ¶ Quod ait prætor, *qualiſcunque fideiuſſor accipiatur*: hoc quantum ad facultates, id eſt, etiam non locuples.

Ad §. 4. Quod ait Prætor, qualiſcunque.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor locuples intelligitur, non tantùm ex facultatibus, ſed etiam ex conueniendi facilitate, vt ſcriptum eſt *in pr. huius l.* Ergo è contrario, qualiſcunque poſſeſſor intelligendus eſt, non tantùm ex minùs idoneis facultatibus, ſed etiam ex conueniendi difficultate, vt eadem ſit ratio contrariorum. Ratio decidendi. Non eſſet iuſta illa interpretatio, quæ admitteret fideiuſſorem qualemcunque, id eſt, etiam qui habiturus eſſet exceptionem, putà mulierem, quæ velit fideiubere, & intercedere contra ſenatuſconſultum Velleianum: aut aliquem ex iis, de quibus in *l. neque fœmina. 54. de procurat.* id eſt, qui vt inuiti iudicium ſuſcipiant, cogi non poſſunt. Nec enim poteſt Prætor accipere pro locuplete fideiuſſorem, in quem inuitum ius reddi non poteſt, licèt accipiat pro locuplete eum quoque qui non ſit ſoluendo. *l. 3. in ius vocat. vt eant.* Adeò neceſſarium magis eſt, vt fideiuſſor conueniri poſſit, quam vt ſit diues: quoniam ex paupere poteſt fieri diues, idque bono omine ſperari poteſt. At conueniendi difficultas, quæ vt plurimùm, vel ex ſexu, vel ex malis moribus, vel dignitate proficiſcitur, augeri facilius & probabilius poteſt quàm minui.

5 ¶ In fideiuſſorem, qui aliquem iudicio ſiſti promiſerit, tanti quanti ea res erit, actionem dat prætor, quod verùm veritatem contineat [a], an verò quantitatem [b], videamus: & melius eſt, vt in veram quantitatem [c] fideiuſſor teneatur: niſi pro certa quantitate acceſſit.

Ad §. vlt. In fideiuſſorem.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor iudicio ſiſti non conuenitur, niſi ex ſua promiſſione. Atqui hoc vnum promiſit, *reum iudicio ſiſti.* nec adiecit, *aut quanti ea res erit:* Ergo in eum tanti, quanti ea res erit actio danda non eſt, cùm in ſtipulationem nihil veniat, niſi quod verbis expreſſum comprehenſum eſt. *l. quidquid aſtringenda. 99. de verb. obli.* Ratio decidendi. Quoties quis alium ſiſti promittit, nec adiicit pœnam, committitur ſtipulatio in id, quod intereſt, quia hoc promittere intelligitur id ſe facturum, vt alius ſtet. *l. quotiens 81. eo.* Itaque promittit factum, & quidem non alienum, quod vtiliter facere non poſſet. *l. ſtipulatio iſta. 38. in pr. eod. ſed proprium.* Quiſquis autem proprium factum promittit, hoc ipſo intelligitur ſe obligare ad id quod intererit ſtipulatoris, ſi non

fiat

fiat quod fieri promiſſum eſt, ex natura omnium faciendi obligationum, ex quibus ſuccedit præſtatio eius quod intereſt. *l. ſtipulationes. 72. eo. l. ſi quis ab alio. 13. §. ſi de re iud.* quoniam nemo poteſt cogi præciſè ad factum ſine vi & impreſſione, quæ nunquam permittenda eſt, quia minueret ciuit Rom. libertatem. *l. 4. de ſtat. hom.*

a *Veritatem contineat.* id eſt, id quod re vera intereſt. *l. 5. §. 1. ſ. tit prox.*

b *An verò quantitatem.* id eſt, rei petitæ æſtimationem, quæ ſemper in quantitate conſiſtit. Sola enim pecunia cęteras omnes res æſtimat. *l. ſi ita. 42. de fideiuſ.* Vnde ſolemus dicere, *quanti res eſt*, aut *quanti eam rem eſſe paret. l. inter hæc verba 179. & l. hac verba. 193. de verb. ſign.*

c *Veram quantitatem.* noli intelligere *veram æſtimationem*, quaſi ad differentiam eius æſtimationis, quæ fieret per iuſiurandum in litem (nec enim vnquam in actione ex ſtipulatu iuratur in litem, niſi cum res poſt moram exſtare deſiit, nec aliter ea æſtimari a iudice poteſt. *l. non erit. 5. §. fi. l. ſeq. de in lit. iur.*) ſed intellige ſolo *quantitatis* nomine veram æſtimationem. Ea verò adiectione *veram*, illud ipſum, quod diximus *veritatis* appellatione contineri id eſt, id quod re vera intereſt: hoc ſenſu, vt qui huiuſmodi ſtipulatione conuenitur, teneatur præſtare veram rei petitæ æſtimationem, ita demum, ſi tanti interſit ſtipulatoris, non etiam ſi eius aut nihil, aut minus interſit: putà ſi ſit calumniator, vel in totum, vel pro parte, ad differentiam illius, de quo dictum eſt in *l. 5. §. 1. ſupr. tit. prox.*

d *Niſi pro certa quantitate acceſſit.* id eſt, niſi pœnam certam promiſit. Solebant enim huiuſmodi ſtipulationes vt plurimùm pœnales eſſe *d. l. quotiens. 81. de verbo. oblig.* pœna autem adiecta non ſolet quæri an, aut quatenus interſit. *d. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. eo. l. vlt. de præt. ſtipul. l. 4. ſ. ſi quis cautionibus.* Et viciſſim etiamſi pluris interſit, non idcirco tamen obligatur in plus, quam promiſerit, ne ſcilicet pœna, quæ certa quantitate determinata eſt, contra fidem, & formam fideiuſſionis vlterius pro[illegible]gatur. argu. *l. Imperator. 8. de poſtul.*

3. Gaivs lib. 1. ad Edictum Prouinciale.

Siue in duplum eſt actio, ſiue tripli, aut quadrupli: tanti eundem fideiuſſorem omnimodo teneri dicemus, quia tanti res eſſe intelligitur.

Ad l. Siue in duplum 3.

Ratio dubitandi. Cum actio eſt dupli, vel tripli, aut quadrupli, in duplo illo, vel triplo, vel quadruplo, etiam ſimplum continetur, *§. in duplum cum duobus ſequentibus. Inſtit. de action.* ſed quidquid ſimplum excedit, pœna eſt, non id quod intereſt: ſi quidem illud ipſum quod intereſt plerumque duplatur, vel triplatur, vel quadruplatur, *l. item ſi 14. §. 1. & §. quatenus. quod metus cauſa. non tamen in actione furti. l. in furti. 50. de furtis.* Atqui non tenetur fideiuſſor iudicio ſiſti, niſi quatenus intereſt re vera. *§. vlt. l. prox. ſ.* Ergo non eſt ad duplum, aut triplum, aut quadruplum condemnandus. Ratio decidendi. Tanti res eſt, & eſſe intelligitur, quanti potuit reus condemnari, ſiue ſimpli, ſiue pœnæ nomine, nec poteſt negare fideiuſſor, quin tanti interſit reum iudicio ſiſti: quamuis in actione contra reum ipſum inſtituta, non vtique tanti interſit actoris.

4. Pavlvs libro 4. ad Edictum.

Si deceſſerit, qui fideiuſſorem dederit iudicio ſiſtendi cauſa: non debebit prætor iubere exhibere eum: quod ſi ignorans [a] iuſſerit exhiberi: vel poſt decretum eius ante diem exhibitionis [b] deceſſerit: deneganda erit actio [c]: ſi autem poſt diem exhibitionis [d] deceſſerit, aut amiſerit ciuitatem, vtiliter agi poteſt [e].

Ad l. ſi deceſſerit 4.

Ratio dubit. Fideiuſſor iudicio ſiſtendi cauſa acceptus iam inde ab initio pecuniam promiſiſſe intelligitur, id eſt, quanti interet ſtipulatoris, vt dixi ad §. *vltim. l. 2. ſ. ex lege ſi quis ab alio 13. §. vltim. de re iudicata.* Atqui pecunia, cùm in genere conſiſtat, perire nunquam poteſt, *l. incendium. 11. Cod. ſi certum petatur, l. in ratione. 30. §. incerta. infra ad legem Falcidiam.* Parum ergo intereſt ad liberandum fideiuſſorem, an is, qui iudicio ſiſti debuit, deceſſerit, necne. Ratio decidendi, in promiſſionibus iſtis quæ factum continent, id quod intereſt ſtipulatoris non in obligatione eſt, ſed in præſtatione alternatiua, & ſub illa conditione, Si non fiat, quod fieri promiſſum eſt. *dict. leg. ſi quis ab alio 13. §. [illegible] de re iudic. l. ſtipulationes. 72. de verb. oblig.* Prius ergo eſt vt ſubſiſtat obligatio iudicio ſiſtendi, quàm vt poſſit tractari de præſtando eo, quod intereſt. Atqui obligatio illa intercidit moriente ante moram eo, qui ſiſti debuit quia mortuus ſiſti non poteſt. *l. ſi homo 69. eod.* Ergo neque id quod intereſt deberi poteſt, quia nec pœna debetur, tanquam rei impoſſibilis, *dict. l. homo 69.* quemadmodum ſi quis hominem mortuum ſtipulatus eſſet, *l. inter ſtipulantem. 83. §. pen. eod.* Non debet igitur prætor iubere hunc, qui mortuus ſit, exhiberi, ne iubeat rem impoſſibilem, cuius obligatio nulla eſſe poteſt. *l. impoſſibilium. 85. de regulis iuris.*

a *Quod ſi ignorans.* Ratio dubitandi. Etiam cùm per ſordes, aut per errorem prætor malè quid decreuit, tamen id ratum habendum, & executioni mandandum eſt, propter autoritatem præturis & rerum iudicatarum. *l. ſeruo inuito. 65. §. cùm prætor. ad ſenatuſconſultum Trebel.* cùm etiamſi malè quid decernat prætor, ius tamen reddere dicatur. *l. penult. de iuſtit. & iur.*

Ratio decidendi. Ignorantia, quæ ex probabili errore facti proficiſcitur, voluntatem habere non intelligitur, *l. ſi per errorem. 15. de iuriſdictio. l. ſed hoc ita 2c. de aqua pluuia arcend.* Decretum autem nullum eſſe poteſt ſine voluntate ita decernendi. *lege non omnis. 19 de reb. credit. lege magis puto. 5. §. penult. de rebus eorum.*

b *Ante diem exhibitionis.* Ratio dubitandi. Quod in diem debetur, ante diem præſtari poteſt, dum modò ſit dies certa. *l. ſtipulatio iſta. 38. §. inter de verborum obligat. l. Iauolenus. 15. de annuis legat.* Ergo poteſt nopuit ſi fideiuſſori, cur non ſtatim poſt decretum, etiam ante diem exhibuerit eum, quem exhibere & poterat & debebat, nec proinde haberi debet pro liberato. Præſertim cùm ex die decreti cœperit competere actio, quæ non potuit finiri tempore, quia tempus non eſt modus tollendæ obligationis. *l. obligationum. 44. §. placet. de obligationib. & actionib.*

Ratio decidendi. In diem debitor etiam ſi poſſit ſoluere ante diem, non tamen cogitur: quia totum tempus medium liberum habet ad ſoluendum *l. quod quis 50. eod. l. quod certa [illegible]. de ſolut.* niſi dies adiecta ſit gratia ſtipulatoris, *d. l. Iauolenus. 15 de ann. legat.* quod in dubio non præſumitur *l. qui hoc anno 42. l. continuus 13 . §. cum ita. de verb obligat. l. nec ex prætorio. 17. de reg. iur.* ideóque nihil poteſt imputari promiſſori, ſi interim, & ante diem promiſſus homo decedat. *l. ſi Stichus 33. de verb oblig.* Extinguitur enim obligatio non tempore, ſed morte rei debitæ, qui legitimus modus eſt tollendæ obligationis *l. ſi ex legat. 23. eodem.* Nihil porrò intereſt, an pereat per-

ſona

ſona, quæ debebatur: putà ſeruus promiſſus, an liber homo, cuius perſona erat neceſſaria ad faciendum id quod fieri permiſſum erat, Nec enim fieri poteſt, vt te ſiſtam ſine te, non magis, quàm vt te præſtarem, ſi ſeruus meus fuiſſes: nunc verò mortuus eſſes. Quamuis in obligatione iudicio ſiſtendi factum proprium non alienum promittatur. *leg. quotiens.* 81. *eod. tit. de verb. oblig.*

c *Deneganda erit actio.* Ergo competit ipſo iure. Non enim, niſi ridiculè, tractari poteſt de danda vel deneganda actione, quæ non competat iure ipſo. Ratio dubitandi. Impoſſibile eſt hominem mortuum ſiſtere. *l. ſi homo* 69. *de verb. obligat.* Ergo morte illius, qui ſiſti debuit extincta eſt ipſo iure obligatio. Ratio decidendi. Autoritas decreti, cui pareri aliquando potuit, facit vt actio quæ ſemel competiit ipſo iure ſalua ſit, ſed tamen deneganda eſt, quia non poteſt imputari fideiuſſori, cur non paruerit citius decreto, cui tardius parēte fuit ei liberum.

d *Si autem poſt diem exhibitionis.* Ratio decidendi. Si reus hic ad diem exhibitus fuiſſet, æquè vel deceſſiſſet, vel ciuitatem amiſiſſet, atque ita actio contra eum competens & inſtituta intercidiſſet, quia neque contra mortuum, neque contra eum, qui amiſſa ciuitate nudus exulat, actio illa per prætorem dari poteſt. *l. tutelas.* 7. *in fi. de cap. minut.* Nihil ergo intereſt actoris, quòd reus non ſit exhibitus, qui fuit æquè per exhibitionem aut naturæ, aut ciuitati ſtatim periturus. arguũ. *l. ſi plures.* 14. *§. vlt. depoſit.* Ratio decidendi. Non poteſt negari, quin fideiuſſor fuerit in mora, qui non exhibuit reum intra tempus ſibi à prætore præſtitutum. Et ideo non poteſt eum caſus fortuitus poſt moram contingens excuſare, cum ſit vnus ille ex effectibus moræ, vt rem, quæ non extat, pro extante haberi oporteat. *dict. l. ſi ex legati.* 13. *de verborum obligatione.* Quare nec ad rem pertinet ſi quis, obiiciat etiamſi poſt tres aut quinque dies promiſſioni ſuæ quis ſatisfaciat, impunitam eſſe moram. *l. etſi poſt tres.* 8. *ſi quis caution.* Id enim admiſſum ex æquitate, quia nihil intereſt actoris, nec ius ipſius deterius factum eſt ex mora modici temporis, ſi modò integris omnibus, neque poſt multum temporis reus ſiſtatur. argum. *l. ſi debitori* 21. *de iudiciis l. ſi ita quis.* 135. *§.* 1. *de verborum obligatione.* Quod non ſimiliter dici poteſt mortuo poſt diem eo, qui exhiberi debuit: quia verum eſt eum nec ſtatum fuiſſe, nec ſiſti amplius poſſe. argum. *leg. Gallus.* 29. *§. videndum in fin. de liberis & poſthumis.* Quod autem æque fuit periturus, an ſit ſufficiens ad purgandam moram, alio loco dicemus. Illud conſtat, multò magis fideiuſſorem teneri ſi homo ſiſti promiſſus perierit dolo promiſſoris, licet ante diem: ſed ita tamen, vt non ante poſſit pœna peti, quàm dies venerit: quaſi tota ſtipulatione in diem collata. *lege eum.* 10. *§.* 1. *ſi quis cautionibus.* Nempe, quia dolus pluſquam mora eſt, nec minus poteſt ad perpetuandam obligationem, quàm & culpa ſola perpetuat. *l. ſi ſeruum.* 92. *§. ſequitur de verborum obligatione.* Culpa, inquam, debitoris, obligationem verò non debitoris tantùm, ſed etiam fideiuſſorum, *dict. leg. ſi ſeruum.* 91. *§. nunc videamus. & l. mora rei* 88. *eo.* Iunge hîc conſtitutionem Iuſtiniani in *lege ſancimus.* 26. *§. fin. de fideiuſ.*

e *Vtiliter agi poteſt.* Non vtili actione, ſed directa ex ſtipulatu, quæ ſit efficax & vtilis ad agendum, nec vlla exceptione ſubmoueatur. Sunt illa diligenter diſtinguenda, Actionem non competere, Actionem denegari; aut dari ſub exceptione, aut ſine exceptione. Quæ non competit, nulla eſt, neque actu, neque potentia. Quæ competit, ſed ex cauſa aliqua æquitatis denegatur, ea eſt non actu, ſed potentia. Quæ datur, ſed ſub exceptione, ea eſt & actu & potentia. ſed inutilis, & inefficax propter exceptionem. Quæ verò datur ſine exceptione, ea non ſolùm eſt actu, ſed etiam vtilis, & efficax ad producendam exactionem, in quo totus actionis effectus conſiſtit.

5. GAIVS lib. 1. ad Edictum Prouinciale.

SI verò pro condemnato fideiuſſerit, & condemnatus deceſſerit, aut ciuitatem Romanam amiſerit [a]: rectè nihilominus cum fideiuſſore eius agetur.

Ad l. Si verò pro condemnato 5.

a *Deceſſerit, amiſerit,* Intellige intra tempora iudicati, id eſt, quæ dantur iudicato & condemnato, ne interim vrgeatur. Ratio dubitandi. Ex lege præcedente, vbi ſcriptum eſt, denegandam actionem aduerſus fideiuſſorem, ſi ante diem exhibitionis deceſſerit is, qui ex decreto prætoris debuit ad certam diem exhiberi, aut ſi amiſerit ciuitatem. Atqui idem euenit, cum ea mors, aut amiſſio ciuitatis contingit intra tempora iudicati: quia & tunc verum eſt, eam contigiſſe ante diem. Ergo non debet prætor permittere, vt hoc caſu agatur cum fideiuſſore. Ratio decidendi. Aliud eſt obligationis diem nondum veniſſe, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis. *l. cùm milit.* 16. *§.* 1. *de compenſ.* vbi ob hanc cauſam ſcriptum eſt, Poſſe etiam intra iudicati tempora compenſari, quod deductum eſt in condemnationem, licèt non poſſit ante diem compenſari, quod in diem debetur, *l. quod in diem.* 7. *eo.* Nempe quia nec in diem, ſed purè deberi intelligitur.

1 ¶ Qui non rei qualitate [b] euidentiſſimè locupletem [c], vel (ſi dubitetur) ad probatum fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa non acceperit: iniuriarum actio aduerſus eum eſſe poteſt: quia ſanè non quælibet iniuria eſt, duci in ius eum, qui ſatis idoneum fideiuſſorem det. Sed & ipſe fideiuſſor [d], qui non ſit acceptus, tanquam de iniuria ſibi facta queri poterit.

Ad §. 1. Qui pro rei qualitate.

Ratio dubitandi. Nemo inuitus cogitur admittere fideiuſſorem, ne quandoque poſſit ei imputari, cur admiſerit, *l.* 1. *§. item quæritur de ſepar. l. ſi ab arbitro* 10. *in prin. & §.* 1. *j. h. tit.* cúmque poſſint eſſe plures cauſæ, propter quas iuſtè quis poſſit credere non eſſe idoneum fideiuſſorem oblatum, quamuis re vera idoneus ſit, non eſt cogendus dicere is, qui fideiuſſorem recuſat, cur recuſet? ſicuti dici ſolet de illo, qui hæreditatem opulentiſſimam adire non vult, niſi alieno periculo. *l.* 4. *ad ſenatuſconſultum Trebellianum, leg. ſi in teſtamento.* 22. *in fin. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Ratio decidendi. Non quælibet, hoc eſt, non leuis iniuria eſt duci in ius eum qui ſatis idoneum det fideiuſſorem, cùm in ius vocatio non fiat ſine vi & impreſſione, vt diximus ad *l.* 2. *& l. plerique.* 18. *de in ius voc.* nec ratio vlla eſt, cur actori permitti debeat vt ſine cauſa auferat reo beneficium, quod habet ex edicto prætoris impediendæ per ſatiſdationem violentiæ. Nullam verò cauſam habet is cui offertur fideiuſſor, qui ſit euidentiſſimè locuples, aut ſi de facultatibus eius dubitetur qui ſit approbatus ab alio, quem pragmatici noſtri vulgò *collaudatorem*, prudentes verò *adprobatorem* appellant. Alia cauſa eſt eius, qui opulentam hæreditatem ſine cauſa repudiat. Hic enim ſibi ſoli primùm nocet, cæteris verò non niſi per conſequentias, quarum ratio non ſolet haberi. *l.* 1. *l. quod dicimus.* 7. *de auto. tut.* Nec æquum eſt vt propter alienum compendium cogatur ſe implicare

oneribus

oneribus hæreditariis, niſi tales ſint, quorum periculo hæreditatem adire poſſit, d. l. *quia poterat* 4. *l. ſi res aliena.* 52. §. 1. & *l. non eſt cogendus.* 53. *ad S. C. Trebell.*

b *Pro rei qualitate.* Verba ſunt edicti. *l. 1. ſ. in his vbi. vt eant.*

c *Locupletem.* non minus ex conueniendi facilitate quàm ex facultatibus. *l. 2. in pr. ſ.*

d *Sed & ipſe fideiuſſor.* Ratio dubitandi. Iniuria non fit ſine affectu faciendæ iniuriæ. *l. 3. §. 1. de iniur. l. 5 Cod. eod. l. iniuria. 53. de furt.* Atquin is, qui fideiuſſorem euidenter locupletem non admiſit, non poteſt videri habuiſſe animum iniuriæ faciendæ, cùm inciderit ipſe in fideiuſſorem fortaſſis ſibi cognitum, & de quo non cogitabat argum. *l. vlt. rem pupilli ſaluam fore.* Nam etſi ab arbitro in eam rem dato adprobatus eſſet fideiuſſor, adhuc tamen liberum eſſet actori appellare, & ad competentem iudicem querelam deferre. *l. ſi ab arbitro.* 10. *in princip. hoc tit.* Ergo non poteſt teneri iniuriarum is qui fideiuſſorem euidentiſſimè locupletem, necdum tamen ab arbitro adprobatum admittere noluit. Ratio decidendi. Animus faciendæ iniuriæ, non tantùm ex verbis, longave deſtinatione, ſed etiam ex re ipſa colligitur. Non poteſt autem excuſari mala mens, & malus animus eius, qui fideiuſſorem euidentiſſimè locupletem, atque adeò pro locuplete adprobatum, noluit admittere, quaſi minùs idoneum. Suggillat enim ea res æſtimationem apud bonos & graues, ſi quis inops exiſtimetur, ſiue quod minùs in præteritum tempus credatur habuiſſe prudentiæ, ſiue quòd in futurum non tam facilè reperturus ſit, qui cum eo ſine pignoribus, aut fideiuſſoribus velint contrahere. Sic dicimus, ſi creditor meus, cui paratus ſum ſoluère in meam iniuriam fideiuſſores meos interpellauerit, iniuriarum eum teneri. *l. ſi creditor.* 19. *de iniur.* Item ſi quis iniuriæ faciendæ cauſa me appellauerit debitorem ſuum, cùm debitor non eſſem. *l. item apud Labeonem.* 5. §. *ſi quis non debitorem.* 33. *eod.*

6. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

QVotiens vitioſè [a] cautum, vel ſatiſdatum eſt: non videtur cautum.

Ad l. quotiens vitioſè 6.

Ratio dubitandi. Cautum vel ſatisdatum eſſe facti eſt non iuris. Ergo quantumuis vitioſè, & non ex iuris ratione cautum vel ſatiſdatum ſit, non poteſt tamen ius facere, vt non fuerit cautum vel ſatiſdatum: quoniam ratio iuris non poteſt efficere illa, quæ ſunt facti, vt pro non effectis habeantur. *l. deniſque 19. ex qui cau. maior. l. hæredibus. 77. §. 1. ad Senat. Trebell. l. in bello. 12. §. facta. de capt. & poſtlim.* Ratio decidendi. Non cauetur, neque ſatiſdatur ex edicto, niſi vt eius cautionis & ſatiſdationis effectus aliquis ſequi poſſit: nec enim prætor, aut alius legiſlator vnquam facit quicquam fruſtrà, vt nec natura. Porrò, cùm effectus ille non tam ex facto, quàm propter factum ex iuris autoritate proficiſcatur, non poteſt iuris effectum aliquem habere, quòd contra ius ipſum & perperam factum eſt. *l. 2. de aut. tut. leg. cum vitioſè 25 de pig. l. 3. de fideiuſ.* Idque eſt, quod dici ſolet, Id quod eſt nullum, parere effectum nullum poſſe. Exemplum huius legis pete *ex d. l. 3. de fideiuſſ. l. 1. ſup. ſi quis in ius voc. l. neque fœmina 54. de procurat.*

a *Vitioſè*, i. non ritè, & ad eum modum, quo ex edicto caueri, vel ſatiſdari oportuit. Cæterùm ſi ritè cautum vel ſatiſdatum ſit, licèt minùs idoneè, aliud erit: quia imputare ſibi debebit, qui minùs idoneos fideiuſſores admiſerit. *d. l. 3. de fideiuſſ. aut minùs idonea pignora.* Cautionis enim nomen ad pignora referendum eſt, ſatiſdationis ad fideiuſſores. *leg. 1. ſupra dixi.*

7. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

SI fideiuſſor non negetur idoneus, ſed dicatur habere fori præſcriptionem, & metuat petitor, ne iure fori vtatur: videndum, quid iuris ſit, & Diuus Pius (vt & Pomponius lib. epiſtolarum refert, & Marcellus lib 3. digeſtorum & Papinianus lib. 3. quæſtionum) Cornelio Proculo reſcripſit, meritò petitorem recuſare talem fideiuſſorem: ſed, ſi aliàs caueri non poſſit [a], præ dicendum ei, non vſurum [b] eum priuilegio, ſi conueniatur.

Ad l. Si fideiuſſor 7.

Ratio dubitandi. Fideiuſſores non accipiuntur, niſi vt per eos res creditoris ſit in tuto, & vt ſuum ille conſequi poſſit. §. *vlt. Inſtit. de replicat.* Atqui, quod quis habet præſcriptionem fori non facit quominus ſit idoneus ad indemnitatem creditori præſtandam. Quid enim refert, à quo iudice condemnetur, & ſatisfaciat? Ratio decidendi. Accipiuntur fideiuſſores non tantùm ad hoc, vt ſecurus ſit creditori: ſed etiam vt facilè, & quamprimùm conſequatur, quod ſibi debetur: niſi cùm quis decem ſtipulatus à Titio, poſtea quantò minus ab eo conſequi poterit, à Mæuio ſtipulatur: vt in *l. 16. de verb. oblig. quod tamen perraro fit.* Qui enim ita accipiuntur fideiuſſores, non ſimpliciter fideiuſſores dici poſſunt, ſed fideiuſſores indemnitatis. Cùm ergo fideiuſſor talis eſt, qui ex aliqua cauſa fori præſcriptionem habeat & ius reuocandi domū, licèt ſit idoneus, locuples tamen dici non poteſt, quia multò difficiliùs conueniri poteſt. *lege 1. in princ. ſupra.* Atqui edicti verba ſic concepta ſunt, vt fideiuſſor dari debeat iudicio ſiſtendi cauſa, non tantùm qui ſit idoneus, ſed etiam qui locuples.

q *Prædicendum ei, non vſurum.* Ratio dubitandi. Nemo priuilegium ſuum, aut ignorans, aut inuitus amittere poteſt, præſertim ſi, vt loquuntur, clauſum ſit in corpore iuris. Quo caſu videtur eſſe quodammodo ex iure communi. Neceſſarium igitur eſt, vt qui habet priuilegium & præſcriptionem fori, ei renuntiare expreſſim debeat, vt in *leg. penult. Cod. de pactis.* alioqui non poſſit impediri, quominùs iure ſuo vtatur. Ratio decidendi. Cùm ei prædictum eſt non vſurum illum priuilegio, ſi poſtea nihilominus fideiubeat, ſatis renunciat iuri ſuo, qui ea lege accedit ad fideiuſſionem: nec vlla fit ipſi iniuria, cùm eius voluntas, & conſenſus intercedat. Sed ſi prædictum ei non eſſet, neque expreſſim renuntiaſſet, vtique iure ſuo vteretur, & ideo prædicendum ei eſt.

a *Si aliàs caueri non poſſit.* Ratio dubitandi. Cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum creditoris pertinet, *l. continuus 137. §. illud de verborum obligatione.* Ergo quantumuis difficile ſit ei, qui fideiuſſorem dare debet, vt alium inueniat, qui non habeat fori præſcriptionem, tamen liberari non debet quominus ex edicto fideiuſſorem locupletem dare teneatur. Ratio decidendi. Neceſſitas dandi fideiuſſoris iudicio ſiſtendi cauſa, ſicut ex edicto prætoris proficiſcitur, ita ex eiuſdem prætoris mente eſt interpretanda. Prætor autem non eo fuit animo vt adigeret reum ad rem penè impoſſibilem, ſed tantùm, vt actori proſpiceret, quod æquè fit, cùm prædicitur iſti fideiuſſori, qui habet præſcriptionem, futurum, vt ea non vtatur, atque ſi expreſſim ei renunciaret: cùm vtroque caſu eueniat, vt nulla fori præſcriptione actor excludatur. Ideò ſic titulus hic conceptus eſt, *Qui ſatiſdare cogantur, vel iuratò promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur*, vt intelligamus prætorem non ſemper irrogare ſatiſdandi neceſſitatem, ſed aliquando, ſi videat fideiuſſorem facilè inueniri non

Ad §.3. Si fideiuſſor.

Ratio dubirandi. Cùm ſtipulator fideiuſſori, aut fideiuſſor ſtipulatori hæres exiſtit, nulla intercedit culpa, adeóque nec factum promiſſotis. Ergo nec deber affici incommodo nouæ ſatiſdationis, cùm ſibi potiùs impurare debeat ſtipulator, cur fideiuſſoris, aut fideiuſſor, cur ſtipulatoris hæreditatem adierit. Ratio decidendi. Obligatio, quæ per ſatiſdationem contracta fuerat, extinguitur hoc caſu per confuſionem, cùm non poſſit idem eſſe debitor & creditor ſui ipſius *l.14.l.21.l.50.de fideiuſ. l.95.§.aditio.de ſolu.* Et quamuis hæc confuſio contingat facto illius, qui adit hæreditatem, quia tamen factum illud inculpatum eſt, æquum eſt ei ſuccurri, vt ex integro caueatur. Alioqui factum alienum prodeſſet promiſſori, quod non magis permittendum eſt, quàm vt ei noceat: niſi fortè volumus huic imputare cur ſibi delatã hæreditatem opulentiſſimam adierit. Itaque cùm non duret cautum, ex integro cauendum eſt, ex mente prætoris, vt dixi ad §. *præced.*

4 ¶ Tutor, & curator [a], vt rem ſaluam fore pupillo caueant, mittendi ſunt in municipio: quia neceſſaria eſt ſatiſdatio. ¶ Item de re reſtituenda [b] domino proprietatis, cuius vſusfructus datus eſt. ¶ Item legatarius [c]: vt caueat, euicta hereditate, legata reddi, & quod amplius per legem Falcid. ceperit. ¶ Heres quoque [d], vt legatorum ſatiſdet, audiendus eſt, vt in municipium [e] mittatur, planè ſi miſſo iam legatario [f] in poſſeſſionem, cùm per heredem ſtaret, quominus caueret, heres poſtulet: vti de poſſeſſione decedat, paratúmque ſe dicat [g] in municipio cauere: impetrare non debebit. Diuerſum, ſi ſine culpa, aut dolo [h] heredis miſſus ſit in poſſeſſionem.

Ad §.4. Tutor, & Curator.

a *Tutor, & Curator.* Ratio dubitandi. Satiſdatio tutoris vel curatoris oon niſi proprer pupilli vel adulti vtilitatem interponitur. *tot.titul.rem pup.ſal.fo.* Ergo interponenda eſt in eo loco, in quo futura ſit commodior pupillo: quem tanto fauorabiliorem eſſe æquum eſt, quod incidit in tutorem, non tutur in ipſum. *l.vlt. ill.tit.* Ratio decidendi. Hæc ſatiſdatio uon voluntaria eſt, ſed neceſſaria. Ideóque hunc fauorem meretur tutor, itémque curator, qui ſibi hanc ſatiſdationis neceſſitatem nou vltrò impoſuit. *l.ſi fideiuſſor.7.§.1.ſ.h t.*

b *De reſtituenda.* Ex *tit.vſufr.quem.caut.* Ratio dubitandi. Hæc ſatiſdatio videtur eſſe voluntaria non neceſſaria, cùm ſit in poreſtate fructuarij, ne cogatur ſatiſdare, ſcilicet ſi vſumfructum ſibi datum velit abiicere. Ergo in alium locum remittendus nõ eſt fructuarius. Cuius io hoc videtur eſſe diſſimilis cõditio à tutore & curatore. Hi enim officiũ publicũ ſibi demandatum agnoſcere coguntur. *l.tutorem. 22. de his quæ vt indig.* ſi non adferant iuſtam excuſationem. *tot. tit. de excuſ. tut. l.2. ſ. ſi tut. vel curat. creat. appell.* Ratio decidendi, Jmò neceſſaria eſt hæc ſatiſdatio, non quidem præcisè & abſolutè, ſed cauſatiuè, vt loquuntur, id eſt quia non aliter poteſt vſufructuarius facere fructus ſuos, quàm ſi ſatiſdederit. *leg. 1. Cod. de vſufruct.* Nec imputari ei poteſt cur vſumfructum habere velit, quem légitimè acquiſiit.

c *Item legatarius.* Ratio dubitandi. Poteſt huic legatario imputari, cur euentum expectare nolit, vt ſciatur cuius re vera ſit hæreditas, an poſſeſſoris, an petitoris: aut an lex Falcidia locum habitura ſit. Ergo ſatiſdatio, quam præſtare cogitur ex *leg. poſtquam 43. & vlt. ſ. de pet.her.* videtur voluntaria initio ſaltem inſpecto, quod plerunque inſpiciendum eſt, *leg.3. §. ſcio. de minor. l.ſi procuratorem 8. in pr.mandat.* Ratio decidendi. Legati quidem agnitio & petitio voluntaria eſt, quia licèt ignoranti, non tamen inuito legatum acquiritur. *leg. legatarius 38. §. 1. & 1. leg.ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus. de leg. 1. leg.neminem 4. & ſeq. leg.cùm pater.77. §. ſurdo de leg.2.* ſed ſatiſdatio quæ ad legatum conſequendum præſtari debet, neceſſaria eſt, quia non aliter legatum conſequi legatarius poteſt, Nec ei poteſt imputari, cur in legato, quod ei purè fuerat relictum, moram ſibi fieri noluerit: quod nec prætor noluit. *l.1. §. nec ſine ratione, l. etiam de præſenti 15. vt leg. no.cau.* ideóque dicitur hoc onus ſatiſdationis. in *leg.cum non facilè 6. leg.hac autem 4. in pr. & §. fin. ſi cui plus quàm per leg.Fal.*

d *Heres quoque.* Ratio dubitandi. Hæreditatem etiam opulentam adire nemo cogitur, niſi alieno periculo. *leg. quia poterat 4. ad Trebellianum nec emere 16. Cod.de iur. delib.* Qui autem adit, hoc ipſo videtur quaſi contrahere eum legatariis, non minùs, quàm cum creditoribus *l.3. §. vltim. & leg.ſequ. ſ. quibus ex cauſis in poſſeſ. eat.* quaſi promittat iis omnia ſe facturum & præſtaturum, quæ tam ex iure, quàm ex edicto prætoris hæredem facere oporteat. Alia enim lege hæres eſſe non poteſt, quam vt iis omnibus pareat, quæ contra heredes ſunt conſtituta. Ergo videtur hæc ſatiſdatio eſſe voluntaria, non neceſſaria, & proinde fauorem nullum mereri. Ratio decidendi. Imò neceſſaria eſt, quoniam ex edicto prætoris hæredi inuito iniungitur. *leg. 1. & tot.tit.vt legat.nom.caueat.* Qua enim fronte poſſunt legatarij, aut fideicommiſſarij imputare hæredi, cur hæreditatem adierit, cùm ſi non adiiſſet, vtique legata & fideicommiſſa omnia corruiſſent. *leg ſi nemo 9. de teſtament.tutel.* Nunquam enim audiendus eſt, qui factum, ex quo ille ipſe luctum ſenſit, alij vult imputare. *leg.cùm in fundo 78. §. quod ſi mulier.iunct.leg.ſi extraneus 53. de iure dot.* Planè, ſi heres conuentus à legatariis, aut fideicommiſſariis in eo loco, in quo eſt hereditas, petat remitti ad locum alium, in quo habet domicilium. *leg poſtquam 5. §.pen. vt legat. nom.caueat.* quia non poteſt heres recuſare, quominus pro hereditariis oneribus conueniatur, & ſatiſdet, vbi eſt hereditas. *leg. heres abſens 19. de iudic.* cùm hæreditas illa ſit, quæ ipſum obligat. arg. *leg. ſiue à certis 17. de duob. reis.*

e *In municipium.* Scilicet, in quo vel domicilium heres habet, qui Romæ conuenitur, vel hæreditas eſt. Alterutrum enim ſufficit, vt heres poſſit & debeat: niſi vrgeatur ad ſatiſdationem, & conueniatur in eo loco, in quo eſt hereditas, aut poſtulet legatarius vel fideicommiſſarius caueri ſibi, vbi eſt hereditas. Sic enim hic locus accipi debet ex *dict. leg. poſtquam 5. §. vltim. legat. nom. caueat.*

f *Si miſſo iam legatario.* Ratio dubitandi. Miſſio illa in poſſeſſionem, quæ legatorum vel fideicommiſſorum ſeruandorum gratia fit ex edicto. *Quib.ex cauſis in poſſeſſionem eatur.* nullum tribuit ius ei, qui miſſus eſt, nec dominij nec poſſeſſionis, quia non tam poſſeſſio rerum quàm cuſtodia ei datur. *leg. is cui legatorum 5.in princ. vt in poſſeſſ.legat.* Ergo nón deber heredi . . . ere, quominus poſſit petere, vt pro ſatiſdatione præſtanda remittatur ad eum ipſum locum, ad quem remitti deberet, ſi miſſio nulla interceſſiſſet. Ratio decidendi. Per miſſionem illam contrahitur pignus prætorium. *leg.non eſt mirum 26. de pign. act. l.ſi filiusfamil.114. §. iidem Principes de legat.1.* pignoris autem ius tale eſt, vt nunquam creditor illud dimittere cogatur, quouſque ſibi fuerit ſatisfactum de ea re, cuius nòmine conſtitutum pignus fuit Coostituto igitur pignore non poreſt heres pro ſatiſdando remitti ad alium locum.

g *Paratúmque ſe dicat.* Nam cùm ea miſſio in poſſeſſionem non fiat, niſi vt quis mittitur, extorqueat cautionem tædio longæ poſſeſſionis, decedere debet de poſ-

ſeſſione, ſtatim atque ipſi cauetur. *d. l. is cui legatorum 5. vt in poſſ. leg.*

h *Si ſine culpa, aut dolo.* Ratio dubitandi. Non poteſt hæres non eſſe in culpa, qui non cauet ſecundùm formam edicti. Culpa enim, adeóque dolus eſt ſi quis non obtemperet prætori aut ſaciat contra edictum. *l. qui vetante 102. l. qui non facit 121. l. non poteſt dolo 199. de reg. iur.* Atqui iubet prætor hæredem cauere legatariis, nec aliter mitti legatarios in poſſeſſionem, quàm ſi ex edicto iis cautum non ſit. Ratio decidendi. Poteſt fieri facilè, vt heres, qui non cauit, in culpa non ſit, nec in dolo: putà ſi ideò non cauerit, quod fideiuſſores aut pignora inuenire tam citò non potuerit, quod cùm euenit, nihil ſanè eſt, quod ei poſſit imputari, nec eo minùs tamen fit miſſio: quia verum eſt cautum non eſſe. Nec enim prætor requirit an culpa aliqua, vel dolus interuenerit heredis, qui non cauit. Difficultas præſtationis excuſat quidem à dolo, & culpa, ſed non à mora, *l. continuus. 137. §. illud de verborum obligatione.* Sola verò mora ſufficit, vt locus fiat miſſioni. Id enim tantùm agit prætor, ne mora fiat legatariis. At neque exigit, vt mora per heredem facta ſit, ſed tantùm vt non ſtet per legatarium ad fideicommiſſarium, quominùs caueatur. *leg. 1. §. non exigit. vt in poſſ. leg.*

5 ¶ Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis aduerſarij cauſa forſitan, cùm Romæ poſſit ſatiſdare, in municipium euocet. ¶ Sed quibuſdam hoc iuſiurandum de calumnia remittitur: velut parentibus & patronis [a]. Sic autem iurare debet, qui in municipium emittitur: *Romæ ſe ſatiſdare non poſſe* [b], *& ibi poſſe, quò poſtulat remitti:* idque ſe non calumniæ cauſa facere: nam ſic non eſt compellendus [b] iurare: alibi ſe, quem eo loco, ſatiſdare non poſſe: quia ſi Romæ non poteſt, pluribus autem locis poſſit: cogetur peierare.

Ad §. 5. Iubetur iurare de calumnia.

Ratio dubitandi. Non debet facilè induci neceſſitas iurandi, ſiue metu periurij, quod ſolum Deum vltorem habet. *leg. 1. Cod. de rebus creditis. & iureiuran.* ſiue, quod ſicuti plerique hominum faciles ſunt ad iurandum contemptu religionis, ita alij perquàm timidi ſunt metu diuini numinis, vſque ad ſuperſtitionem. *leg. qua ſub 8. de condic. inſtit.* Vnde eſt quod conditiones iuriſiurandi plerumque turpes exiſtimantur. *leg. non dubitamus 20. de conditionibus, & demonſtrationibus.* Atqui nulla neceſſitas eſt iurandi de calumnia, ei cuius nulla calumnia probatur: quia calumnia cùm non ſit ſine dolo, nunquam præſumitur niſi probetur. *leg. quotiens 18. §. qui dolo. de probationibus. leg. dolum 6. Codice de dolo.* Vbi autem probata eſt, non poteſt purgari per iuſiurandum, quia non iuſiurandum illud eſſet, ſed periurium. *leg. vlt. C. de reb. credit. l. vlt. de in lit. iur.*

Ratio decidendi. Qui non vult ſatiſdare in eo loco, in quo ſatiſdare ex edicto debet, contendens ſe ibi ſatiſdare non poſſe, non caret ſuſpicione calumniæ, niſi iuret ſe non calumniæ cauſa id facere, quod petit remitti ad alium locum. Alioqui ſi non cogatur iurare, quis parebit edicto niſi qui vltrò volet? Neque verò poteſt quis eſſe tam ſuperſtitioſus, vt dubitet an calumniæ cauſa necne hoc faciat: cùm ex ipſius animo id pendeat.

a *Parentibus & patronis.* Ratio dubitandi. Non magis parentibus & patronis, quàm cæteris permittendum eſt, vt impunè calumnientur. *leg. 1. de calumnia leg. vltim. Cod. eodem. leg. vltim. Cod. de accuſa.* vbi dicitur nemini impunitam eſſe debere mentiendi licentiam. Ratio decidendi. Tantus honor iſtis perſonis debetur, vt nec de earum calumnia conqueri, nec ipſum calumniæ nomen iis obiici oporteat. *leg. licet famoſa 7. verſic. nec non infr. de obſeq. parent. præſt.*

b *Non eſt compellendus.* Ratio dubitandi. Probatio debet eſſe concludens & neceſſaria, præſertim quæ ſit per iuſiurandum, ne alioqui fruſtrà iuretur. *l. 4. Cod. vnd. legit. leg. non epiſtolis. 13. leg. non nudis 14. leg. ſine poſſidetis. 16. C. de probat.* Atqui non eſt bona, & neceſſaria conſecutio ſi quis dicat & iuret, Non poſſum ſatiſdare Romæ, ſed Capuæ. Ergo Capuam ſum remittendus. Quidni etiam eadem ratione remittendus erit Neapolim, ſi Neapoli ſatiſdare poſſit: Iurare ergo debet, ſe alibi quam Capuæ ſatiſdare non poſſe.

Ratio decidendi. Qui iurare ita cogeretur, vtique cogeretur peierare, cum fieri facilè queat vt etiam alibi quàm Capuæ ſatiſdare poſſit. Cauendum autem eſt ne periurio via aperiatur. *leg. qua ſub 8. in pr. & §. ſed ſi ſub iureiurando. de cond. inſtit.* Maximè quia nec refert an alibi quam Capuæ ſatiſdare poſſit, dum nec Romæ poſſit. Neceſſariò enim ſatiſdandum habet, vel Romæ, vel in municipio ad quod vult remitti, id eſt in loco ſui domicilij. Ad alium vllum locum, in quo domicilium non habeat, etiamſi in eo ſatiſdare poſſit, remitti nunquam debet.

c *Romæ ſe ſatiſdare non poſſe.* Nam cum hæc ſatiſdatio præſtetur ex edicto prætoris, qui Romæ ius dicit, præſtanda eſt Romæ, ſi fieri poſſit, ſi minùs in loco domicilij, niſi in caſu. *l. is cui legatorum. 5 §. penult. vt in poſſ. legat.*

6 ¶ Hoc autem tunc impetrabitur cùm iuſta cauſa eſſe videbitur: quid enim, ſi cùm erat in municipio, noluit cauere? hoc caſu non debet impetrare? cùm per eum ſteterit, quominùs ibi, vbi ire deſiderat, ſatiſdaret.

Ad §. vlt. Hoc autem tunc impetrabitur.

Ratio dubitandi. Quandiu res integra eſt ſolet ferè in omnibus iuris partibus eſſe locus pœnitentiæ, dum ne quicquam aduerſarij interſit. *leg. & ſi poſt tres. 8. infr. ſi quis cautio. leg. ſi ita quis 135. §. 1. de verborum obligatione.* Atqui nihil intereſt, quod antea cautum non ſit, ſi modò hodie caueatur. Ratio decidendi. Nunquam debet quis admitti ad beneficium, quod ſemel vltrò abiecit, ne leges ludibrio ei eſſe videantur. *leg. vlt. §. obi autem 6. C. de bon. quæ liber.* Itaque cùm reus petit ſe ad alium locum remitti, cauſæ cognitio adhibenda eſt.

9. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

ARbitro ad fideiuſſores probandos conſtituto: ſi in alterutram partem iniquum arbitrium videatur: perinde ab eo atque ab iudicibus [d] appellare licet.

Ad l. Arbitro 9.

Ratio dubitandi. Ab arbitris appellari non poteſt, & eorum arbitrio parendum eſt ſiue æquum, ſiue iniquum pronuntiauerint. *leg. dum proferre 27. §. ſtari. lege non diſtinguemus 32. § cùm quidam. infr. de recep. qui arbit.*

Ratio decidendi. Verum quidem illud eſt in arbitris compromiſſariis de quibus in *d. tit. t.* qui à litigatoribus ex compromiſſo & conuentione eliguntur, ſed non in illis, quos prætor dat quaſi iudices, non ad pronuntiandum

dum ſuper negotio, de quo lis pendet, ſed ad præparatoria quædam iudicij expedienda: quale hoc eſt, vt ſciatur an idonei ſint fideiuſſores oblati ab eo, quem prætor ſatiſdare compellit. Ab iſtis enim perinde appellari poteſt, atque à iudicibus. *leg. vltim. Cod. de iudic. & leg. prox. ſeq. infr.* Dabat autem prætor & arbitros & iudices, quod à maieſtate ſua putaret alienum, vt de facto cognoſceret. Vnde illud Ciceronis ad Q. Fratrem. *Quid? prætor ſoléne iudicare deberi.*

d *Perinde ab eo atque à iudicibus.* Ratio dubitandi. Appellationum vſus non aliam ob cauſam introductus eſt, quàm vt iudicantium iniquitas corrigatur, & malæ latæ ſententiæ in melius reformentur, *l. 1. de appell.*. Atqui arbiter datur ad probandos fideiuſſores, etiamſi eos admiſerit, nullam tamen ſententiam tulit: Sententia enim non eſt, quæ nec abſolutionem continet, nec condemnationem. *leg. ex ſtipulatione. 7. l. cùm iudex. 11. l. cùm Papinianus. 14. Cod. de ſent. & interloc. omn. iudic. leg. 3. de re iudic.* Ergo appellari ab eo non poteſt, vt neque ab ipſo iudice ante ſententiam diffinitiuam. *leg. vlt. Cod. de ſent. & interl.*

Ratio decidendi. Adprobatio fideiuſſoris per arbitrum facta, ſententia quidem non eſt, ſed tamen pronuntiationem: cùmque finiat negotium, pro quo arbiter datus fuerat, ita vt poſt eam pronuntiationem non minùs deſinat eſſe arbiter, quàm iudex deſinit eſſe iudex poſt diffinitiuam ſententiam. *lege 55. de re iudic.* non minùs neceſſaria eſt appellatio ab ea pronuntiatione, quàm à ſententia iudicis vt iniquitas arbitri corrigatur. Nam nec alia ratione prohibetur appellari à iudice ante ſententiam, quàm quod interim ſit iudex, neque officio ſuo defunctus dici poſſit.

10. PAVLVS libro 75. ad Edictum.

SI ab arbitro probati ſunt fideiuſſores, pro locupletibus habendi ſunt: cùm potuerit querela [c] ad competentem iudicem deferri.

Ad l. Si ab arbitro 10.

Ratio dubitandi. Quod ab arbitro pronuntiatum eſt, ſententia non eſt, vt dixi ad *leg. præced.* Ergo non habet vim rei iudicatæ, nec proinde pro veritate habetur, quod proprium eſt rei iudicatæ. *leg. res iudicata. 208. de reg. iur. l. ingenuum. 25. ff. de ſtat. hom.* Sola enim ſententia illa eſt, quæ tranſit in rem iudicatam ſi ab ea nec appellatum ſit, nec appellari amplius poſſit. *l. & poſt rem. 7. & leg. 11. de tranſact.* Ratio decidendi. Sicuti hic arbiter iudicis inſtar obtinet, cum datus ſit à prætore ad cognoſcendum de facto, & pronuntiandum, quamuis citra abſolutionem aut condemnationem: (In quo ſolo differt à iudice) ita & quod pronuntiauit ſententiæ vim obtinet, ac proinde etiam rei iudicatæ, ſi appellatum non ſit, cùm poſſit appellari vt proximè dictum eſt. Alioqui vel nullus erit finis cognitionis, ſi alium arbitrum à prætore dari oporteat, vel prætor ipſe tandem cognoſcere cogetur, quod vtrunque inconueniens eſt.

c *Cum potuerit querela.* id eſt, cùm potuerit appellari, *l. prox. ſupr.* Phraſis tamen parum elegans eſt, & planè Tribonianea. Scripſiſſet enim Paulus *ad Prætorem*, non vt ille, *ad competentem iudicem.*

1 ¶ Qui ex cauſa improbat ab arbitro probatos, aliàs improbatos probat: multóque magis ſi ſua voluntate accepit fideiuſſores, contentus his eſſe debet, quod ſi medio tempore [a] calamitas fideiuſſoribus inſignis, vel magna inopia accidit: cauſa cognita [b], ex integro ſatiſdandum erit.

Ad §. 1. Qui ex cauſa improbat.

Ratio dubitandi. Cùm is qui minùs locuples erat in fideiuſſorem admittitur, non eò magis verum eſt locupletem eum eſſe. Locupletem enim faciunt facultates, & conueniendi facilitas, non opinio ſatis accipientis. *l. in pr. ſupr.* Maximè verò ſi ab arbitro pronunciatum ſit eum locupletem non eſſe, cùm eiuſmodi pronuntiatio vim habeat rei iudicatæ, vt dixi ad *l. ſuper.* Ratio decidendi. Imputare ſibi debet, qui tales fideiuſſores admiſit, quippe quos hoc ipſo fecit idoneos, quod ad ſe attinet. *leg. 1. §. illud ſciendum de ſeparat.* Sicut idoneum nomen facit, qui admittit debitorem delegatum. *leg. inter cauſas 26. §. abeſſe mandat.* & idoneam hæreditatem qui adit eam, quæ non ſit ſoluendo *l. qua dotis 33. ſolut. matr. l. 3. ad l. falc. l. libertus. 36. de bon. libert.* Nam & iuri ſuo renunciare, & iuris ſui ſpem deteriorem facere quilibet poteſt. *leg. pact. 46. infr. de pact.* nec res iudicata vnquam prodeſt, niſi violenti *leg. euidenter. 16. de except. rei iudic. leg. 3. §. vltim. vt in poſſ. leg.*

a *Quod ſi medio tempore.* Ratio dubitandi. Obligatio ſemel benè extincta numquam ex poſtfacto poteſt reuiuiſcere. *leg. qui res. 98. §. aream de ſolu. l. ſi pro patre. 10. §. pen. de in rem verſ.* Atqui ſatiſdandi obligatio fuit extincta per ſatiſdationem ſemel benè, & vtiliter præſtitam, nec minùs à prætore, quàm ab actore admiſſam: cùm præſtatione eius, quod debetur contingat liberatio *vulg. iurib.* Ratio decidendi. Non videtur ſatiſdatum, niſi duret ſatiſdatum, vt dixi ad §. 2. & 3. *l. 8. ſupr.* Ideóque nec poteſt dici penitus extincta ſatiſdandi obligatio, quia tractum temporis habet in id vſque tempus, quo effectum habere debeat: Ex mente ſcilicet prætoris, qui non aliam ob cauſam ſatiſdari iubet, quàm vt ſecurus ſit is, qui ſatis accepit *leg 1. ſupr.* Vnde eſt quod & ſæpius ſatiſdari præcipit, quoties ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſiit. *leg. 4. de prætor. ſtipulat.* Quid autem poteſt imputari ei, qui fideiuſſores idoneos accepit? Denique tritum eſt, ea quæ de nouo emergunt, nouo indigere auxilio. *leg de ætate 11. §. ex cauſa. de interrogat. in iur. fac. leg. planè. 4. inf. vt in poſſ. leg.*

b *Cauſa cognita.* Neque enim facilè & ſine cauſa oportet onerari per ſingula momenta eum, à quo ſatis petitur *leg. 3. §. vltim. vt in poſſ. leg.* ne actum agatur, quod negant eſſe hominis, nedum magiſtratus ſapientis.

11. VLPIANVS libro 75. ad Edictum

IVlianus ait ſi antequam mandatem tibi, vt fundum peteres, ſatis acceperis petiturus fundum, & poſtea mandatu meo agere inſtitueris: fideiuſſores teneri.

Ad l. Iulianus ait 11.

Ratio dubitandi. Non poteſt dici procurator, qui mandatum nullum habuit, neque huius rei ſpecialiter, neque vniuerſorum bonorum. *leg. 3. §. procuratorem. infr. iudic. ſolui.* Ergo non poteſt in actoris vtilitatem committi ſtipulatio, quæ nec ab actore ipſo, nec ab eius procuratore fuit interpoſita. Ratio decidendi. Procurator intelligitur etiam is, cuius factum ratum fuit habitum *d. §. procuratorem*, quia ratihabitio æquiparatur mandato *leg. verò procuratori. 12. in fin. de ſolut. leg. vlt. Cod. ad Maced.* Nihil ergo intereſt an fundum petiturus meo nomine ſatis acceperis, priuſquam haberes mandatum, quod poſtea interuenerit, an verò eo tempore, quo iam eras meus

procurator, ad hoc vt à te accepti fideiuſſores mihi teneãtur. Aliud eſt, ſi me defenſurus ſine mandato fideiuſſores dederis, & poſtea tanquam procurator meus, & ex mandato meo egeris. Tunc enim, dati à te fideiuſſores non tenentur. *leg. ſi ante acceptum. 7. in fin. iudic. ſolut.* quia ſcilicet à te dati ſunt tanquam à defenſore meo, non tanquam à procuratore, fuiſti autem in iudicio tanquam procurator meus non tanquam defenſor, & ſic mutata videtur perſona, pro qua fideiuſſerunt, cum mutata ſit conditio tua. At cum fideiuſſores accepiſti meo nomine, tanquam procurator meus, cum nondum eſſes, non poſſunt illi recuſare quominus mihi teneantur, ſi poſtea tibi mandauerim quia eadem perſona eſt, mea ſcilicet cui ab initio voluerunt obligari, nec quicquam ipſorum intereſt quod tu ab initio mandatum à me nullum habueris.

12. IDEM libro 77. ad Edictum.

INter omnes conuenit, heredem ſub conditione, pendente conditione, poſſidentem hereditatem ſubſtituto cauere debere de hereditate: &, ſi, defecerit conditio adeuntem hereditatem ſubſtitutum & petere hereditatem poſſe: & ſi obtinuerit, committi ſtipulationem: & plerumque ipſe prætor & ante conditionem exiſtentem, & ante diem petitionis venientem, ex cauſa iubere ſolet ſtipulationem interponi.

Ad l. Inter omnes conuenit 12.

Ratio dubitandi. Heres ſub conditione non poteſt heres eſſe, antequam conditio euenerit: quia nec priùs hereditas ei defertur. *leg. ſi heredi. 5. & paſſ. de condic. inſtit.* Ergo non poteſt fieri, vt poſſideat hereditatem, multò minùs, vt caueat ſubſtituto de reſtituenda hereditate. Quomodo enim reſtituet, quam non habuit: Ratio decidendi. Cùm quis heres ſcribitur ſub conditione, licèt ea pendente non poſſit adire hereditatem, tamen poteſt à prætore bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere, futuram poſtea cum re, ſi conditio extiterit: ſine re autem ſi conditio defecerit. *l. ſub conditione. 5. & ſeq. de bonorum poſſeſſ. ſec. tab.* Ea namque inter aditionem hereditatis & agnitionem bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas differentia eſt, quod aditio hereditatis, cùm ſit actus legitimus, nunquam poteſt eſſe ſine re, id eſt, quia per eam hereditas acquiratur adeunti, quam proinde iure delatam eſſe oportet, *l. delata 151. de verborum ſignificatione.* At bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas alia eſt cum re, alia ſine re, vt ſcribit Vlp. *in fragm. tit. de bonor. poſſeſſ.* quia dat eam prætor de plano, & ſine cauſæ cognitione, hoc tantùm requirens, vt tabulæ ſint ſeptem teſtium ſignis ſignatæ, & vt habuerit teſtator factionem teſtamenti: vtroque tempore teſtamenti nimirum & mortis. *l. 1. §. exigit de bonor poſſ. ſec. tab.* Poteſt ergo hic, qui bonorum poſſeſſor à prætore factus eſt, vtiliter cauere ſubſtituto de hereditate reſtituenda: Non quaſi heres factus per prætorem, qui heredem ſanè facere nullo caſu potuit. *§. quos autem inſt. de bonor. poſſeſſ.* ſed quaſi poſſeſſor hereditatis quilibet. Nam & qui heres non eſt, hereditatis tamen poſſeſſor eſſe poteſt, ideóque & hereditatis petitione conueniri, & ad hæreditatis reſtitutionem vrgeri, quorum neutrum fieri poſſet, ſi verè heres eſſet. Non enim datur petitio hereditatis contra verum heredem, at neque contra eum, qui iuſto titulo poſſidet hæreditatem, ſed aduerſus eum dumtaxat, qui poſſidet vel pro herede vel pro poſſeſſore. *l. regulariter. 9. & trib. ſeq. de petit. hered.*

d *Subſtituto.* vulgari. Ratio dubitandi. Poteſt videri calumnioſè ſatis petere, quem alius antecedit. *l. Paulus notat. 8. de præt. ſtipul.* Atqui ſubſtitutum antecedit inſtitutus, quem excluſum eſſe oportet, priùs quàm ſubſtituto aliquid iuris acquiſitum dici poſſit. Ergo ei cauere inſtitutus non debet. Ratio decidendi. Prætor nemini vult beneficium ſuum eſſe captioſum. *d. l. Paulus not. 8.* Atqui beneficium prætoris nec paruum eſt, quod heredi ſub conditione inſtituto dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ante etiam, quam extiterit conditio: vt proximè dictum eſt. Ne igitur tale beneficium ſit captioſum ſubſtituto, in cuius fraudem fieri facilè poteſt, vt inſtitutus poſſeſſor factus bona hereditaria dilapidet, æquum eſt inſtitutum ei cauere; de hæreditate ſcilicet reſtituenda. Sed tamen in diem longiorem vt ſcriptum eſt in *d. l. Paulus* quia poteſt videri calumnioſè ſatis petere is quem alius antecedit, vt ſcriptum eſt in eadem lege. Sic enim is locus accipi debet vt quemadmodum duo Paulus dicit, quorum vnum eſt heredem, ſub conditione ſcriptum cauere debere ſubſtituto, alterum verò cauere debere in diem longiorem, ita cuiuſque dicti propriam reddat rationem. Prioris quidem illam, quia prætor nemini vult beneficium ſuum eſſe captioſum. Poſterioris verò hanc & poteſt videri calumnioſè ſatis petere quém alius antecedit. Quod non perceperunt qui eam legem cum interrogatione legendam ſcripſerunt, vt neque illi qui pro *&* legunt *nec.*

e *Adeuntem hereditatem ſubſtitutum.* Ratio dubitandi. Poſt aditam hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirant. *leg. poſt aditam 5. Codice de impub. & aliis ſubſt.* Nempe quia vulgaris ſubſtitutio conditionem illam ſemper habet, ſi heres non erit is, qui fuit inſtitutus. Atqui conditio illa, ſi heres non erit, perinde intelligitur deficere, cum inſtitutus agnouit bonorum poſſeſſionem, & factus eſt bonorum poſſeſſor atque ſi hereditatem iure ciuili adiiſſet. *l. in conditionibus, 19. §. ſi patronus. de cond. & dem. l. puberem. 12. Cod. de iur. delib.* quia prætor in omnibus bonorum poſſeſſorem heredis loco habet. *l. prætor. 117. de reg. iur. l. 1. s. & 3. de bon. poſſ.* Ergo, agnita bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, deficit conditio vulgaris ſubſtitutionis. Ratio decidendi. Id verum eſt quoties bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, eſt cum re, qualis ſemper eſt bonorũ poſſeſſio contra tabulas, de qua in *d. §. ſi patronus.* At hæc quæ datur inſtitutio ſub conditione antequam conditio venerit, non eſt cum re, niſi impleta demum conditione. Non poteſt igitur excludere ſubſtitutum: Sicut neque excluderet legitimos heredes: Quamquam non iubet prætor iis caueri, quia non veniunt ex teſtamento.

e *Si obtinuerit.* Quæſtio enim facti poteſt incidere, an conditio inſtitutionis defecerit, & ſubſtitutionis extiterit, necne.

f *Et plerunque ipſe prætor.* Senſus eſt, Non tantùm in hoc caſu, ſed in aliis etiam pleriſque euenire, vt prætor & ante conditionem exiſtentem, & ante diem petitionis venientem, ex cauſa ſoleat iubere caueri ei, qui non niſi ſub conditione, vel in diem creditor eſt. Ratio dubitandi. Perquàm iniquum eſt ſuperuacua cautione, & indebita quem onerari. *l. hac ſtipulatio. 14. in fin vt legat. non. cau. l. 3. §. vltim. vt in poſſ. legat. lege teſtamento 17. §. penult. de teſt. tutel.* Atqui poteſt fieri, vt ſuperuacua reperiatur hæc ſatiſdatio, ſcilicet ſi conditionem debiti poſtea deficere contingat. Non eſt igitur debitor conditionalis interim onerandus, ſed expectandum neceſſariò eſt, vt conditio venerit, aut dies: iámque cœperit intereſſe ſtipulatoris. Nam quandiu pendet conditio, nec ceſſit, nec venit dies. Vbi verò in diem certam debetur, ceſſit quidem ſed non venit. *l. cedere diem. 213. de verb. ſig.* Ratio decidendi. Solet prætor, & debet omnia facere, quæ videt congruere æquitati, cuius ille præcipuus cuſtos eſt & arbiter. Plerunque autem, & ex variis cauſis æquum eſt, etiam priuſquam dies vel conditio veniat proſpici creditori, ne fortè

fruſtrà

fruſtrà poſtmodum dies, vel condicio veniat, lapſo interim facultatibus debitore. *leg. in omnibus. 41. ſupr. de iudic. ●nit. l. nam & nullam 6. de dolo.* Nam & qui in diem, & qui ſub conditione creditor eſt, interim creditor eſt, *l. is cui ſub 41. de oblig. & act.* cùm habeat quod tranſmittere poſſit ad heredem, ſi interea moriatur. *§. ex conditionali. Inſtit. de verborum obligatione.* licèt nullo caſu habeat petitionem. Sed & legatario conditionali caueri vult prætor. *l. 1. & tot. tit. vt lega. ſeu fideic. ſeru. cauſ. can. l. quidam. 96. § ſi ſcriptus. l. filiusfam. 114. §. idem Principes. de le. 1.* quamuis non ſit interim ille creditor, ne quidem ſub conditione. *d. l. is cui ſub 42. de oblig.*

13. PAVLVS libro 75. ad Edictum.

SEd & ſi plures ſubſtituti ſint, ſingulis cauendum eſt.

Ad l. Sed & ſi plures 13.

Ratio dubitandi. Etiamſi plures ſint perſonæ ſubſtitutorum, ſi tamen vnicus gradus eſt, vnica quoque eſt ſubſtitutio. Nam ſubſtitutio ex gradu æſtimatur, gradus autem ex ordine delationis. *l. 1. l. quidam paſſ. de vulg. & pupill. ſubſt.* Ergo vnica ſatiſdatio ſufficit, cùm & plures heredes quotquot ſunt in eodem gradu, vnius perſonæ vice fungantur, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. *l. 2. §. legitima: de ſuis & legit. §. ſi plures Inſt. de legit. agnat. ſucc.* Ratio decidendi. ſingulorum ſubſtitutorum intereſt, non tanquam omnium ſed tanquam ſingulorum, cum ad ſingulos, tanquam ſingulos aliqua pars hereditatis ſpereretur pertinere: Ergo ſingulis cauendum eſt, id eſt, omnibus, tanquam ſingulis. Sed cum hoc tamen temperamento, vt pro omnibus iidem fideiuſſores ſufficiant. *l. 3. vt legat. ſeru. cauſ.* Ne nimis oneretur heres, ſi nouos fideiuſſores in ſingulos ſubſtitutos conquirere teneatur.

14. IDEM libro 2. Reſponſorum.

FIliusfamiliàs defendit abſentem patrem: quæro, an iudicatum ſolui ſatiſdare debeat. Paulus reſpondit, eum, qui abſentem defendit, etiam ſi filius, vel pater ſit, ſatiſdare petituro ex forma edicti debere.

Ad l. Filiusfamilias defendit 14.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias admittitur ad patrẽ defendendum: etiam ſine mandato, ſicut & pater filium abſentem defendere poſſet: Adeóque alter alterius nomine agere. Sunt enim quædam perſonæ, quibus conceſſum eſt, vt poſſint etiam agere ſine mandato, *l. ſed & hæ 35. in princ. de procur. l. exigendi. 12. C. eod. l. 3. §. ſed etſi fortè. inf. iudic. ſolui.* Ergo neque ſatiſdare cogendus eſt. Ratio decidendi. Qui alieno nomine ſiue agit, ſiue defendit, ex forma edicti perpetui ſatiſdare ſemper cogitur. *d. l. leg. exigendi. 12.* quia nunquam locuples habetur. *leg. qui rem alienam. 166. de regul. iuris.* etiamſi ſit locupletiſſimus. *leg. minor 51. §. ſi inf. de procurat.* Quantò magis ſatiſdare cogendus eſt filiusfamilias, qui bona nulla habet. *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pup.* Intereſt enim non tantùm petitoris, ſed etiam prætoris, vt iudicato ſatiſfaciat.

15. MACER lib. 1. de Appellationibus.

SCiendum eſt, poſſeſſores immobilium [a] rerum ſatiſdare non compelli.

Ad l. Sciendum eſt 15.

Ratio dubitandi. Prætor iubet ex hoc edicto ſatiſdari, quod nihil aliud eſt, quàm caueri datis fideiuſſoribus *l. 1. ſupr. hoc tit.* Qui enim dat pignora, non dat ſatis, *vt dixi ad d. l. 1.* Ergo nihil prodeſſe debet reo, quod ſit poſſeſſor bonorum immobilium: præſertim cùm non ideo futura ſint tacitè obligata. Non enim niſi ex certis cauſis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur. Inter quas hæc non eſt *toto tit. In quib. cauſ. pign. vel hyp tacit. contr.* Qui autem non ſatiſdat, ſaltem pignoribus cauere debet. *l. ſi mandatu. 59. §. vlt. mand. l. 4. §. addit de fideic. libert. Et tot. tit. in ius vocat. vt eant aut ſat. vel cant dent.* Igitur hoc ſaltem requirere prætori deberet, vt immobilium bonorum poſſeſſor ea obligaret. Ratio decidendi. Non iungit ſatiſdationem prætor, ad hoc, vt oneret promiſſorem; ſed vt proſpiciat ſtipulatori: nec ex inopia ſiue præſente, ſiue poſtea ſuperueniente periclitetur. *d. l. 1.* Nullum autem ſubeſt periculum, quoties is à quo petitur ſatiſdatio poſſeſſor eſt bonorum immobilium, quæ ſcilicet etiamſi non eſſent obligata, perinde tamen poſſent capi pignori in executione iudicati, ac ſi eſſent obligata. *leg. à D. Pio. 15. per tot. de re iudic. l. 1. & tot. tit. C. ſi in cauſ. iudic. ſign. capt. ſit.* Sed tamen non eſt credendum poſſeſſorem immobilium aliter eximi à ſatiſdandi neceſſitate, quàm ſi cauerit, & bona ſua omnia etiam mobilia obligauerit. Et hic ſanè edicti ſenſus eſt, vt nihil proſit reo quod paratus ſit ſe ſuáque bona omnia obligare ad euitandam ſatiſdationem, niſi in eo bonorum numero ſint etiam immobilia ad concurrentem vſque æſtimationem, quorum obligatione poſſit actori cautum eſſe citra ſatiſdationem. *§. vlt. huius leg. vbi dicam.* Nec quod interim alienare liberè ac impunè poſſit ad rem facit. Si enim deſinat hîc eſſe poſſeſſor bonorum immobilium, qui fuit antea non ideò tamen deſinunt bona eſſe obligata. Quòd ſi ex poſt facto appareat, ea obligari ex aliqua cauſa non potuiſſe: tum demum iubebit prætor tanquam ex noua cauſa præſtari ſatiſdationem. Nam & idem faceret ſi fideiuſſores idonei præſtiti eſſent, qui poſtea ſoluendo eſſe deſiiſſent. *l. ſi arbitro 10. §. 1. ṡ.* Perpetuum enim eſt vt quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio. *l. 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.*

a *Immobilium.* Ergo nihil proderit reo ad euitandam ſatiſdationem, quod poſſideat pleraque bona mobilia. Ratio dubitandi. Etiam bona mobilia eius, qui condemnatus eſt pignori capi poſſunt, & ſubinde diſtrahi: adeóque capi debent ante immobilia. *d. l. à Diuo 15. §. in venditione de re iudic.* Ergo ab onere ſatiſdandi inmunis eſſe debet, non minùs, qui mobilia bona, quàm qui immobilia poſſidet. Ratio decidendi Parum & nihil ferè cautionis eſt in bonis mobilibus, quia facilè aut celari aut deperdi poſſunt, vnde eſt, quod eorum neglecta poſſeſſio & cuſtodia, veteris poſſeſſionis damnum adferre conſueuit. *l. ſi rem mobilem. 47. de acq. poſſeſſ.*

1 ¶ Poſſeſſor autem is accipiendus eſt, qui in agro, vel ciuitate rem ſoli poſſidet [b], aut ex aſſe, aut pro patre [c]. ¶ Sed & qui vectigalem, id eſt, emphyteuticũ agrũ poſſidet, poſſeſſor intelligitur ¶ Item qui ſolam proprietatem habet, poſſeſſor intelligendus eſt. ¶ Eum verò, qui tantum vſumfructum habet, poſſeſſorem non eſſe Vlpianus ſcripſit.

Ad §. Poſſeſſor autem.

b *Poſſidet.* id eſt, ſibi habet, & animo domini. Ea namque definitio eſt verbi *poſſidere*, à Theophilo tradita in tit. *de libertin.* Qui non ſibi habet, non tam poſſidet quàm eſt in poſſeſſione, quod longè minus eſt. *leg. ſi quis ante* 10. §. 1. *de acq. poſſ.*

c *Aut pro parte.* Ratio dubitandi. Quod in communi poſſidetur à nemine poſſideri videtur. Sicut nec poteſt quis verè & abſolutè ſuum dicere, quod cum alio commune habet. *leg. pupillus.* 239. §. *fin. leg. rectè dicimus.* 25. *de verborum ſignificatione.* Incertam enim rei alicuius partem poſſidere nemo poteſt. *l.* 3. §. *incertam de acq. poſſ. leg. ſi fur.* 32. §. *fin. de vſuc.* Incerta autem pars eſſe videtur, quam quis habet pro indiuiſo: cùm nullam rei partem demonſtrare poſſit, quæ ita ſit ſua, vt non ſit etiam alterius. Quod in parte diuiſa ſecus eſt. *d. l. rectè dicimus.* 26. §. 1 *de verb. ſignific.* Ratio decidendi. Partem quæ & loco incerta ſit poſſidere nemo poteſt. *d.* §. *incertam.* At ea quæ ſit certa, licèt pro indiuiſo, poſſideri poteſt. *l. locus certus* 26. *de acq poſſ.* quia plures in vno eodémque fundo, qui pro indiuiſo ſit communis ſicut dominium ita & poſſeſſionem iuris intellectu, non diuiſione corporis obtinet. *l. Manius* 66. §. *duorum de legat.* 1. Itaque is qui rem aliquam cum alio communem pro indiuiſo habet, quamuis non ſatis propriè poſſit totam rem ſuam dicere, aut totam ſe poſſidere, pro parte tamen id poteſt dicere. *l ſerui.* 5. §. 1. *&* 2. *de legat.* 1. *l. ſi quis ſuos.* 74. *de leg.* 3. *l. illud dubitationis.* 46. *de rit. nupt.* Denique pars illa indiuiſa tantùm vtilitatis afferre poteſt victori pro parte, quantum tota afferret in totum, ſi non eſſet communis: cùm eadem ſit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum. *l. qua de tota.* 76. *de rei vindic.* Nec quicquam verat pluris eſſe partem, quàm pro indiuiſo quis habeat in fundo communi, quàm ſi tota res alia, quæ non ſit communis.

d *Sed & qui vectigalem*, Ratio dubitandi. Qui vectigalem, aut emphyteuticum agrum poſſidet dominus non eſt, quamuis eum poſſideat, ſed tantùm habet ius rei tenendæ, vt quandiu vectigal ſoluet, ab eo auferri ager non poſſit. *l.* 1. 2. *&* 3. *ſi ager vectig. vel emphyteu. pet.* Ergo non eſt habendus pro poſſeſſore, quantum ad hoc, ne ſatiſdare teneatur. Ratio decidendi. Licèt non ſit dominus, tamen ferè idem iuris habet, quod dominus, cùm nec à domino ipſo poſſit expelli, dum vectigal annuum ſoluat. Habet enim exceptionem etiam contra dominum adóque actionem in rem. *l.* 1. §. *is qui autem de ſuperf.* vnde & à noſtris dominus vtilis appellatur, quod nec refutabimus ad *tit. ſi ager vectig.* Denique ius quod in eo fondo vectigali poſſeſſor habet, capi poteſt in executione iudicati, & diſtracti: ſicut & cætera omnia iura condemnati *d. l. à diuo Pio.* 15. §. *in venditione. de re iudic. l.* 3. §. *ſi ius de reb. eor.* Quidni ergo poſſeſſori ſuo prodeſſit, ne ſatiſdare teneatur?

e *Qui ſolam proprietatem habet.* Ratio dubitandi. Etiamſi vſus fructus in iure non in parte conſiſtat, emolumentum tamen rei continet. *l. Manius.* 66. §. *pen. de legat.* 2. ideóque portionis inſtar obtinere dicitur in *l. cum filius* 76 §. *dominus. eod. & in multis caſibus pars eſſe domini. l.* 4. *de vſufruct. l. qui vſumfructum* 58. *de verborum obligatione.* nec niſi inutilis poteſt eſſe proprietas, quandiu abſcedit vſus fructus. *l. ſi vſusfructus.* 8. *de vſufruc. leg. l. an vſusfructus.* 56 *de vſufruct.* Non ergo poteſt videri ſatis cautum actori, ob id ſolùm, quòd reus ſit poſſeſſor nudæ proprietatis: præſertim cùm nec verè poſſeſſor dici poſſit, ſiquidem fructuarius ipſe naturaliter, id eſt, re vera poſſidet *l. naturaliter.* 12. *de acquir. poſſeſ.* fieri autem nequit, vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores. *l.* 3. §. *ex contrario. eod. tit. l.* 5. §. *vlt. commod. l duo in ſolidum.* 19. *de procur.*

Ratio decidendi. Rectè dicimus totum fundum noſtrum eſſe, etiam cuius vſus fructus alienus eſt: cùm nulla eius pars poſſit dici fructuarij. *leg. rectè dicimus.* 25. *de verb. ſignif. l.* 1. §. 1. *de ſenatuſconſulto Silan.* qui vſusfructus non in parte ſed in iure conſiſtit *d. l. Manius.* 66. §. *pen. & l. ſi à reo.* 70. § *ſi reo de fideiuſſ.* Et quamuis inutilis ſit proprietas, quandiu abſcedit vſusfructus, cùm tamen multis modis poſſit fieri, vt vſusfructus finiatur, non eo minùs emptorem poteſt inuenire proprietas nuda, ex cuius proindè precio ſatiſfieri victori poſſit. Non ergo adigendus eſt ad ſatiſdationem is, qui nudam proprietatem poſſidet, nec poteſt negari, quin ſit poſſeſſor verè quantùm ad proprietatem, tametſi fructuarius ratione ſolius vſusfructus non tam poſſideat re vera, quàm poſſidere naturaliter videatur. *d. l. naturaliter.* 12. *quemodo etiam accipi debet. quod ſcriptum eſt in l. poſſeſſio.* 49. *eod.* cùm non ſibi habeat, ſed proprietario: adeò vt qui retinet ſibi vſumfructum hoc ipſo aduerſarium ſuum poſſeſſorem facere exiſtimetur. *l. quiſquis* 28. *Cod. de dona.*

f *Qui tantùm vſumfructum habet.* Ratio dubitandi. Vſufructuarius naturaliter poſſidet. *d. l. naturaliter.* 12. *& l. poſſeſſio.* 49. *de acq poſ.* Ratio decidendi. Imò re vera non poſſidet, ſed tantùm poſſidere naturaliter intelligitur, quod ad cauſam fructuum percipiendorum, vt proximè dictum eſt. Denique appellatione domini nunquam continetur. *l.* 1. §. *qui ſeruum. de SC. Silan. d. l. rectè dicimus.* 25. *de verb. ſignific.* In hoc autem edicto poſſeſſor ille intelligitur, qui vel dominus eſt, vel ſaltem quaſi dominus, vt diximus de vectigalis & emphyteutici fundi poſſeſſore. Atqui, inquies, etiam vſusfructus vendi poteſt, ſicut & proprietas nuda. Quidni ergo eodem iure cenſeatur? Nempe, quia tum quoque cùm venditur, non tanquam quid immobile & certum fixúmque venditur, ſed tanquam ius fundi, quod & pluribus modis amitti poteſt, & faciliùs quàm res ipſæ mobiles, & in perſona quoque emptoris æſtimandum erit, ex perſona venditoris. *lege arboribus.* 12. §. *vſufructuarius. lege non vtitur.* 38. *& ſequent. de vſufructu.*

2 ¶ Creditor qui pignus accepit, poſſeſſor non eſt, tametſi poſſeſſionem habeat, aut ſibi traditam aut precario debitori conceſſam.

Ad §. 2. Creditor.

Ratio dubitandi. Qui rem aliquam pignori dedit, poſſidet tantùm, quod ad vſucapionem: at quod ad reliquas omnes cauſas pertinet, qui accepit poſſidet adeò, vt adiici poſſit & poſſeſſio eius, qui pignori dedit. *l. ſerui nomine.* 16. *& l non ſolum* 33. §. *qui pignori. & ſeqq. de vſucap. l. cùm & ſortis.* 35. §. 1. *de pign. act.* Ergo non eſt cogendus ſatiſdare, qui fundum pignori accepit, tanquam rei immobilis poſſeſſor.

Ratio decidendi. Creditor non verè ac propriè poſſidet, quia non ſibi, ſed alij rem habet: ideóque nec vſucapere poteſt. *l pignori.* 13. *de vſucap.* faceretque furtum, ſi rem mobilem datam pignori habere ſibi vellet. *l. ſi pignore* 54. *leg. ſeq. l. ſi is qui* 73. *de fur.* Habet tamen poſſeſſionem, quod nihil aliud eſt quàm eſſe in poſſeſſione. Ergo non poſſidere. *l. ſi quis ante.* 10. §. 1. *de acq poſ.* Sed etſi creditor verè poſſideret, tamen, quod ad edictum, pro poſſeſſore haberi non poſſet, quia nihil intereſt inter pecuniam, aut aliam quamlibet rem mobilem, aut pignus in re immobili conſtitutum: ſi quidem pignoris vinculum ſolui quandocunque poteſt oblata, aut ſaltem ſoluta vel ſi obſignata pecunia. *l. ſi rem alienam.* 9. §. *omnis. de pignor. act. leg. Paulus reſpondit.* 12. §. 1. *quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* Itaque non plus cautionis in re immobili oppignerata poteſt habere actor, quam in re mobili. Proinde non eſſet ſecurus, ſi prætor ei non proſpiceret adacto creditore ad ſatiſdationem. De hypotheca nec dubitatur, quia quamuis propriè ſit rei immobilis *leg. plebs eſt* 238. §. *pignus. de verborum ſignif.* tamen ne poſſeſſionem quidem transfert, quam transfert pignus. *d. l. cùm & ſortis.* 35. *de pign. action.*

3 ¶ Si fundus in dotem datus ſit: tam vxor, quàm maritus propter poſſeſſionem eius fundi poſſeſſores intelliguntur.

Ad §. 3. ſi fundus.

Ratio dubitandi. Fundus conſtituitur dotalis per traditionem, quia nec ſine traditione dominium in maritum transferri poſſet. *l. ſi ego Seia. 9. & poſſ. de iure dotium. l. dotale. 13. §. dotale 15. de fundo dotali. leg. 1. & 2. Cod. eodem.* Dotem enim facit traditio, non ſcriptura. *leg. 1. Cod. de dot. cau. non numer.* Atqui traditio nihil niſi tranſlatio poſſeſſionis eſt. *leg. 3. de actionibus empti. lege quarta. Codice eodem.* Non poteſt autem fieri vt duo ſimul poſſideant. *l. 3. ex contrario. de acquir. poſſeſſion. l. duo in ſolidum. 19. de precar.* Ergo nec vt maritus, & vxor, ambo poſſeſſores, intelligantur. Nam nec vindicationem poteſt habere mulier ad poſſeſſionem ſibi acquirendam, etiamſi extraneus poſſideat. *l. dote ancillam 9. Cod. de rei vind.* adeòque nec ſoluto matrimonio poſſeſſionem rerum dotalium ſine conſenſu heredum mariti occupare. *l. dotis actione 9. Cod. ſolut. matrim.*

Ratio decidendi. Fundus dotalis licèt ſit in bonis & dominio bonitario mariti, eſt tamen mulieris, vt dixi ad §. 3. in fin. *l. de die ponenda. 8. §. ſup.* Proinde vtriuſque in ſolidum eſſe intelligitur quamuis diuerſo dominij genere, & ideo vtrique prodeſt quantum ad hoc edictum, vt neuter ſatiſdare teneatur. Etſi enim dici ſolet, nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione. *l. naturaliter. 12. §. 1. de acqu. poſſ. leg. quaeſtio eſt. 115. de verborum ſignificatione.* In hoc tamen edicto, vt & interdum aliàs, poſſeſſionis verbum proprietatem ſignificat, ſicuti reſponſum eſt in eo, qui poſſeſſiones ſuas legaſſet, *leg. interdum. 78. eod.* Sicque accipi debet, quod hìc ſcriptum eſt *propter poſſeſſionem eius fundi*, ac ſi ſcriptum eſſet *propter eum fundum.* Iunge quæ dicam ad §. *ſeq. in fin.*

4 ¶ Diuerſa cauſa eſt eius, qui fundi petitionem perſonalem [a] habeat.

Ad. §. 4. Diuerſa cauſa.

Ratio dubitandi. Qui perſonalem actionem habet ad rem conſequendam, ipſam quoque rem habere iam videtur. *leg. is qui actionem. 15. de reg. iur. leg. rem in bonis 54. de acqu. rer. dom. l. is apud ſe 143. de verborum ſignificatione.* Ergo pro poſſeſſore fundi habendus eſt, qui perſonalem fundi petitionem habet.

Ratio decidendi. Habere quidem videtur, vt tanto locupletior dici poſſit, ſed tamen reuera non habet, vt eo nomine poſſit eſſe actor ſecurus, & paratam habere iudicati executionem: quia non tam facilè reperietur, qui actionem ad rem immobilem, quàm qui rem ipſam immobilem velit emere: quòd actionis emptio litis incommodum plerunque ſecum trahat, nolente debitore vltrò ſatisfacere, *leg. minor. 40. de minor. l. præſens conſtitutio 24. Cod. mandat.* Indéque eſt quod in executione iudicati non prius peruenitur ad venditionem iurium & actionum, quàm bona omnia mobilia ſint diſtracta. *l. à diuo Pio. §. in venditione de re iudic.* Denique actionis & exactionis euentus ex pleriſque cauſis incertus eſt, *l. quod debetur. 5. de pecul.* & moras ſuas habet iudicij exercitio, tum quoque cùm præſenti die debetur. *l. etiam de præſenti. 5. vt legat. ſeruand. cauſ.* & ſemper plus cautionis eſt in rem, quàm in perſonam. *l. plus cautionis 15. de reg. iur.*

a *Petitionem perſonalem.* Petitionis tamen nomine vulgò, & magis propriè actio in rem ſignificatur, *leg. pecunia. 178. §. actionis. de verborum ſign.* ſcilicet, ſi ſimpliciter proferatur & ſine actione. Nam certè petitionis nomen generale eſt, & perſonali quoque poteſt conuenire, vt cùm dicimus dolo facere illum, qui petit quod redditurus eſt: *leg. dolo facit. 8. de doli mali except. iunct. l. ſi fecer. 44. §. Lucius. ſolut. matr.* Eſt verò inſignis hic locus contra vulgarem illum errorem Bartoli, & cæterorum exiſtimantium, actionem perſonalem ad rem immobilem cenſeri quid immobile. Nam ſi ita eſſet, vtique non cogeretur ſatiſdare, qui actionem perſonalem haberet ad rem immobilem, tanquam poſſeſſor rei immobilis, quod hic negatur. Dices mulierem pro dotis repetitione non habere niſi perſonalem actionem, olim rei vxoriæ, hodie ex ſtipulatu. *l. vnic. Cod. de rei vxor. act. l. dotis actione. 9. Cod. ſolut. matrim.* Atqui non cogitur ſatiſdare, quia fundum dotalem poſſidere intelligitur. *vt dictum eſt ad. §. proxim.* Ergo ſufficit habere actionem perſonalem. Reſpondeo neceſſariam quidem eſſe mulieri actionem perſonalem, inſpecta ratione iuris veteris, ad auferendum marito, eiúſve heredibus dominium bonitarium, quod ei fuerat quæſitum per dotis traditionem. Sed non eo minùs verum eſſe, conſtante quoque matrimonio dotem eſſe mulieris, & in dominio ipſius quiritario. *leg. quamuis in bonis 75. de iur. dot.* Ideóque Iuſtinianus tandem licèt inuita iuriſprudentia, dedit ei vindicationem directam ſoluto matrimonio. *lege in rebus dotalibus. 30. Codice de iure dot.*

5 ¶ Tutores ſiue pupilli eorum, ſiue ipſi [b] poſſideant: poſſeſſorum loco habentur. Sed & ſi vnus ex tutoribus [c] poſſeſſor fuit, idem dicendum erit.

Ad §. 5. Tutores.

b *Siue ipſi.* Ratio dubitandi. Sententia lata contra pupillum autore condemnatum non poteſt mandari executioni aduerſus tutorem, qui nihil, niſi ex officij ſui neceſſitate fecit. *l. 1. de adminiſtr. tutor. l. tutori. 7. & l. ſeq. quand. ex fact. tut.* Nec enim videtur tutor ſe liti obtuliſſe. *l. 4. ſi ſe non obtulit. §. 1. de re iudic.*

Ratio decidendi. In hac promiſſione tutoris potius, quàm pupilli factum verſatur. Tutor enim ille eſt: qui in ius rapitur, & litem conteſtatur, & iudicem accipit, qui proinde aut in ius venire debet, aut ſatiſdare iudicio ſiſti, & iudicatum ſolui nomine pupilli: quod ſi facere nolit, malens vti beneficio edicti, tanquam poſſeſſor ipſe bonorum immobilium, cùm pupillus nulla habeat, hoc ipſo videtur ipſe pro pupillo fideiubere. Alterutrum enim eum facere neceſſe eſt; nimirum, vt vel ſatiſdet tutorio nomine, détque fideiuſſores. *d. l. 2. §. 1. de adminiſtratione tutorum.* ſe pro fideiuſſore iuberi patiatur: ſcilicet de iudicio ſiſtendo, & multò magis de veniendo in ius ad prætorem iudicij ſuſpiciendi gratia. *l. 1. §. ſufficit. de adminiſtr. tutor.* at non etiam de iudicato ſoluendo. *l. vlt. §. defenſionem, C. eod.* Defenſor enim neceſſarius eſt, niſi dicat, ideò ſe non cogi ſatiſdare tutorio nomine. Iudicatum ſolui, quòd ſit ipſe bonorum immobilium poſſeſſor. Hoc enim vt dixi, videtur ille fideiubere de iudicato quoque ſoluendo. Et ita locus hic accipiendus eſt.

c *Vnus ex tutoribus.* Ratio dubitandi. Tutores habent beneficium diuiſionis, exemplo fideiuſſorum *l. 1. §. nunc tractemus de tutel. & ration. diſtr.* Ergo non debet aliis prodeſſe, quòd alius ſit bonorum immobilium poſſeſſor.
Ratio decid. Non inter alios tutores locus eſt beneficio quàm qui ſunt ſoluendo. *d. §. nunc tractemus.* Cùm autem omnes ſunt ſoluendo, nihil poteſt intereſſe actoris.

6 ¶ Si feudum quem poſſidebam, à me petieris: deinde cùm ſecundum te eſſet iudicatum, appellauerim: an poſſeſſor eiuſdem fundi ſim? & rectè dicetur poſſeſſorem me eſſe, quia nihilominus poſſideo, nec ad rem pertinet, quod euinci mihi ea poſſeſſio poſſit.

Ad §. 6. Si fundum, quem,

Ratio dubitandi. Qui condemnatus eſt eius fundi nomine, quem poſſidebat, licèt à ſententia appellauerit, in ea tamen cauſa eſt vt euinci poſſit ei poſſeſſio, ſcilicet ſi contingat eam ſententiam quandocunque poſtea per appellationis iudicem confirmari. Præſertim cùm dici ſoleat, præſumendum eſſe pro ſententia potiùs quàm pro appellatione. Plerique enim appellant per calumniam, & ad hoc dumtaxat vt litem & negotium diutiùs trahant. *l. tutor. 41. de vſur l. vlt. de re iudic. l. Imperatores 21. § fin. leg. negotiorum. 24. de appella.* Ratio decidendi. Appellatio extinguit iudicatum, & reducit omnia ad terminos litis conteſtatæ. *leg. 1. §. vltim. ad ſenatuſconſultum Turpill. leg. furti. 6. § 1. de his qui not. infam.* Perinde igitur eſt poſt appellationem, ac ſi nunquam fuiſſet iudicatum. Nec enim retrotrahitur confirmatio ſententiæ prioris ad diem latæ ſententiæ, ſed ſumit vires ſententia confirmata, aut potiùs reſumit ex die ſententiæ confirmantis. Neque verò credendus quiſquam eſt appellare per calumniam, cùm beneficiu & auxilio iuris communis vtatur. *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Porrò pendente lite, quamuis fiat ei controuerſia proprietatis, non ideo tamen poſſeſſionis ſuæ commodo carere debet. *§. commodum. Inſt. de interd.* Quinimo tantò magis poſſeſſor conſtituendus eſt, & neceſſariò habendus pro poſſeſſore, quoniam alioqui res ab eo vindicari non poſſet. *l. is qui deſtinauit 24. l. qui petitorio 36. de rei vind. & paſſim eod. tit.*

7 ¶ Poſſeſſor autem quis, nécne, fuerit: tempus cautionis ſpectandum eſt: nam ſicuti ei, qui poſt cautionem poſſeſſionem vendidit [d], nihil obeſt: ita nec prodeſt ei, qui poſt cautionem poſſidere cœpit.

Ad §. 7. Poſſeſſor autem quis.

Ratio dubitandi. Non videtur cautum niſi duret cautum, ſicut nec in rem verſum quod non durat verſum *l. ſi pro parte 10. §. verſum. de in rem verſ.* Atqui per alienationem bonorum immobilium, quæ reus habebat eo tempore, quo ſatiſdatio petebatur, deſinit eſſe cautum actori. Ergo quod antea reus fuerit immobilium poſſeſſor non debet ei prodeſſe, quominus ſaltem nunc ſatiſdare teneatur, & hactenus ei potius nocere alienatio deberet. Ratio decidendi. Imò durat cautum, quia ponendum eſt bona immobilia, quæ reus habuit eo tempore, quo in ius vocabatur, fuiſſe ab eo actori obligata. Nec enim ſatiſdandi neceſſitas aliam ob cauſam remittitur bonorum immobilium poſſeſſori, quàm quia poſſit actori ſatis cautum eſſe ipſa bonorum immobilium obligatione. Sentit igitur prætor, vt quiſquis promittit ſe iudicio ſtiturum, aut iudicatum ſoluturum, bona quoque ſua omnia eo nomine obliget, ac ita demum nihil ab eo prætereà exigi poſſit, ſi in bonorum numero aliqua ſint immobilia, quæ rei de qua agitur æſtimationi reſpondeant. Atqui cùm obligatio ſemel contracta vtiliter fuit, non poteſt ſubſequens alienatio facere, quominùs res tranſeat cum ſua cauſa. *l. alienatio 67. de contr. empt.* Nec igitur quominus æquè ſit ſecurus actor, cui ſemel cautum fuit.

d *Qui poſt cautionem vendidit.* Cauet ergo etiam poſſeſſor bonorum immobilium, nempe ſua illa bona immobilia obligando. Itaque non edixit prætor bonorum immobilium poſſeſſores non cogi cauere, ſed non cogi ſatiſdare: quia grauius eſt ſatiſdare, quàm cauere per obligationem & hypothecam bonorum. *l. filio vel ſeruo 7. vt legat. ſeruand. cau.* Etſi facilius eſt vt fideiuſſores, qui ab initio fuerunt idonei, poſtea fiant non ſoluendo *l. ſi ab arbitro 10. §. 1. ſupr.* quàm vt ius pignoris in re aliqua, præſertim immobili conſtitutum per alienationem, aut qua alia ratione ſine actoris voluntate diſſoluatur: quandiu non ei ſatisfactum. *l. ſi rem alienam 9. §. omnis de pign. act. l. grege pignori 13. §. etiam de pignor. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. 2. Cod. de luit. pignor.* Sanè non eſt quod hîc pignus vllum prætorium comminiſcamur: Neque enim aliter conſtituitur, quàm ſi ex prætoris autoritate ventum ſit in poſſeſſionem. *l. non eſt mirum 26. §. 1. de pign. act.* Iunge, quæ ſcripſi ad *princip. huius legis.*

16. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

QVi iuratò [e] promiſit iudicio ſiſti, non videtur peieraſſe, ſi ex conceſſa cauſa hoc deſeruit.

Ad l. vlt. Qui iuratò promiſit.

Ratio dubitandi. Periurium eſt ſi quis non faciat, quod ſe facturum iurauit, dummodò tale illud ſit, quod neque legibus, neque bonis moribus repugnet, vt Canoniſtæ loquuntur quod fieri poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ. *ca. 2. de pact. in 6. ca. cùm contingat de iureiur.* Atqui licita eſt promiſſio iudicio ſiſti. Ergo ſi ſit iurata, peierat promiſſor, qui iudicium deſerit. Ratio decidendi. Et in contractibus & in iudiciis verba omnia intelligenda ſunt ciuiliter, non iniurioſè aut cauillatoriè. *lege penultima inf. ad exhib.* Iuſiurandum ergo quodlibet ita ſemper accipiendum eſt, vt tacitam eam conditionem habere videatur, ſi res in eodem ſtatu manſerit, nec aliqua in contrarium noua cauſa ſuperueniat. *lege vltima in principio ad municip.* Nam & ſtipulationi, quantumuis ſtrictè accipiatur eadem conditio tacitè ineſſe intelligitur. *lege cùm quis ſibi 38. in principio, & lege ſi cùm Cornelius 82. de ſolut.*

e *Qui iuratò.* Hæc lex ſola in hoc titulo pertinet ad ſecundam partem inſcriptionis tituli. Et ſanè rarus eſt vſus iuratoriæ cautionis, cùm vix vnquam habeat locum, niſi appareat meliùs caueri non poſſe. Vide *l. in ſacris 12. Cod. de prox. ſac. ſcrin. lib. 12. tit. 19. l. 17. C. de dignit. eod. lib. tit. 1. l. 26. decernimus. C. de Epiſc. & cler. l. vltim. §. vlt. C. de caſtrenſian. & miniſterian. eod. lib. 12. tit. 26.*

SI EX NOXALI CAVSA AGATVR, QVEMADMODVM CAVETVR.

TITVLVS IX.

VLPIANVS libro 7. ad Edictum.

SI quis eum de quo noxalis actio eſt, iudicio ſiſti promiſerit: prætor ait, *In eadem cauſa eum exhibere, in qua tunc eſt, donec iudicium accipiatur.*

Ad Tit. IX. Si ex noxal. cauſ. agat.

Ad l. Si quis eum 1.

Ratio dubitandi. Noxalis actio non facit quominùs pendente lite & dominus & poſſeſſor ſit is, qui antè fuit. Nemo enim ante ſententiam amittit rei ſuæ aut dominium, aut poſſeſſionem, niſi in caſu. *leg. vlt. de rei vindic.* Remanet ergo ei libera facultas diſponendi de ſeruo, cuius nomine noxali actione conuenitur. Id enim eſt dominum eſſe, liberam ſcilicet habere diſponendi facultatem. *l. quaratione 9. §. hæ quoque res de acquir. rer. domi. l. 2. §. ſi parent quis manum. leg. in re mandata 21. Cod. mandat.* Ratio decidendi. Non eſt permittendum ei, qui conuenitur vt pendente lite faciat ius deterius actoris. Id enim fieri non poſſet, quin fraus fieret non tantùm aduerſario, ſed etiam prætori, cuius eſt prouidere, ne quid dolo malo fiat, nec malitiis vnquam indulgere. *l. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. in fundo 38. de rei vindic.* Itaque iuſtiſſimè prætor edictum propoſuit, quo iubet ſeruum, cuius nomine iudicium noxale præparatur, in eadem cauſa exhiberi, in qua tunc eſt, cùm interponitur promiſſio iudicio ſiſti, donec iudicium accipiatur.

1 ¶ In eadem cauſa ſiſtere quid ſit, videamus, & puto verius, eum videri in eadem cauſa, qui ad experiendum [a] non facit ius auctoris deterius.

¶ Si deſinat ſeruus eſſe promiſſoris, vel actio amiſſa ſit: non videri in eadem cauſa ſtatum Labeo ait: vel ſi qui pari loco erat in litigando, cœpit eſſe in duriore, vel loco, vel perſona mutata. ¶ Itaque ſi quis ei, qui in foro promiſſoris [b] conueniri non poteſt, venditus, aut potentiori datus ſit: magis eſſe putat, vt non videatur in eadem cauſa ſiſti.

¶ Sed & ſi noxæ deditus ſit [c], Ofilius non putat in eadem cauſa ſiſti: cùm noxæ deditione cæteris noxalem actionem perimi putat.

Ad §. 1. In eadem cauſa.

Ratio dubitandi. Quamuis exactio rei poſſit eſſe difficilior, in eadem tamen cauſa videtur ſtatus, qui ſiſti debuit, putà ſi is, quem ſiſtere debui nouum æs alienum contraxerit, vel pecuniam perdiderit, vel alteri iudicatus ſit, *l. ſi quis quendam 11. inf. ſi quis cautiõ.* Ratio decidendi. Aliud eſt difficiliorem fieri actionem, aliud verò actionem. Et ob id adiicit hic Vlp.

a *Ad experiendum.* Id enim tantùm agit prætor, vt non fiat deterius actoris ius in agendo, non etiam in exigendo. Exactio non eſt actio, ſed effectus actionis.

2. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SEd alio iure vtimur? nam ex præcedentibus cauſis non liberatur noxæ deditus, perinde enim noxa caput ſequitur, ac ſi veniſſet.

Ad §. 2. & Ad l. Sed alio iure 2.

Ratio dubitandi. Deſinit ſeruus eſſe promiſſoris per manumiſſionem. Vnde etiam eſt quòd manumiſſio morti comparatur, quod ad ſubtrahendum domino ſeruum *l. inter omnes 46. de furt.* Atqui cùm is, qui ſeruus erat, ſiſtitur liber, etiam in meliorem cauſam videtur perueniſſe. *l. pen. h. t.* Non ergo abſolutè verum eſt, quod hic dicitur in eadem cauſa non ſiſti eum, qui deſiit eſſe promiſſoris. Ratio decidendi. Intelligitur hic locus de ſeruo, qui manſit ſeruus, ſed mutauit dominum.

b *Qui in foro promiſſoris.* Augetur enim difficultas conuentionis, cùm alio loco conueniendus quis eſt, aut cùm potentior aduerſarius obiicitur: quia potentioribus pares eſſe non poſſumus. *leg. 2. ſi fideiuſſor. 7. qui ſatiſd. cog. l. 2. & 3. de alien. iudic. muta. cauſ. fact.*

c *Sed etſi noxæ deditus ſit.* Ratio dubitandi, Noxa ſemper ſequitur caput. *leg. qui ex pluribus 20. de noxal. act. l. t. §. vlt. de priuat. delict.* Ergo & noxialis actio. *l. ſi ſeruus. 61. in pr. de furt.* Ratio decidendi. Et noxa & noxalis actio ſequitur quidem caput, ſed facta noxæ deditione ei qui prior egit, nulla ſupereſt actio cæteris: quia cùm non poſſit noxæ deditio fieri pluribus, ne quidem pro parte quòd diuiſionem non recipiat. *l. ſi ſeruus ſeruum 27. §. 2. ad leg. Aquil.* conſequens eſt, vt qui prior noxali egit, & obtinuit, reliquorum omnium ius peremerit. Si Ofilio credimus, cuius ſententiam Vlpianus hîc refert. Sed alio iure vtimur vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Paulo. Nam ex præcedentibus cauſis, hoc eſt, quæ præcedunt non deditionem noxæ, ſed cauſam ex qua deditio facta eſt, non liberatur noxæ deditus: nec minùs noxa caput ſequitur, quàm ſi væniſſet. Quid enim refert an per venditionem, an verò per noxæ deditionem in bonis alterius eſſe cœperit? Aliud erit, ſi noxæ deditio facta ſit ex cauſa priore nam ex poſteriore non poteſt euinci, quod acquiſitum fuit ex anteriore.

1. ¶ Si abſens ſit ſeruus, pro quo noxalis actio alicui competit, ſi quidem dominus non negat in ſua poteſtate eſſe: compellẽdum putat Vindius, vel iudicio eum ſiſti promittere, vel iudicium accipere [a], aut ſi nolit defendere, cauturum, cùm primùm potuerit, ſe exhibiturum [b]: ſi verò falsò neget [c] in poteſtate eſſe, ſuſcepturum iudicium ſine noxæ deditione: ídque Iulianus ſcribit, & ſi dolo fecerit [d], quò minus in eius eſſet poteſtate? ¶ Sed ſi ſeruus præſens eſt, dominus abeſt, nec quiſquam ſeruum defendit: ducendus erit [e] iuſſu prætoris: ſed, cauſa cognita, domino poſtea dabitur defenſio [f], vt Pom-

ponius

ſed quia neceſſitatem habet defendendi in ſolidum, ac ſi ſolus dominus eſſet, quoniam nec pro parte dedere poſſet *l. ſi plurium 5. l. ſi ſeruus 8. de noxal. act.* Planè, ſi cùm neque defendere vellet, neque dedere, nec denique iudicium accipere, maluerit parte ſua cedere in iure, ne habeat neceſſe ſuſcipere iudicium, audiendus erit, & ſecuritatê plenâ conſequetur. *d. l. ſi ſeruus 8. ante noxale.* Quid enim poſſis amplius petere ab eo, qui toto iure cedit, vel cedere paratus eſt?

5. VLPIANVS libro 74. ad Sabinum.

SI ſeruum in eadem cauſa ſiſtere quidam promiſerit, & liber factus ſiſtatur: ſi de ipſo controuerſia eſt capitalium actionum, iniuriarúmque nomine, non rectè ſiſtitur: quia aliter de ſeruo ſupplicium & verberibus de iniuria ſatisfit, aliter de libero vindicta ſumitur, vel condemnatio pecuniaria, quod autem ad cæteras [a] noxales cauſas pertinet, etiam in meliorem cauſam videtur perueniſſe.

Ad l. Si ſeruum in eadem cauſa 5.

Ratio dubitandi. Qui in ſeruitute deliquit ſi poſtea fiat liber, non tamen vt liber, ſed vt ſeruus punitur. *l. 1. de pœn.* Ergo etiamſi ſiſtatur liber in eadem cauſa ſiſti videtur, quamuis de ipſo controuerſia ſit capitalium actionum, & iniuriarum nomine.

Ratio decidendi. Non rectè ſiſtitur, quia aliter de ſeruo ſupplicium ſumitur, aliter vindicta de libero: verberibus ſatisfit de iniuria ſerui: At homini libero pecuniaria condemnatio irrogatur. Et quamuis ea conditio ſpectari debeat, quæ fuit tempore delicti. Id tamen ita intelligi debet, ſi etiam congruat tempus accepti iudicij: & ad excluſionem ſolius temporis ſententiæ *d. l. 1. de pœn.* Et negari certè non poteſt, quin iudicem multum moueat, quòd videt factum eſſe liberum eum, qui deliquerat ſeruus. Semper enim ſeuerius ſtatuitur in libertinos *leg. 3. §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* ita & liberis hominibus magis, quàm ſeruis. Ergo non ſiſtitur in eadem cauſa, qui ſiſtitur liber, cùm promiſſionis tempore fuiſſet ſeruus. Vide Cuiac. *lib. 10 obſer. cap 22.*

a *Quod autem ad cæteras.* Ratio dubitandi. Manumiſſus non tenetur ex eo, quod in ſeruitute geſſit. *leg. 1. penult. & paſſ. Cod. an ſeruus pro ſuo fact.* Ratio decidendi. Non tenetur ex contractibus, ſed tenetur ex delictis: quia noxa ſequitur caput. *l. 3. ad. tit.* Niſi deliquerit contra dominum *l. vlt. eod.* Videtur enim dominus poſt delictum manumittendo, remiſiſſe.

6. PAVLVS libro 11. ad Sabinum.

SEd ſi ſtatuliberum ſibi promiſſum ſit: in eadem cauſa ſiſti videtur, quamuis liber ſiſtatur, quòd implicitus ei caſus libertatis fuerit.

Ad l. Sed ſi ſtatu liberum 6.

Ratio dubitandi. Statuliberi interim quamdiu conditio pendet verè ſeruus eſt hæredis, vt ſcribit Vlp. *in fragmen. tit. 1 §. l. ſi debitor 45. §. vlt. de fideic. libert. leg. ſtatuliberi 29. de ſtatulib.* Ergo non ſiſtitur in eadem cauſa, qui ſiſtitur liber, cùm promiſſionis tempore eſſet ſtatuliber.

Ratio decidendi. Statulibero implicitus eſt caſus libertatis, ne quicquam fit præter ſpem ſtipulatoris, ſi libertas obtigerit, dummodo ex ea cauſa, ex qua iam erat ille promiſſionis tempore ſtatuliber. *l. ſtatuliber 14. & l. ex cui fideicommiſſa 19. de quæſt.* Debuit enim ſtipulator proſpicere, imò verò proſpexit poſſe hoc euenire. *l. ſi quis domum 9. §. 1. verſ. & ait locat.*

DE EO, PER QVEM FACTVM ERIT, QVOMINVS QVIS IN IVDICIO SISTAT.

TITVLVS X.

VLPIANVS libro 7. ad Edictum.

ÆQVISSIMVM putauit prætor, dolum eius coërcere, qui impedit aliquem iudicio ſiſti.

Ad Tit. X. De eo per quem fact. erit.

Ad l. Æquiſſimum 1.

Ratio dubitandi. Nihil videtur intereſſe ſtipulatoris, cùm, ſi reus ad diem non ſiſtatur, tantò certiorem habiturus ſit actionem ex ſtipulatione contra promiſſorem, eiúſque fideiuſſores. Non fuit ergo danda ei actio ex edicto. Nec enim audiendus eſt, qui alteri vult imputare factum ex quo ipſe, qui imputat lucrum ſenſerit. *leg. ſi extraneus 33. & l. cum in fundo. 78. §. quod ſi mulier. de iur. dot.* Ratio decidendi. Pertinet non tantùm ad vtilitaté actoris, ſed etiam ad dignitatem prætoris, vt qui ſiſti promiſſus eſt ſiſtatur, nec quicquam fiat contra edictum, aut contra ſtipulationem: quæ ſcilicet interponitur ex prætoris autoritate, ideóque & prætoria appellatur. *l. 1. de prætor. ſtipul.*

1 ¶ Feciſſe autem dolo malo non tantùm is putatur qui ſuis manibus, vel per ſuos retinuerit: verùm qui alios quoque rogauit, vt eum detinerent, vel abducerent, ne iudicio ſiſtat; ſiue ſcientes, ſiue ignorantes quid eſſet, quod comminiſceretur.

Ad §. 1. Feciſſe autem.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *legem ſi per alium 4. in principio ſup. Ne quis eum qui in ius voc. eſt vi exim.*

2 ¶ Dolum autem malum accipimus: vt ſi quis venienti ad iudicium aliquid pronunciauerit triſte, propter quod is neceſſe habuerit ad iudicium non venire, teneatur edicto, quamuis quidam putent, ſibi eum imputare, qui credulus fuit.

Ad §. 2. Dolum autem malum.

Ratio dubitandi. Sibi imputare debet qui nimis credulus fuit iuxta illud Sapientiæ. Qui citò credit leuis eſt corde. Ratio decidendi. Ea res non excuſat eum qui

dolo malo ſuggeſſit ea, quæ credi non debuerunt. Alioqui vix vnquam daretur actio de dolo. Præſertim verò in ſpecie. *leg. quod ſi 8. & leg. ſeq. leg. cùm quis 31. leg. quod venditor 37. l. vlt. de dolo.*

3 ¶ Si reus dolo actoris non ſtiterit, non habebit reus aduerſus eum actionem ex hoc edicto: cùm contentus eſſe poſſit exceptione, ſi ex ſtipulatu conueniatur de pœna, quod ad iudicium non venerit, aliter atque ſi ab alio ſit impeditus: nam actionem propoſitam aduerſus eum exercebit [a].

Ad § 3. Si reus dolo actoris.

Ratio dubitandi. Magis delinquit actor, per quem fit, quominus quis in iudicio ſiſtat, quàm alius extraneus, maiórque ipſius dolus eſt, qui abutitur autoritate prætoris, vt eadem autoritas negligatur, quam proinde ludibrio habere videtur. argum. *l. vlt. § vbi autem Cod. de bon. quæ liber.* Ratio decidendi. Satis punitur qui ex ſtipulatione, quam interpoſuerat iudicio ſiſtendi cauſa agere vtiliter non poteſt. Cùm ſi agat, poſſit repelli exceptione: per quam conſequitur reus, ne ad pœnam aut ad id quod intereſt teneatur. Non enim, quemadmodum: Cui damus actionem, multò magis damus exceptionem, ita è conuerſo poſſis dicere: Cui damus exceptionem dandam eſſe actionem.

a *Exercebit.* Ratio dubitandi. Videtur hoc quoque caſu dandam eſſe reo exceptionem, cùm per eum non ſteterit: Ergo ad denegandam actionem vt in ſuperiore caſu. Ratio decidendi. Non poteſt dolus tertij dare illi exceptionem contra actorem, cui alioquin dolus tertij noceret, contra iuris regulas. *leg. electio 29. §. fin. de nox.* Neceſſe igitur eſt vt detur ei actio contra illum, qui dolo facit, ad indemnitatem conſequendam. *l. 3. §. fin. l. ſi quis caution.*

4 ¶ Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: ſed ſi vnus præſtiterit pœnam, cæteri liberantur, cùm nihil interſit [b].

Ad §. Si plures dolo fecerint.

Ratio dubitandi. Ex *l. pen. §. pen. ne quis eum qui in ius vocat. vi exim.* Nam cùm hæc actio ſicut illa ſit pœnalis non debet pœna, quam quis propriam ſoluit, alium liberare. *l. vlt. eod. nunquam 60. de oblig. & act.* Ratio decidendi. Actio quæ ex hoc edicto competit minus eſt pœnalis, quàm illa, nec datur, niſi ei cuius intereſt, & pro eo, quod intereſt, cùm tamen illa detur etiam calumniatori. *d. l. penult. §. 1. ne quis eum.* Grauius enim peccat qui in ſpretum prætoris vim facit, quàm qui dolum, & qui in ius vocatum eximit, quàm qui dolo malo impedit, ne alius in iudicium veniat. Itaque non eſt danda hæc actio ei, cuius iam deſiit intereſſe: id eſt, qui pœnam ab vno ex iis, quos conuenire potuit, conſecutus fuit. *l. ſi quis dolo 51. §. de re iudic.*

b *Cùm nihil interſit.* Ratio dubitandi. In pœnalib non ſolet quæri, an aut quatenus interſit *lege 3. ſtipulatio iſta 38. §. alter. de verborum obligatione leg. vltim. de præ. ſtip.* Ratio decidendi. In pœnalibus actionibus, quæ ex conuentione pœnam habent, verum illud eſt: at non etiam in cæteris, quas prætor induxit fauore illius, cuius intereſt. In iis enim quærendum eſt an interſit, licèt non etiam quantum interſit. Niſi ſint mere pœnales, vt illa de qua in *d. l pen. §. 1. ne quis eum. l. 1. §. vlt. ſi quis ius dicet.* Hæc verò talis non eſt. *l. 3. ℥.*

5 ¶ Serui nomine, ex hac cauſa, noxali iudicio agendum omnes conſentiunt.

Ad §. 5. Serui nomine.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad *tot. tit. De nox. act.* Non debet eſſe in poteſtate ſerui, vt propter dolum ſuum mutet dominum, nec dolus ſerui debet nocere domino ſuprà, quàm ſit in ſerui peculio *tot. titul. de pec.* Ratio decidendi. Æquius eſt dolum ſerui nocere domino, quàm alteri, ſatiſque domino eſſe debet, quod non ei nocet. *ſuprà quam ſeruus ipſe ſit. §. ſumma. Inſtitut. de nox. leg. prox. ℥.*

6 ¶ Et heredi datur, ſed non vltra annum: aduerſus heredem autem hactenus puto dandam actionem, vt ex dolo defuncti heres non lucretur.

Ad §. 6. Et heredi datur.

Ratio dubitandi. Actio quæ ex hoc edicto datur eſt rei perſecutoria, cùm non detur niſi ei cuius intereſt, & quatenus intereſt *l. 3. ℥* Ergo & in heredem & poſt annum quoque danda eſt *l. in honorar. 35. de obl. & act.* Ratio decid. Eſt quidem rei perſecutoria, ſed quæ naſcitur ex dolo, & doli neceſſariam habet mentionem. Ideóque actioni de dolo in hoc ſimilis eſt, quòd neque poſt annum datur, licèt non ſit famoſa, neque in heredem, qui dolum non admiſit: Niſi hactenus, vt ex defuncti dolo non lucretur. *l. ne ex dolo 12. l. ſi plures 17. §. 1. de dol.*

2. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SI actoris ſeruus, domino ſciente, & cùm poſſit non prohibente, dolo fecerit, quo minus in iudicio ſiſtam: Ofilius dandam mihi exceptionem aduerſus dominum ait, ne ex dolo ſerui dominus lucretur: ſi verò ſine voluntate domini ſeruus hoc fecerit. Sabinus noxale iudicium [c] dandum ait, nec factum ſerui domino obeſſe: niſi hactenus, vt ipſo careat: quando ipſe nihil deliquit.

Ad l. Si actoris ſeruus 2.

Ratio dubitandi. Tunc datur exceptio contra actorem ex hoc edicto, cùm dolo ipſius actoris factum eſt quominus iudicio reus ſiſtat. *leg. 1 §. ſi reus ſup.* Dolum enim perſonalem prætur coërcet eius, qui impedit reum iudicio ſiſti. *d. l. 1. in pr.* Atqui ſerui non eſt dolus domini. Alioquin ex dolo ſemper dominus in ſolidum teneretur, quod falſum eſt. Ratio decidendi. Quod facit ſeruus domino ſciente, nec prohibente cùm poſſit prohibere, perinde domino in ſolidum nocet, ac ſi ab ipſo factum eſſet: quia non caret culpa, qui ſcit nec prohibet, cùm poteſt. *l. ſcientiam 45. ad leg. Aquil. l. 3. de noxa act. l. flaminum 24. § quanquam de dam. inf. l. nullum crimen 100 de regul. iur.* Æquum igitur eſt ex hac cauſa dari exceptionem contra dominum, ac ſi ab ipſo domino factum eſſet. Ne ex dolo ſerui dominus lucretur. Nunquam enim dolus vnius alteri prodeſſe, aut nocere debet. *l. 5. ℥. sic. prox. l. ita demum 31. de arbitr.*

c *Noxale iudicium.* Ratio dubitandi. Factum ſerui obeſſe domino non debet, vt hæc lex ait. Ratio decidendi. Intellige, niſi hactenus, vt ipſo ſeruo careat dominus. Quanti enim ſeruus eſt, in tantum nocere domino poteſt. *§. ſumma autem ratione. Inſt. de nox.*

3. VLPIANVS

3. VLPIANVS lib. 2. Digeſtorum.

EX hoc edicto aduerſus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus ſiſtat, in factum actio competit quanti actoris intereſſuit eum ſiſti. In quo iudicio deducitur, ſi quid amiſerit actor ob eam rem: veluti ſi reus tempore [d] dominiũ rei interim ſibi adquirat, aut actione liberatus fuerit [e].

Ad l. Ex hoc Edicto 3.

Ratio dubitandi. Hoc edictum eſt pœnale, inductum ad coërcendum dolum eius, qui aliquem impedit iudicio ſiſti. *leg. 1. ſupr.* Ergo danda eſt actio etiam ei, cuius vel nihil, vel minus intereſt. Ratio decidendi. Eſt pœnale ea parte eius qui coërcetur, ſed non ea parte actoris. In eóque differt ab edicto illo, *Ne quis eum, qui in ius voc. eſt vi exim. l. pen. §. 1. ill. tit.* & ab edicto, *ſi quis in ius voc. non ibit l. vnic. §. vlt. ill. tit. vt dixi ad §. 4. l. 1. ſup.*

d *Si reus tempore.* Ratio dubitandi. Ex quo tempore incipit mora eſſe reo controuerſia, id eſt, ex quo in ius vocatus eſt, incipit eſſe malæ fidei poſſeſſor. *l. ſed et ſi l. 25. §. ſi ante de petit. hered.* Ergo non poteſt vſucapere, quia vſucapio non magis eſſe poteſt ſine bona fide, quàm ſine poſſeſſione. *l. vbi lex 24. & ſeq. & paſſ. de vſucap.* Ratio decidendi. Bona fides neceſſaria quidem eſt, ſed ab initio tantùm. *l. ſi aliena res 10. eod.* Mala enim fides ſuperueniens non interrumpit vſucapionem: ideóque etiam poſt acceptum iudicium & procedere & compleri poteſt. *leg. ſi poſt acceptum. 18. de rei vind. l. vnic. C. de transf. vſuc.*

e *Aut actione liberatus fuerit.* Ratio dubitandi. Per vocationem in ius actio inſtituitur. *§. omnium inſtit. de perp. & temp. act.* Ergo perpetuatur. Nec enim poteſt quicquam imputari ei: qui incipit agere, ſi per alium ſtet quominus lis peragatur. *l. ſi vero 20. l. cum ſex 55. de ædil. edict. l. 1. de diuerſ. temp. præſcr.* Ratio decidendi. Sola conteſtatio vim habet, vt perpetuet actionem. *l. conſtitutionibus. 33 & l. ſciendum eſt. 58. de obl. & act. §. pœnales. Inſtitut. de perpet. & temp. act. leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Ergo in ius vocatio non impedit, quominus reus tempore liberetur. Hodie tamen interdum ſola citatio, & interpellatio ſufficit ſine conteſtatione, vt in *l. 3. C. de præſ. 30 vel 40. ann.*

1 ¶ Planè ſi is qui dolo fecerit, quo minus in iudicio ſiſtatur, ſoluendo non fuerit: æquum erit aduerſus ipſum reum reſtitutoriam actionem competere: ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno adficiatur.

Ad §. 1. Planè ſi is.

Ratio dubitandi. Non debet actio ex vnius facto in alium dari, cui nihil poſſit imputari: Ergo neque reſtitui ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur contra regulam. *l. non debet. 74. de reg. iur. l. de pupillo 5. §. ſi plurium. de op. nou. nunciat.* Ratio decidendi. Actio reſtitutoria eſt fauorabilior, quoniam aliquando competiit, quàm quæ nunquam competiit. Nec ideò datur, vt noceatur ei, contra quem datur. ſed, quod longè diuerſum eſt, vt non faciat lucrum ex dolo alieno, actor verò damnum. Dolus enim vnius alteri non magis prodeſſe debet, quàm nocere: vt dixi ad *leg. 2. ſupr.* Si tamen is, qui dolum fecit ſoluendo ſit, non eſt reſtituenda actio. quoniam reſtitutionis æquitas nulla eſt, cum aliunde indemnitati actoris poteſt eſſe conſultum. Ratio dubitandi. Quod ita ergo fiet, vt lucrum ſentiat reus ex dolo alieno. Ratio decidendi. Non eſt abſurdum ſentire quem lucrum ex dolo alterius, niſi cum id lucrum ex alieno damno locupletari nemo debet. *l. nam hoc natura. 14. de con. indeb. l. iure naturæ. 106. de reg. iur.* At in propoſito nullum damnum patitur actor, qui dolum paſſus eſt, ſed cedunt omnia damno eius, qui dolum fecit: in quo nihil eſt iniqui. Sed & quod actor percipit lucrum ex dolo alterius, non fit niſi per conſequentias. Cauſa enim huius lucri immediata eſt lapſus temporis, & natura actionis, quam ponimus fuiſſe temporalem. Non ſolent verò attendi quæ non fiunt niſi per conſequentias. *l. 1 & quod diximus. 7. de auctor. tut. facit l. arbitrio. 18. §. fin. de dolo.*

2 ¶ Si & ſtipulator dolo Titij, & promiſſor dolo Mæuij impeditus fuerit [f], quominus in iudicio ſiſtatur: vterque aduerſus eum: cuius dolo impeditus fuerit, actione in factum experietur.

Ad §. 2. Si & ſtipulator dolo Titij.

Ratio dubitandi. Cum neque actor, neque reus iudicio ſiſti potuit, neutrius intereſſe videtur, quia neuter poteſt alteri quicquam imputare, præſertim cùm aliorum dolo id vtrique contigit. Ergo neutri danda eſt hæc actio, quæ non datur, niſi ei cuius intereſt. *lege proximè ſuprà.* Ratio decidendi. Imò intereſt vtriuſque litem inſtitutam citò terminari. *lege 1. Codice de adminiſtratione tutorum.*

3 ¶ Si & ſtipulator dolo promiſſoris, & promiſſor dolo ſtipulatoris impeditus fuerit quominus ad iudicium veniret: neutri eorum prætor ſuccurrere debebit, & ab vtraque parte dolo compenſando.

Ad §. 3. Si & ſtipulator dolo promiſſoris.

Ratio dubitandi. Nunquam impunitus manere dolus debet, ſed cuique ſuus nocere. *leg. ſi ex duobus 15. de tutel. & rat. diſt.* adeò vt nec valeat pactio. Ne de dolo agatur. *l. contra iuris 27. §. illud nulla de pact.* Ergo doli compenſatio facienda non eſt. Ratio decidendi. Non remanet impunitus dolus, qui cum dolo compenſatur. Facit enim vt amittatur actio, quæ aduerſus alium de dolo, vel propter dolum competeret. Itaque in perſona vtriuſque dolus vindicatur, quoties dolus cum dolo compenſatur. Eáque ſententia eſt eius, quod dici ſolet, Paria delicta tolli mutua compenſatione *l. viro. 39. l. cùm mulier. 47. ſolut. matr. ſcilicet inter eos qui deliquerunt. l. ſi duo 36. de dolo l. domum 57. in fin. de contrah. emp. l. ita nobis. 28. C. de adul.* Sed quod ad vindictam publicam attinet, huiuſmodi compenſatio non eſt admiſſa. *l. 2. §. qui hoc dicit l. ſi vxor. 13. §. iudex adulterij ad l. Iul. de adult. l. ſi quis reus 5. de publ. iud.*

4 ¶ Si à fideiuſſore quinquaginta ſtipulatus fuero, ſi in iudicium reus non venerit petiturus à reo centum, & dolo malo Sempronij factum fuerit, ne in iudicium reus veniat: centum à Sempronio conſequar: tanti enim mea intereſſuiſſe videtur: quia ſi veniſſet in iudicium, actio mihi centum aduerſus reum, vel aduerſus heredem eius competebat: licèt fideiuſſor minorem ſummam mihi promiſerit.

captauerit, ne in ius veniret. Iuſta enim & honeſta cauſa eſt muneris pro republica obeundi. Et ideò etiamſi iurato promiſiſſet, tamen peierasse non videretur. *l. vlt. ſupr. qui ſatiſd. cog.*

2 ¶ Simili modo & ſi ad teſtimonium deſideratus, ad iudicium occurrere non potuit erit ei ſubueniendum.

Ad §. 2. Simili modo.

Ratio dubitandi. Qui litigandi cauſa neceſſe habet in iure ſiſti, non poteſt in ius vocari. *l. 4. in princip. ſup. de in ius voc.* multò minùs ad dicendum teſtimonium euocari. Nec enim temerè, aut cum damno ſuo, vel incommodo teſtes euocandi ſunt. *l. 3. §. vlt. de teſtib.* Ergo non eſt hæc bona excuſatio, quominùs in ius venire aut iudicio ſiſti quis debuerit. Ratio decidendi. Officium teſtis non debet ei eſſe damnoſum. *l. ſed ſi quis 7. infr. teſt. ain. quem aper.* Nec enim poteſt imputari ei qui paruit ius dicenti, cui parere neceſſe habuit. *l. non videtur. 16. §. 1. l. ii damnum. 169. de reg. iur. leg. ſi quis id quod. 7. de iuriſd. & leg. 4. in fin. princ. de aqua pluu. arc.* Nempe, [illegible] dole malo in ea re factum proberit. Semper enim de his excipiendus eſt, puta ſi cùm poſſet, & deberet ſe excuſare a dicendo teſtimonio maluit ire quàm adferre excuſationem. Qui ergo ſi allegatam ab eo excuſationem tollam iudex reiecerit: Non erit imputandum ei quod non prouocauerit, tametſi prouocare potuerit. *l. au præ. or. 7. §. permittitur. de minor.*

3 ¶ Si quis iudicio ſe ſiſti promiſerit: & valetudine, vel tempeſtate, vel vi fluminis prohibitus ſe ſiſtere non poſſit: exceptione adiuuatur, nec immeritò. cùm enim in tali promiſſione præſentia opus ſit [e], quemadmodum potuit ſe ſiſtere qui aduerſa valetudine impeditus eſt? & ideo etiam lex duodecim tabularum [f], ſi iudex, vel alteruter ex litigatoribus morbo ſontico impediatur, iubet diem iudicij eſſe diffiſum.

Ad § 3. Si quis iudicio.

Ratio dubitandi. Vel poſſibile fuit hunc ſe ſiſtere, vel impoſſibile. Si poſſibile, eſt quod ei imputetur, proinde nulla exceptione adiuuandus eſt. Si impoſſibile, certum eſt nullam eſſe impoſſibilium obligationem. *leg. impoſſibilium 185. de reg. iur.* Ergo ipſo iure ſtipulationem non committi, neque neceſſariam eſſe exceptionem. Ratio decidendi. Inter præciſam impoſſibilitatem, & commodam poſſibilitatem medium eſt, difficultas ſcilicet magna, quæ & proximè ad impoſſibilitatem accedat, & à caſu aliquo fortuito cauſam habeat. Huiuſmodi porrò difficultas licèt neque obligationem impediat, neque exceptionem præbeat, ſi iam ſtipulationis tempore nata erat *l. continuus. 137. §. illud. in fin. de verborum obligatione.* ſi tamen poſt ſtipulationem ſuperueniat, inducit officium prætoris, ad exceptionem ex æquitate indulgendam. *leg. ſi eum. 38. in fin. ex quib. cauſ. maior. l. vlt. § 1. in fin. ad l. Rhod. de iact. l. non ſolùm autem. 10. § 1. fin. & l. ſeq. de excuſ. tutor.* Nam quæ de nouo emergunt ſemper nouo indigent auxilio. *l. de ætate. 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.*

e *Præſentia opus ſit.* Ratio dubitandi. Non aliter mittitur actor in poſſeſſionem bonorum eius, qui iudicio ſe ſiſtere debuit, quàm ſi is neque poteſtatem ſui faciat, neque ab alio defendatur. *leg. 2. in principio quibus ex cauſis in poſſ. eat.* Ergo etiam per alium defendi. Ratio decidendi. Poteſt quidem defendi per alium, atque ita impediri miſſio in poſſeſſionem bonorum eius. Sed non poteſt ſe ſiſtere per procuratorem, vt impediat ne ſtipulatio Iudicio ſiſti committatur. Factum enim ipſius perſonale, & perſonaliſſimum continet ſtipulatio.

f *Et ideo etiam lex 12. tab.* Non eſt bona conſecutio, inquies, ſi quis dicat Lex 12. tab. hoc fecit. Ergo & prætor facere poterit. Nec enim prætor potuit facere legem. *§. quos autem inſtit. de bonor. poſſ.* Sed is Vlpiani ſenſus eſt. Quod lex 12. tabul. fecit., quæ vt plurimum ea ſectatur, quæ ſummo & ſtricto iuri magis, quam æquitati conueniunt. Id multò magis poſſe & debere prætorem facere in danda exceptione, cùm ſit ipſe cuſtos æquitatis. Nam & legis voluntatem ſubſequi poteſt. *leg. pater 10. de capt. & poſtlim.*

4 ¶ Si non propter valetudinem mulier non ſteterit iudicio, ſed quòd grauida erat: exceptionem ei dandam Labeo ait, ſi tamen poſt partum decubuerit [g], probandum erit quaſi valetudine impeditam.

Ad §. 4. Si non propter valetudinem.

Ratio dubitandi. Mulier quæ grauida eſt non eo minùs ſana eſt. *l. quæritur 14. §. 1. de ædil. edict.* Ergo non debet adiuuari exceptione, quaſi valetudine ſit impedita. Ratio decidendi. Non adiuuatur quaſi impedita valetudine ſed quaſi prægnans: Nam & alijs pleriſque caſibus mulieri prægnanti ſuccurritur, non propter ipſam, ſed propter partum ne periclitetur. *l. imperator. 18. de ſtat. homin.* nec ſolùm viuæ, ſed quod magis eſt etiam mortuæ. *l. 2. de mort. infert.* Iunge *l. 3. de pœnis.*

g *Si poſt partum decubuerit.* Ratio dubitandi. Mulier, quæ poſt partum decumbit non minùs, imò magis ſana eſt, quàm ante partum. Ergo ei neque tanquam prægnanti, neque propter valetudinem ſuccurrendum eſt. Ratio decidendi. Non potuit parere ſine dolore, Proinde quod poſt partum per dies aliquot decumbere cogitur, meritò valetudini accepto ferendum eſt.

5 ¶ Idem eſt, & ſi qui furere cœperit: nam qui furore impediatur, valetudine impeditur.

Ad §. 5. Idem eſt & ſi quis.

Ratio dubitandi. Furor non tam corporis quàm animi morbus eſt, vt & dementia. *l. 1. §. apud Vitianum. l. ob quæ vitia. 4. de ædil. edict.* Ergo non impedit, ne furioſus poſſit ſe ſiſtere. Ratio decidendi. Morbus quidem eſt animi, ſed qui corpus quoque afficit, cùm furioſus non ſolùm intelligere, ſed neque ſentire videatur. *l. ſi tibi 8. § pen. de opt. leg.* Nec præſentia eius, qui iudicio ſiſti promiſit, ideo requiritur, vt adſit tantùm corpore, ſed maximè vt id agat apud prætorem, quod agendum eſt. Furioſus autem nihil agere poteſt, ne quidem curatore autore. *l. in negotijs. 5. de reg. iur.*

6 ¶ Quod diximus, ſuccurri etiam rei, qui tempeſtate, aut vi fluminis prohibitus non venit tempeſtatem ſic intelligere debemus, ſiue maritima, ſiue terreſtris ſit tempeſtatem intelligere debemus talem quæ impedimento ſit itineri, vel nauigationi.

Ad § 6. Quod diximus, ſuccurri.

Ratio dubitandi. Vix poteſt tempeſtas terreſtris tanta eſſe, vt itineri ſit impedimento: quomodo facilè ac plerumque tempeſtas maritima impedimento eſt nauigationi

tus, *l. vlt. quod met. cauſ.* vel ſi nihil poſſit ei imputari, æquum tamen non eſt iniuriam quæ ſit ei à priuato, ſtipulatorem contingere. *l. exceptione. 67. de fideiuſſ.* Nam nec ſi à magiſtratu facta eſſet, alij tamen nocere deberet, quàm cui nocere magiſtratus voluiſſet. *l. ſi per imprudentiam. 51. de euict. l. argentarius. 10. §. cùm autem de edend.* Itaque quod hic dicitur, dandam eſſe exceptionem reo, qui à magiſtratu retentus fuit, intellige ſi non per magiſtratus iniuriam retentus ſit, quod tamen in dubio nunquam præſumitur. *l. nec magiſtratibus. 32. & l ſeq. de iniu.*

13. PAVLVS libro 69. ad Edictum.

SEd actio ei datur aduerſus eum, qui detinuit, in id quod eius intereſt.

Ad l. Sed actio ei datur 3.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *legem 2. §. ſi reus. de eo per quem fact. erit. & ad § vlt. in fin. l. proxim. praced.*

4. VLPIANVS libro 74. ad Edictum.

SEd & ſi quis rei capitalis antè condemnatus, iudici ſiſtere ſe non potuit: meritò huic ignoſcitur. ¶ Rei capitalis condemnatum accipere debemus qui morte, exilióve [d] coërcitus eſt. ¶ Dixerit aliquis, quo ergo hæc exceptio damnato: ſed reſpondebitur, fideiuſſoribus eius [e] eſſe neceſſariam: aut ſi fortè in exilium, ſalua ciuitate [f], abiit. vbi defenſori eius [g] exceptio iſta proderit?

Ad l. Sed & ſi quis rei capitalis. 4.

Ratio dubitandi. Hic cauſam præſtitit ne in ius venire potuerit, quia deliquit. Ergo non eſt adiuuandus. *l. 1. §. vltim. ſupr. leg. Papinian. 20. de min.* Ratio decidendi. Nihil commune habet delictum, aut pœna delicti, cum promiſſione iudicio ſiſti, vt dixi ad *d. §. vlt.* Et ſufficit vt nihil poſſit imputari cur non ſteterit, licèt impedimentum ex rei delicto proficiſcatur.

d *Qui morte exilióve.* Sunt tamen etiam aliæ capitales pœnæ, de quib. *in l. capitalium. 28. de pœn.*

e *Fideiuſſoribus.* Ratio dubitandi. Non poteſt fideiuſſor habere exceptionem ex perſona rei, quæ ipſi reo non competat. *l. exceptiones 7. de excep.* At qui non poteſt reus capitalis criminis damnatus habere exceptionem, quia nec conueniri poteſt. *l. tutelas. 7. §. vltim. de c. minut. l. vlt. in fin. quæ in fraud. credit.* Eius enim eſt excipere, qui conuenitur. *l. 2. de except.* Ratio decidendi. Vt exceptio fideiuſſori detur, non eſt neceſſe, vt ea reus vtatur, ſed ſufficit quòd vti poſſet, ſi conueniretur. Nam etſi vti nollet ea tamen reus fideiuſſori non noceret. *l. vlt. de pact.* In propoſito autem eſſet reus habiturus exceptionem, ſi poſſet conueniri, & conueniretur. Dices, liberato per pœnam reo, fideiuſſores quoque liberatos intelligi debere, cùm obligatio ipſorum non ſit niſi acceſſoria. Reſpondeo neminem ex pœna ſua poſſe conſequi liberationem, multò minus eam poſſe acquirere fideiuſſoribus ſuis, qui non aliam ob cauſam accipiuntur, quàm vt in hunc ipſum euentum creditor ſit ſecurus. *§. vltim. Inſtitut. de replicat.* Nam etſi reus ſine herede decederet, fideiuſſores tamen non eò minus actione ex ſtipulatu ſaltem vtili tenerentur. *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fine de ſolut.*

f *In exilium ſalua ciuitate.* Hæc relegatio non deportatio eſt. *l. 4. de pœn.* Quid ſi quis fuerit deportatus ſaluis bonis? Adhuc poterit conueniri, ſed actione vtili, non directa, cùm ciuis eſſe deſierit. *l. relegatus. 14. §. vlt. de interd. & releg.* Proderit ergo eo caſu exceptio & reo, & fideiuſſoribus.

g *Defenſori eius.* Ratio dubitandi. Defendere eſt eandem vicem, quam reus ſubire. *leg minor. 51. §. 1. de procurat.* Ergo nemo poteſt in ciuitate defenſor eſſe illius, qui ipſe in ciuitate eſſe, & ſeipſum defendere non poteſt.

Ratio decidendi. Imò ob hanc ipſam cauſam maximè neceſſarius vſus eſt defenſorum, vt ciues, qui ſeipſos defendere non poſſunt, ſaltem per alios defendantur: nam & procuratores conſtituere poſſunt. *leg. Papinianus 20. de minor.*

1 ¶ Illud ſciendum eſt: eum, qui idcirco non ſtetit, quia capitis reus factus eſt, in ea cauſa eſſe, vt exceptione vti non poſſit: damnato enim datur. ¶ Planè ſi vinculis vel cuſtodia militari impeditus ideó non ſtetit: in ea erit cauſa, vt exceptione vtatur.

Ad §. 1. Illud ſciendum eſt.

Ratio dubitandi. Qui capitis reus factus eſt, excuſandus eſt, ſi de alio iudicio non cogitat, quàm in quo videt agi de ſuo capite, quod iudicio fortunæ ſit commiſſum, vt loquitur. *l. ſeruus 15. de ſtat. hom.*

Ratio decidendi. Etiam reus capitis poteſt in alio iudicio ſe ſiſtere: Ergo non eſt ei danda exceptio, quæ damnato datur. Damnatus enim iudicio adeſſe non poteſt, etiamſi maximè velit, idéóque mera impoſſibilitas illa eſt. Excipitur tamen reus capitis, qui ex ea cauſa vel in cuſtodia militari, vel in vinculis detinetur. Hic enim non magis poteſt in iudicio ſiſti, quàm ſi eſſet damnatus. *l. 2. C. quib ex cauſ. maior. dixi ad l. 2. §. vlt. ſupr.*

2 ¶ Præterea ſi funere quis domeſtico impeditus non venit, debet ei exceptio dari.

Ad §. 2. Præterea ſi funere.

Ratio dubitandi. Nulla neceſſitas, nedum impoſſibilitas eſt, quæ prohibeat venire in ius eum, qui ſe domeſtico funere impeditum dicit: ſibique debet imputare cur funus ducere maluerit, quia id maluiſſe videtur. argum. *leg. ſi patre 22. de rit. nupt.* Ratio decidendi. Quod honeſtè facere non poſſumus, id nec facere poſſe credimur. *l. filius, qui fuit 15. de condic. inſtit.* Nemo autem poteſt honeſte deferre ducendi funeris familiarem occaſionem. Quid enim inhumanius, quam ſi honor hic non habeatur ſepulturæ, cui debetur in memoriam humanæ conditionis? *l. quidam in ſuo 27. de condic. inſtitut.* Ergo ex hac cauſa etiam exceptio danda eſt reo. Nam nec in ius vocari poteſt, qui funus familiare ducit, non magis, quam qui iuſta motiuo facit. *l. 2. in fin. de in ius voc.*

3 ¶ Item ſi quis in ſeruitute hoſtium fuerit, ac per hoc in iudicium non ſtetit: debet exceptione adiuuari.

Ad §. 3. Item ſi quis in ſeruitute.

Ratio dubitandi. Qui in ſeruitute apud hoſtes fuit, vel rediit ab hoſtibus, vel non rediit, ſi rediit, ſemper in ciuitate fuiſſe intelligitur, nunquam in ſeruitute propter

poſtliminij fi[...] uem. *l. pen. de ſuis & legit.* ſi verò apud hoſtes vel deceſſit, vel viuit [...] eſt, cùm certa ſit ſeruus eon[...] non poteſt, nec proinde vlla indiget exceptione. Ratio decidendi. Hic locus intelligitur de eo, qui rediit ab hoſtibus, ſed poſt elapſum tempus, intra quod ſiſti debuit ex promiſſione, quam fecerat ante captiuitatem. Huic enim neceſſaria eſt exceptio, cùm ſtipulatio commiſſa ſit. Eſt autem danda, quia fictio poſtliminij, licet deleat memoriam captiuitatis, quantum ad ea omnia, quæ ſunt iuris, ad ea tamen non pertinet quæ ſunt facti. *l. 1. demque 19. ex quib. cauſ. maior.* in quo genere eſt, ad certã diẽ ſiſti, quẽ, vel non ſiſti, *l. quoties quu. 81. de verb. obl.*

4 ¶ Quæſitum eſt, an poſſit conueniri: *ne vlla exceptio in promiſſione deſerta iudicio ſiſtendi cauſa facta obijciatur:* & ait Atilicinus conuentionem iſtam non valere. ſed & ego puto conuentionem ita valere, ſi ſpecialiter cauſæ exceptionum [h] expreſſæ ſint, quibus à promiſſore ſponte renuntiatum eſt.

Ad §. 4. Quæſitum eſt.

Ratio dubitandi. Pacta quæ non ſunt contra leges, neque contra bonos mores ſeruanda ſunt. *l. iuriſgentium. 7. § ait prætor de pact.* Ratio decidendi. Cùm exceptiones omnes dentur ex æquitate non poteſt non iniquum eſſe pactum, per quod omnibus exceptionibus ex æquitate dandis via præcluditur. Placuit enim æquitatis maiorem ſtricti iuris rationem in omnibus eſſe oportere. *l. placuit. 8. Cod. de iudic. l. in omnibus. 90. de reg. iur.* Maximè verò in prætoriis ſtipulationibus, quia recipiunt interpretationem ex mente prætoris, quæ ſemper illa eſt, ne quid contra æquitatem fiat. *l. in conuentionalibus. 52. de verbor. obligat.*

h *Si ſpecialiter cauſæ exceptionum.* Ratio dubitandi. Quod generaliter fieri non poteſt, multò minus fieri poteſt expreſſim, & ſpecialiter. Dici enim ſolet expreſſa nocere non expreſſa non nocere. *l. nonnunquam. 52. de condit. & demonſtr. l. expreſſa. 195. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Cùm expreſſæ ſunt cauſæ exceptionum, quibus promiſſor ſponte renunciat, non tam autoritas prætoris, aut fauor æquitatis, quàm ius promiſſoris diminuitur. Permiſſum enim eſt cuilibet ſui iuris perſecutioné, aut ſpẽ futuræ ſiue perceptionis, ſiue exceptionis deteriorem conſtituere. *l. pactum inter. 46. de pact. l. pen. C. eod.* Sed omnium in genere exceptionum viam ſibi per ſtipulationem præcludere non licet. *l. fluminum. 24. §. Caſſius de dam. infect.*

5 ¶ Item quæritur, ſi quis, cùm iudicio ſiſtendi cauſa ſatiſdare non deberet, ſatiſdato promiſerit, an fideiuſſoribus eius exceptio detur. Puto intereſſe, vtrùm per errorem ſatiſdato promiſſum eſt, an ex conuentione: ſi per errorem, dandam fideiuſſoribus exceptionem: ſi ex conuentione [i], minimè dandam. Nam & Iulianus ſcribit, ſi iudicio ſiſtendi cauſa pluris, quàm ſtatutum eſt [k], per ignorantiam promiſſum fuerit: exceptionem dari debere, ſi autem ex conuentione tantæ ſummæ promiſſio facta ſit: exceptionem, pacti conuenti replicatione, infirmandam Iulianus ait.

Ad §. 5. Item quæritur.

Ratio dubitandi. Prætor eos, quos ſatiſdare non cogit, non tamen prohibet ſatiſdare. Aliud enim eſt non poſſe quem aliquid facere. Aliud verò non cogi. *l. damni infecti 43. §. cùm parietem de dam. infect.* Ergo fideiuſſores ab eo dati, qui ſatiſdare non cogebatur, omnimodo conueniri poſſunt. Ratio decidendi. Quod per errorem factum eſt vel conſenſum nullum habet. *l. ſi per errorem 25. de iuriſd. ſed & hoc 20. de aqua pluu. arc.* vel ſaltẽ cauſam nullam. Vnde eſt quod ex hac cauſa ſolet competere condictio indebiti ſoluti, *tot. tit. de cond. indeb* Multò igitur magis poteſt is error inducere exceptionem. Sed an error iuris, an facti? Vterque ni fallor proderit. Non enim hoc in caſu error iuris tam prodeſt, quàm non nocet. *l. error facti 8. de iur. & fact. ignor.* Nec enim quicquam lucratur is, cuius fideiuſſores exceptionem habituri ſunt, niſi quod fideiuſſoribus ſuis ex cauſa mandati non tenebitur.

i *Si ex conuentione.* Ratio dubitandi. Fideiuſſio non fit ſine ſtipulatione. *l. ſtipulationum 5 §. ſatis acceptio. de verb. oblig. l. blandius 12. Cod de fideiuſſ.* Ergo nunquam eſt ſine conuentione. Ratio decidendi. Nulla conuẽtio eſſe intelligitur, vbi error eſt, quia error impedit conſenſum, ex quo omnis conuentio æſtimatur. *l. quæcunque. 11. & l. in omnibus 57. de oblig & act.*

k *Pluris quàm ſtatutum eſt.* Ratio dubitandi. Tanti videntur litigatores rem æſtimaſſe, quantùm in conuentionem deductum eſt, ne cogerentur diſputare, quanti actoris intereſſet ex conſ[...] 10. *I.C. in l. vlt. de præt. ſtipul.* Ergo condemnandus omnimodo eſt promiſſor ad taxatam quantitatem. Ratio decidendi. Nemo ex edicto cogitur ſatiſdare ſupra veram quantitatem, id eſt, ſupra id quod re vera intereſt actoris *l. 2. §. vlt. ſupr. qui ſatiſd. cogant.* Et quantuis poſſit id, quod intereſt taxari à litigatoribus ad certam vſque quantitatem, quæ excedat id quod re vera intereſt, eáque conuentio ſeruanda ſit, ſi conſultò, & citra errorem facta ſit: ſi tamen error aliquis, vel ignorantia in eo interuenerit, æquum eſt ſuccurri promiſſori eiuſque fideiuſſoribus per exceptionem: quia vt dixi, neque error neque ignorantia conſenſum habet. *dict. leg. ſi per errorem 15. de iuriſd.* Eadémque diſtinctio admitti debet in ſpecie. *l. damni infecti 43. §. cùm parietem de damn. infect.* In propoſito tamen ponendum eſt non à litigatoribus, ſed à prætore ipſo ex conſenſu tamen litigatorum ſtatutam fuiſſe certam quantitatem, ad quam vſque promittere reus deberet: cùm huiuſmodi ſtipulatio interponatur ex autoritate prætoris. Ideoque ſi per errorem aliquid promiſſum ſit, ſupra quantitatem a prætore ſtatutam. danda eſt reo exceptio ſine replicatione. Si verò id conſultò factum ſit, non eò minùs quidem danda eſt reo exceptio, ne prætoria ſtipulatio contra formam à prætore ipſo ſtatutam interpoſita defendatur. Sed tamen elidenda erit illa exceptio per replicationem iuſti pacti conuenti, vt lex ait, quia iuſſum prætoris tacitam eam conditionem habere intelligitur, Niſi aliud inter litigatores conuenerit. *leg. de die ponenda 8. in pr. ſup. qui ſatiſdare cog. l. 1. §. inde quæritur. de oper. noui nunciat. l. damni infect. 44. §. cùm parietem de damn. infect.*

5. PAVLVS libro 69. ad Edictum.

SI duo rei ſtipulandi ſunt: & vni debitor iudicio ſe ſiſti cum pœna promiſerit, alter autem impedierit, ita demum exceptio aduerſus alterum danda eſt, ſi ſocij ſint: ne proſit ei dolus propter ſocietatem.

Ad

Ad l. ſi duo rei 5.

Ratio dubitandi. Suus cuique dolus nocere debet non alteri. *leg. ſi quis à debitore 9. quæ in fra. cred. l. electio 26. §. fin. de noxal act. leg. ita demum 31. de arbitr.* Ergo dolus vnius ex correis alteri nocere non debet. Ratio decidendi. Nec illud quoque æquum eſt, dolum correi prodeſſe correo propter ſocietatem: cùm doli ſocietas nulla ſit. Prodeſſet autem in propoſito ſi ex dolo vnius ex correis non daretur exceptio contra correum, qui dolo malo impediuiſſet promiſſorem, ne iudicio ſiſteret. Generaliter enim verum eſt etiam inter eos, qui non ſunt correi, dolum vnius alteri prodeſſe non debere. *leg. 2. ſup. de eo per quem fact. erit.*

1 ¶ Item ſi duo rei promittendi ſint, & vnus ad iudicium non venerit, contempta ſua promiſſione iudicio ſiſtendi cauſa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero pœnam deſertionis: petendo pœnam exceptione ſummouebitur.

Ad §. 1. Item ſi duo rei.

Ratio dubitandi. Licèt plurium correorum debendi vna tantùm ſit obligatio. *l. 2. 3. & paſſ. de duob. reis.* nihilominus in cuiuſque perſona propria ſingulorum obligatio conſiſtit. *l. eandem rem 9. §. vlt. eod. tit.* Nec culpam vnius alter præſtare debet, etiamſi ſint ſocij, ſed ita demum, ſi communis culpa fuit *d. l. eandem rem 9. § pen. in fin.*

Ratio decidendi. Ea eſt conditio obligationis correorum, vt ſinguli in ſolidum debeant, quod omnes debent ideóque vno ſoluente cæteri ipſo iure liberentur. *d. l. 2. & 3. in princ. & §. 1. de duob. reis.* Cùm igitur pœna, quæ ex hac cauſa debetur, non ſit niſi loco eius quod intereſt. *l. vlt. de prætor. ſtipul.* conſequens fit, vt exceptione repelli debeat is, qui vtrunque conſequi velit. *l. ſi quis dolo 51 §. 1 de re iudic.* Nec diſtinguimus hoc caſu, vt in ſuperiore, an correi ſocij ſint. Tunc enim diſtinctio illa neceſſaria eſt, cùm extrinſecus aliquid accidit, non cùm obligatio correorum naturaliter, & legitimis modis diſſoluitur.

2 ¶ Æquè ſi à patre facta fuerit promiſſio iudicio ſiſtendi gratia ex filij contractu, ſi deinde de re actor egerit cum filio: exceptione ſummouebitur, ſi cum patre ex eius promiſſione agat. Et contrà idem erit, ſi filius promiſerit, & actor egerit cum patre [1] de peculio.

Ad §. 2. Æquè ſi à patre.

Ratio dubitandi. Qui cum filio familias contrahit duos habet debitores, filiumfamilias in ſolidum patrem verò de peculio. *l. ſi quis cum filiofamilias 44. de pecul.* ac proinde alia patris, alia filij obligatio eſt. Ergo non debet is, qui ex ſtipulatione ſua conuenitur, ob id ſolùm liberari, quòd alius propria actione conueniatur. Ratio decidendi. Licèt alia ſit actio, quæ contra patrem datur: alia, quæ contra filium, tamen vnum debitum eſt, cuius nomine ſi contra alterutrum actum ſit, alter ipſo iure liberatur. Non enim ideò duplex actio datur creditori, vt poſſit vtraque experiri, ſed vt habeat eligendi facultatem vtrà experiri malit. vt in *leg. cum filius 76. §. variis de leg. 2.* Quòd olim ferè perpetuum fuit ante *leg. vltim. Cod. de fideiuſſ.*

1 *Egerit cum patre.* Ratio dubitandi. Pater non tenetur in ſolidum ex contractu filij, ſed tantùm de peculio *tot. tit. de pecul.* Ergo etiamſi cum patre actum ſit, non ideò tamen liberari filius debet, nec eius fideiuſſores, niſi pro ea quantitate, quàm à filio actor ſit conſecutus.

Ratio decidendi. Imputare ſibi debet actor, cur cum patre maluerit agere, quam cum filio, cùm poſſet eligere filium ſi voluiſſet.

6. Gaivs libro 1. ad legem duodecim Tabularum.

SI is, qui fideiuſſorem dedit, ideò non ſteterit, quòd reipublicæ cauſa abfuit: iniquum eſt fideiuſſorem ob alium neceſſitate ſiſtendi obligatum eſſe, cùm ipſi liberum eſſet non ſiſtere.

Ad l. Si is qui fideiuſſorem 6.

Ratio dubitandi. Exceptiones perſonæ cohærentes ad fideiuſſores non tranſeunt. *leg. exceptiones 8. de except.* Atqui exceptio, quæ danda eſt reo qui reipublicæ cauſa abfuit, perſonalis eſt, vt apparet. Ergo fideiuſſori prodeſſe non debet. Ratio decidendi. Apertè iniquum eſt fideiuſſorem obligatum eſſe neceſſitate ſiſtendi ob alium, cui ipſi liberum fuit non ſiſtere. Non enim tenetur, niſi ex non facto eius, qui iudicio ſiſti debuit: quod, ſi in perſona ipſius qui ad factum obligatus fuit, impunitum eſt, multò magis impunitum eſſe debet in perſona fideiuſſoris: ne alioquin ille contra iuris regulas in duriorem cauſam acceptus videatur. *leg. græcè 8. § illud de fideiuſſor.* Iuſta autem cauſa eſt non ſiſtendi: ſi quis abſit reipubl. cauſa. *l. prox. infr.*

7. Pavlvs lib. 69. ad Edictum.

SI quis ſeruum in iudicio ſiſti promiſerit, vel alium, qui in aliena poteſtate eſt: iiſdem exceptionibus vtitur, quibus, ſi pro libero, vel patrefamilias fideiuſſit: præter quam ſi Reipublicæ cauſa abeſſe diceretur ſeruus. nam ſeruus Reipublicæ cauſa abeſſe non poteſt. Præter hanc autem exceptionem, cæteræ, quia communes ſunt, tam in libero homine, quàm in ſeruo locum habent.

Ad l. Si quis ſeruum 7.

Ratio dubitandi. Seruus nullam exceptionem habere poteſt, quia nec cum eo vlla actio eſt. *leg. cum ſeruo 107. de regulis iuris.* Ergo neque is, qui ſeruum iudicio ſiſti promiſit. Ratio decidendi. Eorum quæ facti ſunt, etiam ſerui ſunt capaces. *l. qui heredi 44. de condic. & dem.* Itaque perinde ſeruus atque liber homo impediri poteſt valetudine, aut in fluminis, vel tempeſtatis, aut dolo alterius, ne iudicio ſiſtatur. Ex his igitur cauſis æquè fideiuſſori danda eſt exceptio, ac ſi liberum hominem ſiſti promiſiſſet. Non tamen ſi reipubl. cauſa ſeruus abeſſe dicatur, quia id fieri non poteſt. Ponendum autem eſt hunc fideiuſſorem non à ſeruo datum eſſe, ſed à domino ſerui, ſiue de peculio, ſiue noxali actione, ſiue in ſolidum conuenti. *l. ſi ſeruus 9. & quotiens 13. ſ. hoc tit.*

8. GAIVS libro 29. ad Edictum Prouinciale.

ET ſi poſt tres, aut quinque, pluréſve dies, quàm iudicio ſiſti ſe, reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum ſit: conſequens eſt, diei defendi eum debere per exceptionem.

Ad l. Etſi poſt tres 8.

Ratio dubitandi. Quod intra certam diem fieri debuit, ſi factum non ſit, certum eſt amplius fieri nunquam poſſe: quia tempus præteritum recurrere impoſſibile eſt. *l. Tuas ancilla 41. §. intra de fideic. libert.* Ergo ſemel cõmiſſa pœna poſtea reſolui aut euaneſcere non poteſt, quia ſemper verum erit, intra tempus conſtitutum non fuiſſe factum, quod fieri debuit. *l. Celſus ait 23. de recep. qui arbitr.*

Ratio decidendi. In conuentionalibus quidem ſtipulationibus ita eſt, ſed non in prætoriis, quæ interpretationem recipiunt ex mente prætoris. *l. in conuentionalibus 52. de verborum obligatione.* cuiuſmodi iſta eſt. Prætor autem, cùm hanc ſtipulationem interponi iubet, non id agit, vt promiſſorem damno afficiat, ſed vt ſtipulatorem indemnem ſeruet, damnum autem vel nullum, vel certè non magnum eſt in mora tam modici temporis *l. ſi debitori meo 21. de iudic. iunct. l. 4. de reſt. in integ.* Nam ſi actoris ius ex mora illa, vel vnius diei, factum eſſet deterius, putà completa vſucapione rei quæ petebatur, vt in *l. deperditum 21. de pet. hered. l. ſi poſt acceptum 18. de rei vind.* aliud ſanè eſſet. Sed & interdictum in conuentionalibus ſtipulationibus idem obtinet, vt paucorum dierum mora non noceat, cùm tempus in obligatione tantùm fuit, non etiam in conditione. *l. ſi ita quis 135. §. 1. de verb. oblig.* Nam mora quæ facta eſt in conditione aliqua implenda purgari nunquam poteſt, ſi ſtipulatio conuentionalis fuit. Ad hanc verò re nihil pertinet. *l. quod dicimus 105. de ſol.*

9. VLPIANVS libro 77. ad Edictum.

SI ſeruus iudicio ſe ſiſti promittat: non committitur ſtipulatio, neque in eum, neque in fideiuſſores eius.

Ad l. Si ſeruum 9.

Ratio dubit. Seruus & promittendo & aliis modis poteſt ſaltè naturaliter obligari. *l. nec ſeruus 41. de pecul.* Ergo & fideiuſſorẽ dare, cùm obligationi omni accedere poſſit fideiuſſor, etiã naturali. *l. 1. l. poteſt 4. l. fideiuſ. 16. §. fideiuſ. accip. de fideiuſſ.* Rat. dec. Seruus neque cõueniri, neque cõuenire poteſt: Ergo neque ſe obligare, vt iudicio ſiſtat. *l. quoties 13. ff.* Is enim demũ obligatur ex hac ſtipulatione qui ex ea cõueniri poteſt apud prętorẽ. Eum verò, qui conueniri non ipſe poſſet, nec fideiuſſorẽ ex hac cauſa dare prætor patitur, quia vbi principalis ſtipulatio inutilis eſt, nec fideiuſſoria, quę acceſſoria eſt, poteſt ſubſiſtere *l. nihil 129. §. 1. l. cũ principalis 178. de regulis iuris.* Si quis tamen pro ſerui domino fideiuſſerit ſeruum iudicio ſiſti, rectè obligatur. *leg. ſi quis ſeruum 7. ſup. h. tit.* Quid ſi ſeruus iudicio alium ſiſti ſatis acceperit? Valet ſatis acceptio, quia licèt ſeruus ex ea ſtipulatione non poſſit agere, eius tamen dominus agere poteſt. *l. 4. de diuerſ. temp. præſcript.*

1 ¶ Si plurium ſeruorum nomine, iudicio ſiſtendi cauſa, vna ſtipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licèt vnus ſtatus non ſit, [a] Labeo ait, quia verum ſit, omnes ſtatos non eſſe [b]: verùm, ſi pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vſurum [c] eum, qui ex hac ſtipulatione conuenitur.

Ad §. 1. Si plurium ſeruorum.

Ratio dubitandi. Non poteſt dici in totum non ſatisfeciſſe promiſſioni eum, qui ex pluribus ſeruis, quos iudicio ſiſti promiſerat, aliquos ſtetit: Ergo pœna non poteſt integra committi.

Ratio decidendi. Committitur pœna integra, quia ſignificatio huius promiſſionis ex vniuerſo ſumitur: in quo ſi quid falſum eſt, falſam efficit totam orationem. Verum enim eſt non omnes ſtatos eſſe, licèt quidam ſtati ſint, ac ſi promiſſum eſſet, ſi aut Stichum, aut Damam, aut Herotem non ſtiteris, decem dari. *l. ſi is qui ducenta 13. §. cum ita. & §. vtrùm de reb. dub.*

a *Licèt vnus ſtatus non ſit.* Mallem legere detracta negatione: Ratio enim dubitandi, quæ his verbis exprimitur non illa erat, quod vnus ſtatus non eſſet, ſed quòd vnus ſtatus eſſet. Ratio autem decidendi è contrario, quòd vnus ſtatus non eſſet. Id enim eſt, quod facit, vt verum ſit omnes ſtatos non eſſe.

b *Omnes ſtatos non eſſe.* Ratio dubitandi. Hæc ſtipulatio non committitur, niſi quatenus intereſt ſtipulatoris, ſi pœna nulla promiſſa ſit. *l. 2. §. vltim. qui ſatiſd. cog. l. qui autem nono 12. § 1. infr. hoc titul.* Atqui nihil intereſt ſtipulatoris, niſi quantùm ad ſeruum, qui ſtatus non fuit: Ergo quantum ad eum, qui ſtatus fuit non poteſt committi ſtipulatio. *l. ſi procurator. 18. rat. rem haber.* Ratio decidendi. Id verum eſſet, ſi pœna promiſſa non eſſet. vt in *d. l. ſi procurator. 18.* Tunc enim non niſi ad id quod intereſt agi poteſt: Nec proinde poteſt committi ſtipulatio ſuprà quàm interſit. At cùm pœna promiſſa eſt, non inſpicimus an, aut quatenus interſit, ſed tantùm quænam ſit quantitas, & conditio ſtipulationis. *l. ſtipulatio iſta. 38 §. alteri de verb. oblig.*

c *Exceptione doli vſurum.* Ratio dubitandi. Non facit dolo, qui iure ſuo vtitur. *l. nullus videtur 55. de regulis iuris.* Hic autem ſtipulator vtitur iure ſuo, cùm pœnam integram petit, licèt non tanti eius interſit: quia cùm pœna adiecta eſt, non quæritur, an aut quatenus interſit, ſed quænam ſit quantitas, & conditio ſtipulationis, vt proximè dictum eſt.

Ratio decidendi. Dolo facit, & contra mentem prætoris ille, qui ex huiuſmodi ſtipulatione vult conſequi pœnam, pro rata eius hominis, qui ſtatus eſt, cùm nihil ſua interſit, quod ad eum attinet. Prætoris verò & contrahentium ea mens fuerit, vt non niſi in vicem eius quod interforet, pœna deberetur. Denique improbus eſt, qui bis idem conſequi velit. *leg. ſi quis dolo 51. §. 1. de re iudic.* Scilicet vnum ex ſeruis ſtatum eſſe, & nihilominus pro eo quoque pœnam deberi. Iunge quæ dixi ad *l. & ſi poſt tres 8. ſup. eod.*

10. PAVLVS lib. 1. ad Plautium.

SI eum iudicio ſiſti promiſero, qui iam tempore liberatus eſſe dicebatur, quia iam actione fortè non tenetur: actio in me danda eſt, vt vel exhibeam eum, vel defendam vt veritas inquiratur.

Ad l. Si eum iudicio 10.

Ratio dubitandi. Nihil omnimò intereſt ſtipulatoris exhiberi & iudicio ſiſti ac defendi eum, qui iam tempore ſit liberatus. Non enim hic ſimilis ſimilis eſt ei, qui nihil habet, ſed ei potius, qui ſatisfecit: cùm habeat, quod obiiciat petitori. *l. ſi pupillus 45. de administr. tutor.* Atqui hæc ſtipulatio non datur ei, cuius nihil intereſt. *l. 2. §. vltim. qui ſatiſd. cog.* Ratio decidendi. Si conſtaret reum tempore liberatum eſſe, vtique id verè diceretur. ſed cùm ex vna parte adfirmatur, ex altera negatur, veritas neceſſariò inquirenda eſt, quæ tamen inquiri non poteſt. quin reus vel defendatur, vel exhibeatur, vt ſe defendat. Ergo vel ob hoc ipſum actio danda eſt in promiſſorem, vt vel defendat ipſe vel exhibeat. Sicuti dicimus, cùm quis ex aliena iuriſdictione in ius vocatur venire, illum omnimodò debere, vel hoc ipſum, vt ſciatur cuius ſit iuriſdictio. *l. 2. ſupr. ſi quis in ius voc. non ier.*

1 ¶ Homo ſiſti promiſſus ante diem dolo promiſſoris periit, certo iure vtimur, non ante pœnam peti poſſe, quàm dies venerit. tota enim ſtipulatio in diem collata videtur.

Ad §. 1. Homo ſiſti promiſſus.

Ratio dubitandi. Cùm homo ſiſti promiſſus, periit ante diem dolo promiſſoris, certum ex eo die eſſe incipit, ampliùs ſiſti eum nunquam poſſe, & nihilominus durare obligationem, ac ſi viueret. Nemo enim dolo & facto ſuo tollere poteſt ſuam obligationem. *l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus. de verb. oblig.* Ergo fruſtrà eſt expectari tempus, quod fuerat in ſtipulatione adiectum, & intra quod ſiſti homo debuerat, ſi vixiſſet, argum. *leg. ſtipulationis 72. §. vlt. eod.*

Ratio decidendi. Tota ſtipulatio in diem collata videtur, id eſt, non minùs quòd ad pœnam, quàm quod ad hominem iudicio ſiſtendum: cùm priùs ſit, vt homo ſiſti debuerit, nec ſtatus ſit, quàm vt eo nomine ſiue ad id, quod intereſt, ſiue ad pœnam agi poſſit. *leg. quotiens quis 81. eod. tit.* Non eſt igitur promiſſor priuandus commodo medij temporis, nec vrgendus ante tempus intra quod noluit poſſe conueniri. *lege ſi ita ſtipulatus 14. eodem.*

2 ¶ Qui iniuriarum acturus eſt, ſtipulatus erat ante litem conteſtatam, vt aduerſarius ſuus iudicio ſiſtat commiſſa ſtipulatione mortuus eſt: non competere heredi eius ex ſtipulatu actionem placuit: quia tales ſtipulationes propter rem ipſam darentur: iniuriarum autem actio heredi non competit: quamuis enim hæc ſtipulatio iudicio ſiſtendi cauſa facta ad heredem tranſeat, tamen in hac cauſa danda non eſt. nam & defunctus ſi vel omiſſa iniuriarum actione ex ſtipulatu agere, non permitteretur ei. Idem dicendum eſſe, & ſi is, cum quo iniuriarum agere volebam, ſtipulatione tali commiſſa deceſſerit nam non competit mihi aduerſus heredem eius ex ſtipulatu actio. & hoc Iulianus ſcribit, ſecundùm quod & ſi fideiuſſores dati erant [b], minimè dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, ſi non poſt longum tempus deceſſerit [c], quia ſi ad iudicium veniſſet, litem cum eo conteſtari actor potuiſſet.

Ad §. 2. Qui iniuriarum.

Ratio dubitandi. Actio ex ſtipulatu, ſicut & alia quælibet veniens ex contractu, datur & heredi & in heredem ideóque licèt delictum in ea re verſetur. *l. ex contractibus 40. de obl. & act.* imò quod magis eſt, etiamſi conditionalis ſit ſtipulatio, & ſtipulator ante conditionis euentum deceſſerit. *§. ex conditionali. Inſtitut. de verborum obligatione.* Atqui in caſu propoſito fuerat commiſſa ſtipulatio, quia homo ſiſti promiſſus ad diem ſtatus non fuerat.

Ratio decidendi. Hæc ſtipulatio propter rem ipſam interponitur, id eſt, propter eam actionem, quæ ab actore inſtituta fuit, iniuriarum ſcilicet: quæ porrò actio iniuriarum heredi non competit, ſicut nec in heredem. *l. iniuriarum 13. in pr. & l. item apud Labeonem 15. §. iniuriarum 14. de iniur.* Ergo neque ex huiuſmodi ſtipulatione actio aliqua heredi danda eſt, tanquam quæ ſit ſubrogata in locum actionis iniuriarum. Eſt enim ſtipulatio ex iis prætoriis, quæ non tantùm iudiciales ſunt, ſed etiam cautionales: ob idque communes appellantur. *l. 1. §. communes de præt. ſtipul.* Quatenus ergo cautionalis eſt, intercedit, vt ſit noua actio, id eſt, vt fiat nouatio, & ideircò dicitur habere inſtar actionis, quam nouat, & perimit quoniam eius vicem induit, & repræſentat. *dict. leg. 1. §. cautionales.* Quod explicui latius *libr. 3. Coniect. c. 1.* Cùm igitur hæc actio ſic nouet actionem iniuriarum, vt tamen eius naturam imitetur, conſequens eſt, vt non poſſit tranſmitti ad heredem, quia nec iniuriarum actio tranſmitteretur. Sic & in *l. 1. §. ſi quis ſub conditione. Vt legat. ſeru. cauſ. caueat.*

a *Omiſſa iniuriarum actione.* Legendum eſt *amiſſa.* Nec enim poteſt in propoſito caſu ſupereſſe actio iniuriarum, quæ vel exerceatur, vel omittatur: cùm ſit nouata per ſtipulationem. Dices, Nec poſſe amitti eam actionem, quæ per nouationē iam perempta ſit. Quod enim non eſt, non amittitur. *l. 1. §. 1. quib. mod. vſusfr. amit. l. ſi partem 19. in prin. quemad. ſeruit. amit.* Reſpondeo huius loci ſenſum hunc eſſe, non poſſit actor ex hac ſtipulatione agere eo caſu, quo iniuriarum actionem, ſi qua ſupereſſet, amiſiſſet: putà ſi annus præterierit, aut iniuriam expreſsè, vel quo alio modo tacitè remiſerit. His enim omnibus caſibus iniuriarum actio amittitur. *l. non ſolùm 11. §. 1. de iniur.* Ergo & actio ex ſtipulatu. Amittitur autem actio iniuriarum ipſo iure per pactum, quia legitimum eſt. *l. ſi tibi decem 17. §. 1. de pact.*

a *Si fideiuſſores dati erant.* Ratio dubitandi. Non eſt nouum dari actionem in fideiuſſorem mortuo reo, etiam qui ſine herede deceſſerit. *l. Stichum 95. §. 1. in fin. de ſolut.* Ergo quamuis hæc actio ex ſtipulatu non poſſit dari in heredem, nihilominus in fideiuſſores dari poterit.

Ratio decidendi. Cùm natura actionis, quæ contra principalem inſtituitur, talis eſt, vt non poſſit tranſire ad heredem, non poteſt fieri, vt competat in fideiuſſores. Nec enim poteſt acceſſoria obligatio ſubſiſtere, vbi principalis non conſiſtit. *l. nihil 129. §. 1. l. cùm principalis 178. de reg. iur.*

b *Si non poſt longum tempus.* Vereor vt tota hæc adiectio ſit Triboniani. Nam licèt reus, contra quem vt actio iniuriarum inſtituebatur, deceſſerit longo tempore poſt commiſſam ſtipulationem iudicio ſiſtendi cauſa interpoſitam, non eò magis tamen fit, vt actio iniuriarum contra ipſius heredem tranſeat, quæ ſemper finitur morte, niſi per litis conteſtationem facta ſit perpetua. Quare nec ad rem pertinet ratio, quæ hic ponitur, quòd ſi reus ad iudicium veniſſet, litem cum eo conteſtari actor potuiſſet. Non enim ſufficit ad perpetuandam actionem, quod actor potuiſſet litem conteſtari, ſi non fuerit conteſtatus: cùm ſola conteſtatio perpetuet, non ius, aut poteſtas conteſtandi. Imò quantò longius tempus eſt,

quo

quo vixit reus poſt commiſſam ſtipulationem, tantò magis poteſt imputari ſtipulatori, cur litem conteſtatus non fuerit ex ſtipulatione, vt actionem perpetuaret. Tantò minùs ergo danda eſt actio in heredem, aut in fideiuſſores rei. Et quamuis ponas nihil poſſe imputari ſtipulatori non eò magis fiet, vt actio non perierit morte: quia non ob id perit, quòd lis conteſtata non ſit, ſed quia reus mortuus eſt, quamuis ſi poſt conteſtationem mortuus fuiſſet, heres ipſius hodie conueniri poſſet. *l. conſtitutionibus 33. l. ſciendum. 58. de oblig. & act.* Itaque non eſt ſimile, quod ſcriptum eſt in *l. & ſi poſt tres 8. ſup.* moram paucorum dierum non nocere vt interamus, longi ergo temporis moram nocere. Mora enim quantumuis longi temporis, nocere quidem reo debet, ne pœnam promiſſam euitare poſſit, ſed non adeò, vt obligationem perpetuet, aut actionem, quæ morte finita ſit, & quæ perpetuari non potuerit, niſi per litis conteſtationem: quia conteſtatio quidem pro mora plerumque eſt, cùm vix fit vt citra moram ad iudicem veniatur. *leg. 3. de vſur.* ſed mora nunquam pro conteſtatione eſſe poteſt.

11. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

SI quis quendam in iudicio ſiſti promiſerit, in eadem cauſa eum debet ſiſtere. In eadem autem cauſa [d] ſiſtere, hoc eſt, ita ſiſtere, vt actori perſecutio loco deteriori non ſit: quamuis exactio rei poſſit eſſe difficilior [e]: licèt enim difficilior exactio ſit, tamen dicendum eſt videri in eadem cauſa eum ſtetiſſe: nam & ſi nouum æs alienum contraxiſſet [f], vel pecuniam perdidiſſet, videtur tamen in eadem cauſa ſtetiſſe: ergo & qui alij iudicatus ſiſtitur, in eadem cauſa ſtare videtur.

Ad l. Si quis quendam 11.

Ratio dubitandi. Si ſtipulationes omnes æſtimantur ex conceptione verborum, nec quicquam in ſtipulationem deductum intelligitur, niſi quod expreſſum eſt. *l. quidquid adſtringendæ 99. de verb. obl.* Atqui is, qui promiſit alium iudicio ſiſti non adiecit.

d *In eadem cauſa.* Ergo neque ſubintelligi hoc debet.

Ratio decidendi. Stipulatio hæc, vt & aliæ omnes prætoriæ, recipit interpretationem ex mente prætoris *l. conuentionalium 52. eod.* Prætor autem id agit vt in eadem cauſa ſiſtatur, qui ſiſti debet, ne deteriori loco ſit actori perſecutio.

e *Quamuis exactio rei poſſit eſſe difficilior.* Ratio dubitandi. Totus actionis effectus in exactione conſiſtit, nec tam quid in actione ſit, quàm quid in exactione eſſe poſſit, futurúmque ſit inſpiciendum. *l. nam is nullam 6. de dolo. l. nihil intereſt 111. de reg. iur.* Non ergo in eadem cauſa ſiſti quis videtur, cùm exactio actori eſt difficilior. Ratio decidendi. Actio in iure conſiſtit, exactio in facto. Atqui in ius vocare nihil aliud eſt, quàm experiundi iuris cauſa vocare. *l. 1. §. de in ius voc.* Sufficere ergo prætori debet, vt ius illius, qui aduerſarium in ius vocauit, non ſit factum deterius. *leg. etſi poſt tres 8. ſupr. hoc tit.* id eſt ius actionis, licèt euentus exactionis, & executionis ob ea, quæ medio tempore ex facto inciderunt, deteriore loco eſſe cœperit, vt in exemplis hîc poſitis. Iunge. *leg. 2. ſupr. ſi ex noxal. cauſ. agat.*

f *Si nouum æs alienum contraxiſſet.* Nihil enim commune habet emolumentum actionis, cùm iure ipſo actionis. *l. vlt. §. vlt. quæ in fraud. cred. §. vlt. Inſt. de replic. l. 1. & paſſ. C. qui bon. cedere poſſ.*

12. PAVLVS libro 11. ad Sabinum.

QVi autem nouo priuilegio vtitur, non videtur in eadem cauſa ſiſti.

Ad l. Qui autem nouo 12.

Ratio dubitandi. Nemo prohibendus eſt iure ſuo vti, cùm nihil dolo faciat qui iure ſuo vtitur. *l. Nullus videtur 55 de regulis iuris.* ſiue ius illud commune ſit, ſiue ſpeciale, & priuilegiarium *leg. penult. Codice de pactis.* Nemo enim damnum facit, niſi quid id facit, quod facere ius non habet. *l. nemo damnum 151. de regulis iuris.* Ergo nil fit contra ſtipulationem, etiamſi is, qui ſiſtitur, nouo priuilegio vtatur.

Ratio decidendi. Priuilegium ſiue iuri, ſiue aliud quodlibet, iuris eſt, non facti: cùm nihil aliud ſit, quàm ius ſingulare, ac proinde afficit etiam actionem, quæ ſimiliter iuris eſt, & quam afficere non poſſunt ea, quæ ſunt facti. In eadem ergo cauſa, id eſt, in eodem iure non ſiſtitur, qui nouo priuilegio ſubnixus, ſiſtitur. Aliud eſt, ſi priuilegium non ſit nouum. Nemo enim ob id ſolùm, quod ab aduerſario in ius vocatur, priuilegium ſibi iam competens amittit, cùm poſſit illud allegare. *leg. ſi quis ex aliena 5. de iud.*

1 ¶ Illud tenendum eſt, quòd æſtimationem eius quod intereſt agentis? ad illud tempus referendum eſt, quo ſiſti debuit, non ad id, quo agitur, quamuis deſierit eius intereſſe.

Ad §. 1. Illud tenendum eſt.

Ratio dubitandi. Actiones non dantur, ſaltem cum effectu, niſi iis, quorum intereſt. *l. 3 l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. de verborum obligatione.* præſertim eæ, quæ non niſi ad id quod intereſt dantur, eiuſmodi hæc eſt *lege 2. §. vltim. qui ſatiſdare cogantur.* Ergo etiamſi aliquando intereſuerit, ſi tamen deſierit intereſſe, dari hæc actio non debet, hoc eſt, ſi non interſit eo tempore, quo agitur, id eſt, quo litis conteſtatio fit, quod tempus & alias ſpectari ſolet. *l. litis conteſtata. 7. de neg. geſt. l. vinum. 22. de reb. cred. l. hominem. 37. mandat. l. vulgò receptum x. de vſur.* Ratio decidendi. Stipulatio hæc interponitur de iudicio ſiſtendo, & ex ea datur actio in id, quod intereſt iudicio ſiſti. Ergo inſpecto præciſè eo tempore, quo ſiſti debuit. Ita enim faciunt verba ſtipulationis. *l. quotiens quis de verborum obligatione.* Ergo quamuis deſierit intereſſe, actio tamen non intercidet, quæ ſemel competiit argum. *leg. verbis legati. 5. in fin. ad l. Falcid.* Actiones enim, ſicuti non niſi certis & legitimis modis incipiunt competere, ita nec amittuntur. Simile eſt quod ſcribitur in *l. is cum quo 55. de pecul. Adde l. euicta re. 16. §. ſi ſeruus de euict.*

13. IVLIANVS libro 55. Digeſtorum.

QVotiens ſeruus iudicio ſiſtendi cauſa, vt ipſe liti daturus, vel ab alio ſtipulatur vel ipſe promittit: nec committitur ſtipulatio, nec fideiuſſores [a] tenentur, quia ſeruus conueniri, vel conuenire non poteſt.

Ad l. Quotiens ſeruus 13.

Ratio dubitandi. Seruus ex certis cauſis poteſt litigare & conſiſtere etiam aduerſus dominum *l. vix certis 53. de iudic. l. mulier. 22. §. non eſt dubitatum ad ſenatuſconſultum Trebellianum.*

Trebell. Ergo iis ſaltem caſibus licebit ſeruo vel ab alio ſtipulari, vel promittere iudicio ſiſti. Ratio decid. Ne quidem his caſibus poteſt vnquam hæc ſtipulatio interponi, quia cùm ſeruus in iure conſiſtit aduerſus dominum, non ideò tamen actionẽ aliquã vel exercet, vel ſuſcipit, cuius nomine ſtipulatio hæc vel neceſſaria, vel vtilis videri poſſit, ſed hoc tantùm ſignificamus; his caſibus ſeruum habere per ſe aditũ ad prætorẽ. *d* §. nõ eſt dubitatũ, nõ vt agat, ſed vt audiatur.

a *Nec fideiuſſores.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. ſi ſeruus. 9. in prin. ſupr. eod.*

14. NERATIVS libro 1. Membranarum.

SI procurator iſta ſtipulatus eſt, vt ſiſtat dumtaxat eum, quem ſtipularetur, non etiam pœnam, ſi ſtatus non eſſet, ſtipularetur: propemodum nullius momenti eſt ea ſtipulatio: quia procuratoris: quod ad ipſius vtilitatem pertinet, nihil intereſt ſiſti. Sed cùm alienum negotium in ſtipulando egerit poteſt defendi non procuratoris, ſed eius, cuius negotium geſſerit, vtilitatem in ea re ſpectandam eſſe: vt quantum domini litis intererfuit ſiſti, tantùm ex ea ſtipulatione, non ſtato reo, procuratori debeatur. ¶ Eadem & fortius adhuc dici poſſunt, ſi procurator ita ſtipulatus eſſet, *quanti ea res erit* [b]: vt hanc conceptionem verborum, non ad ipſius, ſed ad domini vtilitatem relatam interpretemur [c].

Ad l. Si procurator 14.

Ratio dubitandi. Quoties quis alium ſiſti promittit, nec adiicit pœnam, continetur ſtipulatione quanti intereſt ſtipulatoris. *l. quotiens quis. 81. de verborum obligatione.* Atqui procurator in propoſito ſtipulator fuit, non is, qui dedit procuratorem: Ergo non domini vtilitas ſpectanda eſt, ſed procuratoris, quæ cùm nulla ſit, conſequens eſt, vt nullius planè momenti ſit ſtipulatio. Ratio decidendi. Cùm procurator iudicio ſiſti aliquem ſine pœna ſtipulatus eſt, poteſt defendi non ſuam, ſed eius, cuius negotium geſſit, vtilitatem in ea re deduxiſſe. Idque fortiùs dicendum eſt ſi *quanti ea res ſit* ſtipulatus proponatur *d. l. quotiens quis. 81. § 1.* Eadémque in omnibus ſtipulationibus prætoriis, quæ alieno nomine interponuntur, facienda interpretatio eſt. *l. qui bona fide. 13. §. ſed ſi eius. l. damn. 18. §. vlt. l. inter quos. 39 §. alieno. de dam. inf. l. in cauſa. 17. §. vlt. & l. ſeq. de procurat.* In conuentionalibus non item, quia alteri ſtipulari, nec procurator, nec alius quiſquam poteſt, ſi non interſit ſtipulatoris. *lege ſtipulatio iſta. 38. §. alteri de verborum obligatione. leg. 1. C. per quas perſ. nob. acquir.*

b *Quanti ea res erit*, ſcilicet, quæ in iudicium deducitur: Ergo res domini, non procuratoris.

c *Interpretemur.* Ea namque interpretatio ſemper quantum fieri poteſt capienda eſt, quæ ſtipulationem non deſtruat. *l. quoties. 80. de verborum obligatione. l. quoties. 12 de reb. dub.* Maligna eſt interpretatio, per quam ſtipulatio inutilis redditur, *l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus. de verb. obligat.*

15. PAPINIANVS libro 2. Quæſtionum.

SI tutor iudicio ſiſti promiſerit, & ſtipulationi non obtemperauerit: & interea pupillus adoleuerit, aut mortem obierit, aut etiam abſtentus ſit hereditate: denegabitur ex ſtipulatu actio: nam & ipſius rei quæ petebatur, ſi tutor iudicatus fuerit, & eorum quid acciderit non eſſe dandam in eum actionem iudicati, probatum eſt,

Ad l. Si tutor 15.

Ratio dubitandi. Verum eſt ſtipulationem ſemel commiſſam eſſe aduerſus tutorem, qui neque edicto Prætoris neque ſuæ promiſſioni obtemperauit. Ergo, quamuis poſteà pupillus adoleuerit, aut mortem obierit, aut etiam hereditate abſtentus ſit, actio tamen ex ſtipulatu, quam ſtipulator ſemel habere cœpit, nec pubertate, nec morte nec abſtentatione pupilli amitti poteſt. *l. euicta re 16. §. ſi ſeruus. de euictionibus.* Ratio decidendi. Re vera competit ex ſtipulatu actio, & quæ ſemel competiit ſemper durat ipſo iure, quouſque extincta ſit aliquo modo, ex iis quibus actionem extingui placuit. Sed denegatur à Prætore, quia ſtipulatio illa, cùm ſit prætoria, recipit interpretationem ex mente prætoris. *l. conuentionalium 52. de verborum obligatione.* quæ mens non alia fuit, quam vt poſſit tutor ex ea ſtipulatione conueniri illo demùm caſu quo pupillus ipſe poſſet, ac quandiu tutor eſſet, non etiam finita tutela, aut pupillo liberato ab obligatione, & actione, cuius nomine interpoſita eſſet ſtipulatio. Apertè enim iniquum eſſet cogi tutorem, vt aliter obligaret ſe, vel maneret in obligatione. Nam & ipſius rei nomine, quæ petebatur ſi tutor iudicatus fuerit, & eorum quid acciderit vt vel adoleuerit pupillus. vel mortem obierit, vel hereditate abſtentus ſit, placet non eſſe dandam iudicati actionem in tutorem. *l. 2. circa princ. de adminiſtrat. tutor.* Ne alioqui tutoris officium, quod & publicum, & neceſſarium eſt, ſit ei damnoſum, *l. tutorem 22. de his quæ vt indign.* Etſi enim pupillus ſoluendo eſt, tutoris tamen intereſt non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere. *l. 3. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. de fideiuſſ. leg. nemo ideò 171. de regulis iuris.*

DE FERIIS, ET DILATIONIBVS, ET DIVERSIS TEMPORIBVS.

TITVLVS XII.

1. VLPIANVS libro 4. de omnibus Tribunal.

NE quis meſſium, vindemiarúmque tempore aduerſarium cogat ad iudicium venire, oratione diui Marci exprimitur. quia occupati circa rem ruſticam, in forum compellendi non ſunt.

Ad Tit. 12. De fer. & dilat.

Ad l. 1.

Ratio dubitandi. Nemo prohibendus eſt vti iure publico, quod tamen fiet, ſi quis aduerſarium ſuum in ius vocare prohibeatur: cum actiones omnes ſint iuris publici;

adeóque contra eos tantùm, qui perfidi ſunt comparatæ, vt ſcribit Theophilus initio titul. *de action.* Ideò ſolemus dicere eſſe in poteſtate actoris quando velit agere: ex quo que inferre ea quæ ſunt ad excipiendum perpetua, tamen eſſe temporalia ad agendum *l. 5. §. fin. de doli mali except. l. vnic. Cod. vt nem. inuit. ager cog.* Quinimò intereſt vtriuſque litigatorum, etiam rei, vt quamprimùm lis expediatur, & terminetur. *l. 1. C. de adminiſtr. tutor.* Ergo is, qui actutus eſt, prohiberi non debet, ne meſſium, vindemiatúmque tempore aduerſarium cogat ad iudicium venire. Ratio decidendi. Eo tempore diligens quiliber pater familias occupatus eſt circa rem ruſticam, quam n[illegible] negligi publicè intereſt: cùm tamen actionis perſecutio, [illegible] niſi priuatam agentis ſpectet vtilitatem. Ergo non eſt quiſquam compellendus eo tempore in forum venire, vt publica vtilitas anteponatur priuatæ, iuxta legem illam, omnium cæterarú,vt generaliſſimam, ita æquiſſimam: *Salus populi Suprema lex eſto.* Præſertim cùm actori tam modica dilatio nullum, aut non niſi per modicum damnum ſit allatura *l. ſi debitori 21. de iudiciis.* Nam ſi res moram pateretur, aliud probandum eſſet, vt ſequitur in hac lege. Fuit tamen in hanc rem neceſſaria Marci oratio.

1 ¶ Sed ſi prætor aut per ignorantiam, vel ſocordiam euocare eos perſeuerauerit, hique ſponte venerint: ſiquidem ſententiam dixerit præſentibus illis: & ſponte litigantibus ſententia valebit, tametſi non rectè fecerit, qui, eos euocarit: ſin verò, cùm abeſſe perſeuerauerint ſententiam protulerit, etiam abſentibus illis conſequens erit, dicere, ſententiam nullius eſſe momenti: neque enim prætoris factum iuri derogare oportet. Et citra appellationem igitur [a] ſententia infirmabitur.

Ad §. 1. Sed ſi Prætor.

Ratio dubitandi. Priuatorum conſenſus iuri publico derogare non poteſt. *l. ius publicum 38. de pact. & l. 1. §. ſi inter. de magiſtr. conuen.* nec facere quominùs leges locum habeant. *l. nemo poteſt 55. de legat. 1. l. vlt. de ſuis & leg. pacta 6. C. de pact.* Ergò ſententia lata contra orationem D. Marci, licèt ex voluntate partium, non valebit, adeò vt nec appellatio neceſſaria videatur. *l. 1. §. item cùm contra qua ſent. ſine appel. reſcind.*

Ratio decidendi. Oratio Marci non niſi fauore litigatorum principaliter introducta eſt, licèt per conſequentias reſpexerit etiam ad fauorem publicum. Proinde ſi litigatores fauori ſuo, & priuilegio feriarum, propter meſſes, aut vindemias indictarum, renunciare velint non ſunt prohibendi *l. pactum inter heredes 46. de pact. l. pen. Cod. eod.* Nam & oratio ipſa nominatim hunc caſum excepit. *l ſi feriatis 6. inf. hoc titulo.* Credibile enim eſt non aliter conſenſuros eum, qui in ius vocatur, quàm ſi putet nihil ſua intereſſe, fortè quod alios habeat, per quos rem ruſticam æquè commodè curare poſſit. Quòd cùm euenit, nec reip. quicquam poteſt intereſſe.

a *Et citra appellationem igitur.* Ratio dubitandi. Publicè intereſt valere omnia, quæ decreuit Prætor, etiamſi per ſordes, aut per imperitiam, & errorem decreuerit: nimirum propter rerum iudicatarum autoritatem *l. ſerno inuito 65. §. cùm Prætor. ad Senatuſconſultum Trebellianum,* quia ius reddere dicitur tum quoque cùm iniquè decernit *l. penult. ſupr. de iuſtu. & iur.* Ergo ſaltem appellatio neceſſaria eſt, vt quod non rectè à Prætore factum eſt corrigatur.

Ratio decidendi. Quod à prætore iniquè, id eſt, contra ius alterutrius litigatorum decernitur omnimodo ſeruandum eſt, aut per appellationem reſcindendum. At non ſimiliter quod contra leges, aut ſenatuſconſulta, aut Principum conſtitutiones *l. nec non & ſi quis 28. §. quod eius ex quibus cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res talis. de publician. l. iuriſgentium 7. §. ait Prætor. de pact.* Non enim poteſt rei iudicatæ vim habere, quod contra leges factum eſt, cùm à legibus ipſis res iudicata vires accipiat *d. l. 1. §. item cùm contrà. qua ſent. ſin. app. reſc.* Nam facti quidem quæſtio in poteſtate ius dicentis aut iudicantis eſt, at iuris autoritas non eſt *l. ordine 15. ad munic. l. 1. §. 2. verſic. quorum alterum. ad S.C. Turpill. l. 4. C. quemod. & quand. iud.*

2 ¶ Sed excipiuntur certæ cauſæ, ex quibus cogi poterimus, & per id temporis, cùm meſſes, vindemiæque ſunt, ad prætores venire: ſcilicèt ſi res tempore peritura ſit, hoc eſt, ſi dilatio actionem ſit peremptura. ¶ Sanè quotiens res vrget, cogendi quidem ſumus ad Prætorem venire: verùm ad hoc tantùm cogi æquum eſt, vt lis conteſtetur, & ita ipſis verbis orationis exprimitur. denique alterutro recuſante poſt litem conteſtatam litigare: dilationem oratio conceſſit.

Ad § 2. Sed excipiuntur.

Ratio dubitandi. His quoque certis & exceptis caſibus locum habet generalis ratio, quæ cauſam dedit orationi Diui Marci, quod qui circa rem ruſticam occupati ſunt, in forum venire compellendi non ſint. Ergo non debuerunt hi caſus excipi *l. illud quæſitum 32. ad legem Aquiliam.*

Ratio decidendi. Ratio æquitatis generalis vincitur per æquitatem ſpecialem, quæ in his caſibus exceptis locum obtinet. Sunt namque fortiora, quæ ſunt ſpecialiora, & proximiora. Eſſet enim apertè iniquum dare dilationem eo quæ actionem ciſet peremptura: cùm beneficia, & priuilegia omnia eam conditionem habere debeant, ne cui ſint captioſa aut iniurioſa *l. 2. §. meritò & §. ſi quis à Principe. ne quid in loc. public. leg. Paulus notat. 8. de prat. ſtipul. l. 4. C. de emancip. liber. l. ex facto 43. de vulg. & pupill ſubſtit.* Quanquam poterat huic periculo aliud commodius, vt videtur, remedium afferri, ſi conſtitutum fuiſſet, vt hoc etiam caſu non cogeretur quidem reus in ius venire, ſed tamen totum illud tempus ſubduceretur, ne curreret actori. Sed placuit aliud temperamentum, vt cogeretur reus venire, hactenus tantùm, vt litem conteſtatetur: lite verò conteſtata, æquè ac in cæteris cauſis daretur petenti dilatio. Sufficit enim conteſtatio ad perpetuandam actionem *l. aliam cauſam 29. in fin. de nouat.* Iunge *l. 2. & 3. & l. 16. Senatuſconſulto. ſupr. de off. præſid.*

2. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

Eadem oratione Diuus Marcus in ſenatu recitata effecit, de aliis ſpeciebus Prætorem adiri etiam diebus feriaticis: vt puta vt tutores, aut curatores dentur, [a] vt officij admoneantur, ceſſantes [b] excuſationes allegentur [c], alimenta conſtituantur [d], ætates probentur [e], ventris nomine in poſſeſſionem mittatur, vel rei ſeruandæ cauſa [g] vel legatorum fideive commiſſorum [h], vel damni infecti [i]: item de teſtamentis exhibendis [k], vt curator detur [l] bonorum eius, Qui an heres extiturus ſit incertum eſt [m]: aut de alendis liberis [n], parentibus, patronis: aut de adeunda ſuſpecta hereditate [o]: aut vt aſpectu atrox iniuria æſtimetur [p]: vel fideicommiſſaria libertas præſtanda [q].

Ad

Ad l. Eadem oratione 2.

Ratio dubitandi. & decidendi eadem quæ ad *§. vltim. legis præcedentis.* Sunt enim excepti omnes caſus in hac lege expreſſi, tanquam qui moram ſine periculo pati non poſſunt.

a *Vt tutores, aut curatores dentur.* Reipublicæ namque intereſt, non manere pupillos ſine tutoribus, aut adultos ſine curatoribus, non tantùm vt defendantur: (ceſſaret enim hæc ratio cùm eo tempore conueniri non poſſint, neque quandiu tutorem, aut curatorem non habebunt *leg. l. contra pupillum 54. de re iudic.*) ſed vt res eorum adminiſtrentur, nec quicquam iis depereat. Pertinétque hæc res ad curam ius dicentis, non tantùm quatenus ius dicens eſt, ſed etiam quatenus pater pupillorum eſſe creditur. Boni enim patris eſt tutores liberis impuberibus dare. Vnde eſt quod ait *l. muto 6. §. tutoris de tutel.* tutoris dationem neque imperij eſſe, neque iuriſdictionis. Iunge *l. 3. §. pen. ill. tit.*

b *Vt officij admoneantur ceſſantes.* Sic legendum eſt virgula poſita poſt *ceſſantes.*

Ratio dubitandi. Nihil intereſt pupillorum, etiam tutores dati ceſſent in officij ſui adminiſtratione, cùm non eò minùs teneantur ex die officij ſuſcepti *leg. pro officio 20. Codice de adminiſtratione tutor. l. 1. & 2. Cod. ſi tut. vel curat. non geſſer.*

Ratio decidendi. Imò intereſt eorum vt res benè gerantur, tametſi pro conſequenda indemnitate bonam & efficacem contra tutores, aut eorum fideiuſſores actionem habituri ſunt *l. ſuſpectus 5. & l. ſeq. de ſuſp. tut.*

c *Excuſationes allegentur.* Ratio dubitandi. Excuſationis allegatio nocet pupillo potiùs, quàm vt ei proſit. Ergo nullum fauorem meretur.

Ratio decidendi. Intereſt pupilli eum habere tutorem qui omnimodo cogi poſſit ad tutelam gerendam, nec vllam habeat excuſationem. Nec enim poteſt dici habere tutorem pupillus, qui eum habet, cuius excuſatio aliqua poſſit admitti

d *Alimenta conſtituantur.* Intellige ſiue pupillo alimenta conſtituenda ſint, ex *l. 1. in princ. vbi pupill. educ. deb.* ſiue alij cuilibet. Perpetuus enim eſt fauor alimentorum, vt pote ſine quibus viuere nemo poteſt *leg. cùm hi quibus 8. inf. de tranſact. l. pecunia 8. de adim. legat.*

e *Ætates probentur.* Ratio dubitandi. Ætatis probatio pleniſſimam cauſæ cognitionem requirit, quia ius facit etiam quod ad alias perſonas *l. de ætate eius 43. de minor.* Ergo in id tempus differenda eſt, quo in ius vocari quilibet poſſint cogi venire.

Ratio decidendi. Probatio hæc plerumque difficilis eſt. *l. cùm de ætate 13. de probat.* & cùm maximè per teſtes fieri poſſit, & debeat, periculum maximum ſubeſt, ne teſtium morte intercidat, ſi differatur poſt meſſes aut vindemias. Ergo differenda nō eſt *l. in l. Aquilia 40. ad l. Aquil.* Sunt enim probationes omnes fauorabiles, & conſeruandæ quantum fieri poteſt, vt pote ſine quibus veritas haberi non poteſt *l. imperatores 29. de probat.*

f *Ventris nomine.* Eſt enim facilis & benignus Prætor in danda ventri bonorum poſſeſſione, quod æquius ſit, vel fruſtrà nonnunquam impendia fieri quàm denegari aliquando alimenta ei, qui dominus aliquo caſu bonorum futurus eſt *l. 1. §. toties. de ventre in poſſeſſionem mittendo.* ne qui ſperatur ante vitam necetur *dict. l. 1. §. ſed & quis eadem lege.* Necare enim videtur, qui alimenta denegat *l. necare 4. de agnoſc. lib.*

g *Rei ſeruandæ cauſa.* Ex edicto, Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur, quo Prætor ſubuenit creditoribus ſuum perſequentibus, aduerſus debitorem latitantem, vel abſentem, qui non defenditur. Quo caſu, ſi non ſtatim eis ſuccurretur, periculum eſſet, ne creditorum ius fieret deterius, venditis fortaſſe poſteà, vel deperditis bonis debitoris, quæ ponendum eſt non fuiſſe obligata. Pertinet enim titulus ille ad chirographarios tantùm creditores, qui perſonalem tantùm actionem habent, vt alibi ſcripſimus.

h *Vt legatorum, fideiue commiſſorum.* Horum enim fauor ſingularis eſt, propter voluntatem teſtatoris cuius conſeruandæ curam maximam, & perpetuam gerit prætor *l. 1. & tot. titul. vt leg. ſeu fideicommiſ. ſeruand. cauſa caueat.*

Ratio dubitandi. Etiam non interpoſita huiuſmodi ſtipulatione, legata nihilominùs & fideicommiſſa petinde ex teſtamento deberentur: nec plus iuris tribuit ſtipulatio, cùm eaſdem leges & conditiones recipiat, quas reciperet actio ex teſtamento *d. l. 1. §. ſi quis ſub conditione. ill. titul.* Imò nocet potiùs legatario, & fideicommiſſario, cùm pertineat & nouet actionem ex teſtamento *leg. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Ergo non poteſt tantus eſſe fauor huius ſtipulationis, vt extra ordinem, & diebus feriaticis eo nomine adiri Prætor debeat.

Ratio decidendi. Vtilis eſt, & neceſſaria, vt ſit cautum legatario, vel fideicommiſſario: quia exigit ſatiſdationem, aut ſaltem pignorum obligationem, quorum neutrum habebat olim actio ex teſtamento *dict. l. 1. l. filio 7. l. ſeq. & paſſ. vt legat. ſeru. cauſ. caueat.* Hodie verò etſi habeat tacitam hypothecam, non habent tamen fideiuſſores *l. 1. Codice commun. de legat.* Et quamuis nouet actionem ex teſtamento, non eò minùs tamen prodeſt legatario, aut fideicommiſſario, cùm habeat pleniorem cautionem, licèt non pleniores præſtationes. Quòd ſi heres nolit ſatiſdare, vel non poſſit, tantò magis intereſt legatarij, vel fideicommiſſarij, vt poſſit quocunque loco & tempore adire prætorem, ad hoc, vt mittatur in poſſeſſionem rerum hereditariarum *l. ſi nulla 10. l. ſeq. & tot. tit. vt in poſſeſſ. legat.* & pignus prætorium nanciſcatur, quod non prius conſtituitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum 26. § 1. de pign. act.*

i *Vel damni infecti.* Hæc enim cauſa celeritatem magnam deſiderat *l. 1. de damno infecto.* ſiue publicam vtilitatem conſideres, ne vrbs ruinis deformetur *l. 2. §. ſi quis nemini.* ne quid in loco publico, ſiue priuatam eius, cuius ædibus viciniæ ruinam minantur: quia de damno dato, ſi cautio non præceſſit, actio nulla eſt. *l. euenit 6. de damn. infect.* Non tamen pertinet hæc cauſa ad *tit. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. 1. ill. tit.*

k *De teſtamentis exhibendis.* Ex *titul. Teſtament. quemadm. aperiant. & inſpic. & deſcribantur.* Nam ad conſeruationem voluntatis defuncti, vel hoc maximè pertinet, vt teſtamentum exhibeatur, vt ſciri poſſit, ad quem hereditas ex teſtamento pertineat, cùm per legem non deferatur ab inteſtato, quamdiu ex teſtamēto deferri poteſt *l. quamdiu 39. de acquirenda hereditate.* Alius eſt tractatus interdicti, De tabulis exhibendis. Nullum enim præcipuum fauorem meretur, cùm eo demùm caſu locum habeat, quo nulla ſit controuerſia de hereditate. *l. vltim. ill. tit.*

l *Vt curator detur.* Ratio dubitandi. Quandiu aliquis heres eſſe poteſt, hereditas eſt. Atqui inauditum eſt vt hereditati iacenti curator detur. Fruſtrà ergo quæritur eo tempore de curatore bonis dando. Ratio decidendi. Non datur quidem curator hereditati iacenti, quæ ſcilicet perſonam defuncti ipſa repræſentat *l. illa inſtitutio 33. §. vltim. de heredibus inſtit.* Sed dandus neceſſariò eſt curator bonis, vt interim, dum ſperatur heres, adminiſtrentur, & ſit, qui actiones alioqui tempore perituras exerceat. Cùm enim hereditatis perſona ſit fictitia, non poteſt capax eſſe eorum quæ ſunt facti *l. 2. & paſſim. de curatore bonis dando.* Hereditati tamen dari curatorem dixit Iuſtinianus in *leg. vlt. §. 1. in fin. Cod. de bon. quæ liber.* pro eo, quem dicere voluit, & debuit dari bonis: cùm loquatur eo loco de hereditate iam adita, quæ deſierat eſſe hereditas, & facta fuerat patrimonium heredis *l. 1. & toto tit. de ſeparat.*

m *Incertum eſt.* Nam ſi certum eſſe inciperet nullum heredem, aut ſucceſſorem futurum, deſineret eſſe here-

ditas: eòm hereditas ſit fictio iuris, introducta dumtaxat ad faciendum heredem, fierentque bona vacantia, quæ ad fiſcum deuoluerentur *l. 1. de iur. fiſc.* & conſequenter curatoris datio euaneſceret, quia licet bona non deſinant eſſe bona: deſinunt tamen eſſe hereditaria: curator verò datus iis fuerat, non tamquam bonis ſimpliciter, ſed tamquam hereditariis, & quamdiu manerent hereditaria.

n *De alendis liberis.* Poterant hi omnes caſus comprehendi ſub eo, quod antè dictum fuerat de alimentis conſtituendis, ſi præcedentia illa de alimentis aliis, quàm popularibus ſcripta eſſent. Sed hinc apparet de ſolis pupillaribus Vlpianum eo loco ſenſiſſe, omnium tamen eundem fauorem eſſe.

o *Aut de adeunda ſuſpecta hereditate.* Ratio dubitandi. Nemo damnoſam adeóque ſibi ex quacunque cauſa ſuſpectam hereditatem adire cogitur, *leg. nec emere* 16. *C. de iure deliberandi. l. ſi in teſtamento* 22 *in fin. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Ergo multò minùs in ius venire extra ordinem, vt cogatur adire.

Ratio decidendi.. Imò cogendus eſt quocunque tempore, vt veniat in ius & iubeatur adire periculo non ſuo, ſed fideicommiſſarij vniuerſalis, id poſtulantis *l. 4 Codice ad Senatuſconſultum Trebellianum.* ne interea decedens heres fideicommiſſarium decipiat *l. ille à quo* 13. § *quid ergo eod tit.*

p *Vt aſpectu atrox iniuria æſtimetur.* Fit enim plerumque, vt quæ primo aſpectu atrox apparuiſſet iniuria, poſtea multò minor appareat, curato vulnere, & obducta cicatrice: quorum omnium nihil eſt in inſtanti recentis iniuriæ, qualis illa, quam Deiphobo illatam fingit Virgilius, iis verſibus:

Deiphobum vidi lacerum crudeliter ora,
Ora, manúſque ambas populatáque tempora, raptis
Auribus & truncas inhoneſto vulnere nares.

q *Vel fideicommiſſoria libertas præſtanda.* Ratio dubitandi. Non poteſt ſeruus litigare cum domino *l. lis nulla* 4. *de iudiciis.* Ergo multò minùs cogere dominum, vt feriaticis diebus in ius veniat.

Ratio decidendi. Licèt non poſſit eſſe lis inter dominum & ſeruum, ſeruus tamen, cui fideicommiſſaria libertas debetur, habet per ſe aditum ad prætorem *l. mulier quæ* 22. §. *non eſt dubitatum.* ad Trebellianum, non vt litiget cum domino, ſed vt aduerſus eum poſſit conſiſtere *leg. vix certis* 53. *de iudic.* conquerendo ſcilicet, non agendo, vt explicauimus ad *l. quotiens ſeruus* 13. *ſi quis cautionibus iud. ſiſt.*

3. Idem lib. 2. ad Edictum.

SOlet etiam meſſis, vindemiarúmque tempore ius dici [a] de rebus quæ tempore, vel morte perituræ ſunt, veluti furti, damni, iniuriæ, iniuriarum atrocium [b], qui de incendio, ruina, naufragio, rate, naue expugnata rapuiſſe dicuntur, & ſi quæ ſimiles ſunt: Item ſi res tempore perituræ ſunt, aut actionis dies exiturus eſt.

1 ¶ Liberalia quæque iudicia omni tempore finiuntur [c].

2 ¶ Item in eum, qui quid nundinarum nomine aduerſus communem vtilitatem [d] acceperit, omni tempore ius dicitur.

Ad l. Solet etiam meſſis 3.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§. vlt. l. 1. ſupr. hoc tit.*

a *Ius dici* Intellige hactenus, vt conteſtatio fiat. Hoc enim ſufficit ad perpetuandam actionem, ſiue morte, ſiue tempore peritura ſit *d. l. 1. §. vlt.* iunct. *l. alia cauſa* 29. *de nouat.* Semper enim curare debet legiſlator, vt res de qua agitur ſit in tuto *l. quoties* 12. *de reb. dub.* non feſtinatione ſententiæ, ſed præuenienti periculi cauſa, vt loquitur Vlpianus in *l. ſi quis filio* 6. *§. quid tamen de iniuſt. rup.*

b *Iniuriarum atrocium.* Ratio dubitandi. Actio etiam leniorum iniuriarum æquè finitur morte ac tempore, atque actio atrocium. Idem ergo priuilegium habere debet. Ratio decidendi. Iniuria leuis facilè contemnitur, nec valdè curat prætor periculum, quod ſubeſt, ne actio illa morte, vel tempore pereat: quia de minimis non curat prætor *l. 4. de in integr. reſtit.* nec facilè patitur mutari quicquam ex ſolennibus *l. etſi nihil facilè* 183. *de reg. iur.*

c *Omni tempore finiuntur.* In quo ſingularis fauor eſt liberalium iudiciorum, id eſt, in quibus agitur de libertate vel ingenuitate. Cætera enim feriarum tempore non tam finiuntur, quàm inchoantur: cùm non poſſit vrgeri reus, niſi hactenus vt litem conteſtetur *dict. leg. 1. §. vlt. ſupr.*

d *Aduerſus communem vtilitatem.* ad quam maximè pertinet, ne carior annona fiat *l. 2. ad l. Iul. de annon.* Adeò vt ex hac cauſa, etiam inter dominum & ſeruum poſſit iudicium conſiſtere. *l. 1. eod.*

4. Pavlvs lib. 1. ad Edictum.

PRæſides prouinciarum, ex conſuetudine cuiuſque loci, ſolent meſſis, vindemiarúmque cauſa tempus ſtatuere.

Ad l. Præſides 4.

Ratio dubitandi. A nullo Iudice præſumi debet, vt autoritate ſua ferias aliquas condat *l. 4 Cod. de fer.*

Ratio decidendi. Non ſua autoritate condit ferias, qui meſſis, vindemiarúmque cauſa eas incidit: quippe quas Marci oratio condidit, de qua in *l. 1. ſupr.* Quanquam hæc lex non de meſſium aut vindemiarum feriis condendis, vel indicendis eſt, ſed de conſtituendo tempore, meſſis & vindemiarum cauſa: vt nimirum ſciatur, quàm longum tempus feriarum futurum ſit, quod ex cuiuſque loci conſuetudine ſtatuendum eſt *leg. ſi in aliam 7. de offic. procon ſ.* Nam pro locorum, & temporum varietate, & maturius & breuius, aut tardius, aut longius tempus ſtatui debet.

5. Vlpianvs libro 62. ad Edictum.

PRidie Kalendas Ianuarias magiſtratus neque ius dicere, ſed nec ſui poteſtatem facere conſueuerunt.

Ad l. Pridie Kalendas 5.

Ratio dubitandi. Obſeruandum eſt cuilibet magiſtratui ius reddendi, vt ſui copiam omnibus faciat, aditúmque ad ſe facilem omnibus præbeat *l. obſeruandum* 19. *de offic. præſid.*

Ratio decidendi. Non omni tamen die ius reddere debet, aut poteſt, etiamſi velit. Sunt enim dies quidam excepti, qui olim ob hanc cauſam nefaſti dicebantur, quòd in iis ius dicere nefas eſſet, de quibus Ouidius in Faſt.

Ille nefaſtus erit, per quem tria verba ſilentur:
Faſtus erit, per quem iure licebit agi.

Sed cùm iis etiam diebus, quibus reddi ius non poterat, magiſtratibus tamen ſui copiam in publico facere permitteretur, hic vnus dies erat Pridie Calend. Ianuar. quo nec ſui poteſtatem facere magiſtratibus licebat: quòd ſequenti die magiſtratum inituri maiore maieſtate id facturi crederentur, ſi per diem vnum ſaltem domi ſe continuiſſent, nec aditum cuiquam ad ſe dediſſent. Adeò verum & experientia compertum eſt, ex vlteriori familiaritate, & æquali conuerſatione contemptionem dignitatis naſci *dict. l. obſeruandum 19. de off. præſid.*

6. VLPIANVS libro 77. ad Edictum.

SI feriatis diebus, fuerit iudicatum, lege cautum eſt, ne his diebus iudicium ſit, niſi ex voluntate partium [a]: & quod aliter aduerſus ea iudicatum erit, ne quis iudicatum facere: néve ſoluere debeat: néve quis, ad quem de ea re ius aditum erit, iudicatum facere cogat.

Ad l. Si feriatis 6.

Ratio dubitandi. Publicè intereſt res iudicatas exitum habere, propter earum autoritatem, tum quoque cùm per ſordes, aut per gratiam, aut per errorem perperam iudicatum eſt *l. ſerue inuite 65. § cùm prætor. ad S. C Trebell. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris. de pignor* Odio ſcilicet litium, quæ ciuilem concordiam minuunt, ex qua reipublicæ ſalus pendet: & quibus ſola res iudicata finem imponit, niſi ſi quid aliud ſit, quod parem vim habeat, cuiuſmodi eſt tranſactio, & iuſiurandum *l. 1. & 2. ꝗ de iureiur.* Indéque eſt, quod res iudicata pro veritate habetur, *l. ingenuus 25. de ſtat. hom. l. res iudicata 208. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Res iudicata nulla eſt, niſi quæ ritè ac ſecundùm leges, Principúmque conſtitutiones iudicata eſt: nec condemnatus quiſquam intelligitur, niſi qui ritè condemnatus eſt. *l. ſi ſe non obtulit 4. §. condemnatum de re iudic.* Dico *ritè* non *rectè* Aliud enim eſt *ritè*, aliud *rectè* quid fieri. Ritè cùm dicimus, ritum & ſolemnitatem iuris intelligimus. Cùm verò rectè dicimus, ad æquitatem & iuſtitiam rei magis, quàm ad ſolemnitatis formam reſpicimus *l. non putauit 8. ꝗ. non quauis de contr. tab.*

a *Niſi ex voluntate partium.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. §. 1. ſupr. hoc tit.* Intellige tamen niſi dies feriati ſint in honorem Dei *l. 1. l. omnes dies 7. & l. actus 8. l. vlt. C. de feriis.*

7. VLPIANVS libro 1. de Officio Conſulis.

ORatione quidem Diui Marci ampliùs, quàm ſemel [b] non eſſe dandam inſtrumentorum [a] dilationem, expreſſum eſt, ſed vtilitatis [c] litigantium gratia, cauſa cognita, & iterum dilatio, tam ex eadem, quàm ex alia Prouincia: ſecundùm moderamen locorum impertiri ſolet: & maximè ſi aliquid inopinatum [d] emergat. Illud videndum, ſi defunctus acceperit aliquam dilationem propter inſtrumenta, an ſucceſſori quoque eius dari debeat: an verò, quia iam data eſt, ampliùs dari non poſſit: & magis eſt, vt & hîc, cauſa cognita, dari debeat.

Ad l. Oratione 7.

a *Inſtrumentorum*, ſupple *exhibendorum nomine.* Omnis enim dilatio a iudice, vel inſtrumentorum, vel perſonarum gratia conceditur *l. 1. C. de dilat.*

b *Ampliùs quàm ſemel.* Ratio dubitandi. Dilatio nunquam datur, niſi ex iuſta cauſa, ne quidem ſemel *dict. l. 1. Codice de dilat.* Atqui cum iuſta cauſa eſt dilationis iterum concedendæ, nun niſi iniuſtè poteſt fieri, vt denegetur. Quicquid enim iuſtè petitur, neceſſe eſt, vt iniuſtè denegetur. Ergo ſæpiùs, ac ſæpiùs concedenda eſt.

Ratio decidendi. Dilationes omnes tum quoque, cùm ex iuſta cauſa conceduntur, ſunt tamen odioſæ, hoc ipſo quòd liti moras adferunt, quàm citiùs expediri & reipublicæ intereſt, & vtriuſque litigatorum *l. 1. Cod. de adminiſtrat. tut.* Proinde rectiſſimè conſtitutum eſt, vt ne quidem ex cauſa ſæpiùs dilatio detur facilè, ſed ita demùm, ſi iuſta adeóque neceſſaria cauſa vrgeat, vt in exemplis, de quibus in *l. veluti ſi peregrè 7. ꝗ. tit. prox. de edend.* Hoc enim temperamentum viſum fuit addendum eſſe ad orationem Diui Marci, quæ ampliùs quàm ſemel dilationem dandam non eſſe expreſſerat. Quò etiam pertinet, quod Paulus ſcribit in *l. vlt. h. tit.* & Impp. in *d. l. 1. in fin. C. eod.*

c *Sed vtilitatis.* Ab his verbis tota hæc lex videtur mihi eſſe Triboniani. Nam poſt Marci orationem, quæ expreſſerat, vt ampliùs quàm ſemel inſtrumentorum dilatio non daretur, non poterant prudentes, aut iudices dilationem dare, ne quidem ex cauſa, niſi ipſa rerum neceſſitate omninò cogerentur. Quam in rem fuit lata conſtitutio Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *dict. leg. 1. Cod. de dilation.* ad quam proculdubio Tribonianus reſpicit, cùm ſcribit, *tam ex eadem, quàm ex alia prouincia, ſecundùm moderamen locorum.* Ea namque diſtinctio dilationum aliter, atque aliter pro locorum diuerſitate concedendarum, inducta eſt per *dictam legem 1.* Et ſanè non facilè meo iudicio quiſquam crediderit Vlpiani eſſe phraſim illam, *ſecundùm moderamen locorum*, pro eo, quod ſcribi debuit, *ſecundùm moderationem pro locorum diuerſitate adhibendam.* Deinde pugnat apertè, quod generaliter & diſtinctè Paulus ſcribit in *dicta lege vltim. hoc titul.* in pecuniariis cauſis omnem dilationem ſingulis cauſis plus ſemel tribui non poſſe. Non enim prætermiſiſſet exceptionem, quam Vlpianus non prætermiſit, ſi eſſet illa Vlpiani, ac non potiùs Triboniani: qui eam ſemel adſcripſiſſe contentus fuit. Eiuſdem Tribon. eſt dictio *quidem* poſita in *princ. l.* vt exceptioni locum aperiret.

d *Si aliquid inopinatum* Nã quæ de nouo emergunt nouo indigẽt auxilio *l. de ætat. 11. §. ex cauſa. de interrog. in iur. fac.*

8. PAVLVS lib. 13. ad Sabinum.

MOre Romano dies à media nocte incipit, & ſequentis noctis media parte finitur: itaque quidquid in his viginti quatuor horis (id eſt, duabus dimidiatis noctibus, & luce media) actum eſt, perinde eſt, quaſi quauis hora lucis [a] actum eſſet.

Ad l. more Romano 8.

Ratio dubitandi. Maior pars diei dicitur eſſe ſex horarum primarum non ſupremarum. Sic enim legendum eſt in *leg. 2. §. 1. de verborum ſignificatione.* Ergo neque viginti & quatuor horis dies conſtat, neque incipit a media nocte. Ratio decidendi. Loquitur hæc lex de die ciuili Romanorum, vt oſtendunt prima illa verba legis, *More Romano*: illa vero de die naturali, qui in duodecim tantùm horas diſtribuitur, vt ad eum locum diceemus.

a *Quaſi quauis hora lucis.* Ratio dubitandi. Multa ſunt

in iure ciuili, in quibus placet computari tempora de momento in momentum: vt cum tractatur de in integrum reſtitutione minoris *leg.* 14. §. *minorem de minoribus* aut de tutore propter ætatem excuſando *leg. qui filium* 74. §. *vltim. ad S.C. Trebell.* & vt dicam generalius, quoties agitur de ætate *leg. a qua ætate* 5. *qui teſtament. facer. poſſ.* niſi cùm verba legis aliud ſuadent, vt in *l.* 1. *de manum.*

Ratio decidendi. Intelligendus eſt hic locus de iis, quæ certò fieri debent, vt nihil referat qua hora factum ſit, dummodò intra viginti quatuor horas iſtas factum ſit. Nec pertinet ad eos caſus, in quibus tempora de momento in momentum computanda ſunt.

9. VLPIANVS libro 7. de Officio Proconſulis.

DIuus Traianus Minicio Natali reſcripſit, ferias à forenſibus tantùm negotiis dare vacationem: ea autem, quæ ad diſciplinam militarem pertinent, etiam feriatis diebus peragenda: inter quæ cuſtodiarum quoque cognitionem [a] eſſe.

Ad l. Diuus Traianus 9.

Ratio dubitandi. Oratio D. Marci generaliter, & indiſtinctè loquitur: Ergo generaliter & indiſtinctè eſt intelligenda *l. de precio* 8. *de public. in rem. act. l. in fraudem* 15. §. *vlt. de teſtament. milit.*

Ratio decidendi. Multi caſus ſunt, quos oratio excepit, ij omnes ſcilicet in quibus mora & dilatio periculum aliquod afferre poteſt. Huius verò generis ſunt illa etiam quæ pertinent ad diſciplinam militarem, quam quotidie labantem, ſi non aſſiduis exemplis retineatur, in ſingula momenta ſingulaſque occaſiones conſeruari, augeríque publicè intereſt: qua nec antiquius quicquam Romanis fuit *l. poſtliminium* 19. §. *filius quoque. de captiu. & poſtlim.*

a *Cuſtodiarum quoque cognitionem*, id eſt, de iis, qui in cuſtodia milites habuerunt: & eos effugere paſſi ſunt: item de iis, qui ſub cuſtodia conſtituti diſceſſerunt: quamuis non militiæ deſertores; ſed cuſtodiæ tantùm refugæ ſint *l. milites* 13. §. *eius fugam. de re militari.* Adde & cognitionem de criminibus quibuſcunque. Nullum enim tempus ab huiuſmodi cognitione immune eſſe debet, ne differatur ſceleratorum proditio, & punitio conſiliorum *l. prouinciarum* 10. *C. h. tit. de fer.* Excepto tempore quadrageſimali ex *l. quadraginta* 6. *C. eodem.* etſi exceptionem hanc vſus noſter non admittit.

10. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

IN pecuniariis cauſis omnis dilatio ſingulis cauſis plus ſemel tribui non poteſt. In capitalibus autem reo tres dilationes [a], accuſatori duæ [b] dari poſſunt, ſed vtrumque cauſa cognita.

Ad l. In pecuniariis 10.

Ratio dubitandi. Vtilitatis litigantium gratia ſæpius dilatio concedi ſolet etiam in cauſis pecuniariis *l. oratione* 7. *ſupr.* Ergo poteſt.

Ratio decidendi. Non poteſt olim concedi, prohibente id oratione Diui Marci, de qua in *d. l. oratione* 7. Sed hodie poteſt ex Diocletiani & Maximiani conſtitutione in *l.* 1. *C. de dilat.* vbi dicitur, ipſa rerum neceſſitate hoc ius euictum fuiſſe. Solet enim neceſſitas facere licitum, quod alioqui eſſet illicitum. Cæterùm ex hac lege apparet corruptum fuiſſe à Triboniano Vlpianum in *d. l. oratione* 7. vt ibi dixi.

a *Reo tres dilationes.* Ratio dubitandi. Criminales quæſtiones non minùs quàm ciuiles citò terminari publicè intereſt. *l. vlt. & tot. tit. Cod. vt intra certum temp. crim. quæſt. termin.* Atqui per dilationes lis protrahitur. Ergo non plures in criminalibus cauſis, quàm in ciuilibus dilationes dantur.

Ratio decidendi. Cauſæ criminales ſunt grauioris momenti, vtpote in quibus, vt plurimum, vel de capite agitur, vel de fama & exiſtimatione. *l. capitalium* 28. *de pœnis l. penultim. de var. & extraordin. cognit.* Maior ergo in iis ratio eſt dandæ dilationis. Ne alioqui, ob non datam dilationem poſſit reus conqueri, læſam eſſe ſuam innocentiam, vel actor deficere in probatione criminis: quod tamen probari probatúmque puniri maximè intereſt reipublicæ *l. ita vulneratus* 51. §. *vlt. ad leg. Aquil. l. per omnes* 6. *Cod. de defenſ. ciuit.*

b *Accuſatori duæ.* Ratio dubitandi. Nihil tam æquum eſt, quàm vt in iudiciis ſeruetur æqualitas. Ergo non plures reo, quàm accuſatori dilationes dari debent.

Ratio decidendi. Non debet quidem licere actori, quod reo non permittitur. Sed non valet argumentum è conuerſo: quia fauorabiliores ſunt rei, quam actores *l. non debet* 41. *l. fauorabiliores*. 125. *de regulis iuris* ſatiúſque eſt nocentem abſolui, quàm innocentem damnari *l. abſentem* 5. *de pœn.*

DE EDENDO.

TITVLVS XIII.

1. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

QVA quiſque actione agere volet, eam edere debet: nam æquiſſimum videtur, eum, qui acturus eſt, edere actionem, vt proinde ſciat reus, vtrùm cedere [a], an contendere vltra debeat: & ſi contendendum putat, veniat inſtructus ad agendum, cognita actione, qua conueniatur.

Ad Tit. 13. *De edendo.*

Ad l. Qua 1.

Ratio dubitandi. Omnium actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur quæ eſt de in ius vocando §. *omnium Inſt. de pœn. tem. litig.* Ergo vocatio in ius præcedit editionem, nec ab editione incipitur, ſed à vocatione. Vnde eſt quod ex *tit. de in ius voc.* hunc præcedit.

Ratio decidendi. Imò editio actionis præcedit vocationem, quia cùm vocatio in ius haberet vim & impreſſionem, ſi non ſponte actorem ſequi reus vellet inciuile fuiſſet & alienum à publica honeſtate rapi quem in ius, obtorto collo, cui non priùs edita fuiſſet actio inſtituenda, vt ſciret ille an contendere deberet, an cedere. Itaque qui in ius vocat, incipit actionem inſtituere, id eſt agere.

agere. Is verò qui actionem edit, nondum agit, ſed acturus eſt. Atqui prius eſt, vt quis ſit acturus, quàm vt agere incipiat. Nec multùm differebat editio iſta, actionis impetrandæ ab iis denuntiationibus, quas moris erat interponi ab eo, qui perſonali actione acturus eſſet. Vnde & actiones perſonales condictiones dictas eſſe ſcribit Iuſtin. in §. *appellamus inſt. de act.* Quas tamen denuntiationes vocatione in ius priores futile, nemo negauerit. Loquor autem de editione actionis impetrandæ, quoniam alia erat editio actionis iam impetratæ, quam fieri neceſſe erat apud iudicem datum, ac proinde non tantùm poſt vocationem, ſed etiam poſt litem conteſtatam. De qua editione non loquitur hic tit. ſed de ea, quæ facienda eſt apud prætorem §. *edenda hac l.* Quod autem hic tit. ſequitur tit. de in ius vocando, nos mouere non debet, cùm in C. præcedat. Sequitur autem in Pandectis per occaſionem titulorum præcedentium, vt alibi à nobis fuſiùs tractatum eſt. Alia etiam eſt editio, de qua in *hoc tit.* agitur ſcilicet inſtrumentorum, quibus apud iudicem quis vſurus eſt. Item editio rationum ab argentariæ menſæ exercitoribus facienda: de vtraque tractatur diuerſis locis, de actionis verò impetrandæ editione hoc vno loco, & in *l. 3. Cod. eod.*

a *Edere.* rectè, non vt quidam volunt *decidere*, pro tranſigere. Nam cùm debitori meo volo edere actionem ſi is fateatur ſe edere, dicátque ſe paratum ſoluere, audiendus eſt *l. ſi debitori 21. de iudic.* nec proinde compellendus venire in ius, & iudicium ſuſcipere. Id enim iniquum eſſet. *l. ſi reus 73. de procur.* Nam ſi non quælibet iniuria eſt duci in ius eum, qui ſatis idoneum fideiuſſorem offert. *l. 5. §. 1. qui ſatiſd. cog.* quanto maior iniuria eſt duci eum, qui fateatur ſe debere, paratúſque ſit ſoluere?

1 ¶ Edere eſt [b] etiam copiam deſcribendi facere, vel in libello complecti. & dare, vel dictare: eum quoque edere Labeo ait qui producat aduerſarium ſuum ad album, & demonſtret, quod dictaturus eſt, vel id dicendo, quo vti velit.

Ad §. 1. Edere.

b *Edere eſt.* Definitio iſta pertinet ad editionem quamlibet ſiue actionis, ſiue inſtrumentorum *l. ſi quis 6. §. edi. l. argentarius 10. §. edi. j. h. t.* ſiue rationum *l. bones 89. §. vltim. de verborum ſignificatione.* Sed quod ſequitur *vel in libello complecti, & dare, vel dictare*, ad editionem dumtaxat actionis ſpectat, ſicut & quod ſequitur: Eum quoque edere, qui producat aduerſarium ſuum ad album prætoris. In quo nimirum proſcriptum erat, & pro roſtris, de qua re ius eo anno prætor dicturus eſſet. Id enim eſt quod ſequitur, *& demonſtret, quod dictaturus eſt, vel id dicendo, quo vti velit.* Facetè verò, ne dicam ridiculè, Alciat. *lib. 2. diſput. c. vltim. & lib. 8. parerg. c. 7.* hunc locum emendat, legítque *aduerſaria ſua*, pro eo quod ſcriptum eſt, *aduerſarium ſuum* hoc ſenſu, vt edere dicatur ille, qui tabulas rationum tumultuariè confectas, extendit in rationum libris. Nam imò verò loquitur Vlp. de albo prætoris de quo & in *l. ſi quis id 7. & l. ſi familia 9. ſupr. de iuriſd.* & de actore, qui producit aduerſarium ſuum ad album illud prætoris, vt ei demonſtret, ex quo edicti capite ſit acturus, vt meliùs interpretati ſunt Duar. *lib. 1. diſp. cap. 13.* & Cuiac. *lib. 8. obſ. cap. 15.*

2 ¶ Editiones ſine die & conſule fieri debent: ne quid excogitetur è die, & conſule, & prælato die fiat. Diem autem & conſulem excepit prætor, quo inſtrumentum conſcriptum eſt, non in quem ſolutio concepta eſt: nam dies ſolutionis,[c] ſicuti ſumma, pars eſt ſtipulationis. Rationes tamen cum die, & conſule edi debent, quoniam accepta, & data, non aliàs poſſunt apparere, niſi dies, & conſul fuerit editus.

Ad §. 2. Editiones.

Ratio dubitandi. Non facilè poteſt ſciri quodnam inſtrumentum illud ſit, quod editur niſi dies & Conſul fuerit editus, quomodo de rationibus edendis ſcriptum eſt in hoc §. Ratio decidendi. Vetetur prætor, ne quid excogitetur propter diem & Conſulem, id eſt, ne quid prælato die fiat, quod pragmatici noſtri dicunt *par antidate.* Nec ſanè poteſt eſſe neceſſaria editio diei & Conſulis, cùm valeat inſtrumentum etiam ſine die & Conſule *leg. cùm tabernam 35. §. 1. de pign.* Rationum edendarum alia ratio eſt, quoniam accepta & data non aliàs poſſunt apparere, quàm ſi dies & Conſul fuerit editus: nimirum vt explorari poſſit, imputationes probè an improbè referantur, accepta rectè relata ſint, an non rectè *l. cùm ſeruus 82. de cond. & demonſt.*

c *Nam dies ſolutionis.* Ratio dubitandi. Quod debetur in diem certam, omninodò debetur etiamſi dies nondum venerit, adeò vt ante diem ſolutum non poſſit repeti *leg. in diem 10. de cond. indebit. leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter de verborum obligatione. leg. cedere diem 213. de verborum ſignificatione.* Nihil ergo refert an dies in quem collata ſtipulatio eſt expreſſus & editus ſit, an non.

Ratio decidendi. Dies ſolutionis non minus quàm ſumma ipſa pars eſt ſtipulationis, quia quod in diem debetur, licèt debeatur, tamen peti nondum poteſt *d. l. cedere diem 213.* adeoque nec compenſari *l. quod in diem 7. de compenſat.* Ergo dies hic edendus eſt, quia edere non videtur, qui ſtipulationem totam non edit §. *penult. hac l.*

3 ¶ Edenda [d] ſunt omnia, quæ quis apud iudicem editurus eſt: non tamen vt & inſtrumenta [e], quibus quis vſurus non eſt, compellatur edere.

Ad §. 3. Edenda.

d *Edenda.* Hic §. eſt de editione inſtrumentorum facienda in iure apud prætorem, tunc cùm litis conteſtatio fit, & iudicium accipitur. Ratio dubitandi. Prætor non cognoſcit de facto, ſed dat iudicem, qui cognoſcat inſpecto nimirum toto Pandectarum iure, quod obtinuit ante *leg. 2. Codice de pedaneis iudicibus.* Fruſtrà ergo fit editio inſtrumentorum apud prætorem, cùm ea editio non niſi ad quæſtionem facti pertinere poſſit, ſatíſque ſit, vt fiat apud iudicem.

Ratio decidendi. Facienda eſt apud prætorem, non vt cognoſcat ille de facto, ſed vt ſciat ſub qua verborum conceptione formulam dictare debeat. Cùm alioqui futurum ſit, vt iudex adſtrictus formulæ non poſſit admittere exceptiones, quas prætor in formula non adiecerit, niſi formula clauſulam illam habeat generalem, *ex fide bona*: quæ bonæ fidei iudicium faciebat.

e *Non tamen vt & inſtrumenta.* Ratio dubitandi. Inſtrumentorum nomine ea omnia ſignificantur, quibus cauſa inſtrui poteſt *l. 1. de fide inſtrumentorum.* Ergo inſtrumenta omnia edi debent.

Ratio decidendi. Inſtrumenta non aliter poſſunt eſſe inſtrumenta, id eſt, prodeſſe ad inſtruendam cauſam,

quàm ſi iis vtetur, qui habet. Ergo quibus, vſurus quis non eſt, ea vt edat non eſt arctandus. Ne alioqui cogatur quis contra ſeipſum arma parare: quod ſanè nimis graue eſt *l.nimis graue 7.C de teſtib.* Nam vbi ſemel editum, & productum eſt inſtrumentum aliquod, cœpit fieri commune, quod antea proprium erat producentis: adeò vt eius exhibitio quandocunque petenti aduerſario denegari non poſſit. Vnde eſt quod pragmatici noſtri editionem hanc inſtrumentorum vulgò *communicationem* vocant, quod inſtrumenta edita faciat communia.

4 ¶ Edere non videtur, qui ſtipulationem totam non edit.

Ad § 4. Edere non videtur.

Ratio dubitandi. Tot ſunt ſtipulationes, quot ſunt res *l.ſcire debemus 29 de verb.oblig. l.quia dicitur 31.de euict.* Si ergo de vna re agatur, nihil attinet totam ſtipulationem edere, id eſt, etiam quantum ad alias res in eadem ſtipulatione comprehenſas. Ratio decidendi. Edendum eſt id omne, quod facere poteſt ad plenam ſtipulationis ſententiam aſſequendam, & ad intelligendum id quod actum eſt inter contrahentes. Qua de cauſa etiam ea, quæ præfationibus conueniſſe comperiuntur, edenda ſunt: quoniam in ſtipulationibus repetita plerumque creduntur *l.Titia qua ex alia 134. §.1. de verb.oblig.* Sic dicimus inciuile eſſe niſi tota lege perſpecta, de legis ſententia iudicare *l.inciuile de legib.* Nam & quid aliud eſt ſtipulatio, quàm lex à contrahentibus dicta verbis ſolemnibus?

5 ¶ Eis qui ob ætatem, vel ruſticitatem, vel ob ſexum lapſi non ediderunt, vel ex alia iuſta cauſa ſubuenietur.

Ad §. 5. Eis qui ob ætatem.

Ratio dubitandi: Ius omne & ciuile & prætorium omnibus ſcriptum eſt, & generaliter non in has vel in illas perſonas *l.iura 8. de leg.* Ergo neque ætas, neque ruſticitas, neque ſexus aliquis exceptus dici poteſt a verbis generalibus edicti, arg. *l.in fraudem 15. in fin.de teſt.milit.* Ratio decidendi. Edictum quidem generale eſt pertinens ad omnes perſonas cuiuſcunque ætatis, ſexus, & conditionis, & ideò in edictum incidit, quiſquis non edidit, cùm edere deberet. Sed ex æquitate ſubuenitur iis qui lapſi ſunt ob ætatem, vel ruſticitatem, vel ob ſexum: quia & minoribus, & ruſticis & fœminis ius ignorare impunè permittitur *l.regula 9. de iur.& fact.ignor.*

2. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SI legatum petatur, non iubet prætor verba teſtamenti edere: ideò fortaſſe, quia heredes ſolent habere exemplum teſtamenti.

Ad l. Si legatum petatur 2.

Ratio dubitandi. Quiſquis legatum aut fideicommiſſum petit, contendens relictum ſibi fuiſſe in teſtamento, non aliter audiendus eſt, quàm ſi ſcripturam, qua relictum affirmat, exhibuerit *l.poſtquam 5. §.ſi dies. vt lega. nom.cau.* Ergo etiam heredi legatarius edere debet. Ratio decidendi. Duplex editio eſt, vna, quæ fit ex edicto, vt ſciat reus an contendere velit, an cedere *l.1.in pr.ſupr.* & hanc non poteſt heres à legatario petere: quia ſolent heredes habere exemplum teſtamenti. Abſurdum autem eſt inſtrumenti editionem peti ab eo, qui iam illud habeat *l.ſi quis ex argentariis 6. §. pen. ꝟ. eod.* Altera quæ fit ad probationem intentionis coram iudice dato, qui de facto cognoſcit: & hanc fieri neceſſe eſt, quia nunquam reus condemnari poteſt actori, niſi ſuam intentionem impleuerit *l.4.C.hoc tit.l.vlt.C.de rei vind.l.actor.23. & paſſ.Cod.de probat.*

3. MAVRICIANVS lib. 1. de Pœnis.

SEnatus cenſuit, ne quiſquam eorum, à quibus quid fiſco petetur, alia inſtrumenta delatori cogatur edere, quàm quæ ad eam cauſam pertinerent, ex qua ſe deferre profeſſus eſſet.

Ad l. Senatus cenſuit 3.

Ratio dubitandi. Delator actor eſt, aut ſaltem actoris vice fungitur. *l.2. §.ſenatus & ſeq.de iur.fiſc.* Atqui nunquam cogatur reus edere actori, ad fundandam intentionem, cùm actore non probante reus obtinere debeat, etiamſi nihil præſtet *l.4.C.hoc tit.* ne origo petitionis fundetur ex inſtrumentis eius, qui conuenitur *l.vlt. eod.* Ergo non debet reus cogi vt edat delatori, ne quidem inſtrumenta ad eam cauſam pertinentia, ex qua delator ſe deferre profeſſus eſſet. Ratio decidendi. Fauor fiſci hoc ius euicit, vt & fiſco & delatori propter fiſcum edi oporteat omnia pertinentia ad eam cauſam, ex qua delatio fit. Habet enim fiſcus hoc priuilegium, vt & alia permulta. In ciuilibus tamen cauſis dumtaxat non etiam in criminalibus *d.l.2. §.Item Diui fratres de iure fiſci.* Etſi negat Clarus *libro 5. ſententiarum §.vlt.queſtion.27.* fiſco edendum eſſe, cùm ipſe actor eſt, de quo alibi dicemus. Illud plane conſtat, non alia inſtrumenta edi oportere, ſiue fiſco, ſiue delatori, quàm quæ ad eam cauſam pertinent, ex qua delatio facta eſt, vt hæc lex ait.

4. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

PRætor ait: *argentariæ menſæ exercitores rationem* [a], *quæ ad ſe pertinet, edant adiecto die, & conſule.*
1 ¶ Huius edicti [b] ratio æquiſſima eſt: nam cùm ſingulorum rationes argentarij conficiant: æquum fuit, id quod mei cauſa confecit, meum quodammodo inſtrumentum mihi edi.

Ad l. Prætor 4. in prin. & ad §. 1.
Huius edicti.

a *Rationem.* Quid ſit *ratio*, explicat idem Vlp. in *l.ſi quis ex argentariis 6. §. rationem infià.* Eſt autem hæc alia pars huius edicti, De edendo, ſcilicet de rationibus edendis per exercitores menſæ argentariæ. Additur *quæ ad ſe pertinet.* Ratio dubitandi. Omnibus poſtulantibus, & ſtipulantibus ſe non calumniæ cauſa editionem petere, editio rationum facienda eſt *l. quædam ſunt 9. §.pen. ꝟ.* Ratio decidendi. Si modò rationes pertineant ad petentem: nam & id additur in illo loco) & ad eum à quo petitur editio, vt habent verba edicti. Quod autem hìc additur, *adiecto die & Conſule* explicauimus ad §.2. *l.1.ſupr.*

b *Huius edicti.* Ratio dubitandi. Rationes eorum ſunt, à quibus conficiuntur, ſiue materiam ſpectes, id eſt, chartam

tam, in qua conſcribuntur, ſiue induſtriam, quæ in iis componendis neceſſaria eſt. Atqui nemo inuitus rem ſuam edere & exhibere cogendus eſt, ſed eam tantùm, quæ ſit vel omninò aliena, vel ſaltem communis *l. procurator Cod. hoc tit.* Ratio decidendi. Id quod mei cauſa confecit argentarius, meum quodammodo videtur, cùm in id comparatus ſit vſus argentariorum, vt ſingulorum rationes conficiant. Ideóque officium & miniſterium ipſorum publicam cauſam habere dicitur in *l. argentarius 10. §. 1. ff. eod.* Æquum igitur eſt cogi eos ad editionem rationum, quas confecerunt, perinde ac inſtrumentorum alienatum. Dices nudam rationem non facere aliquem debitorem. *l. nuda ratio 26. de donationib.* Ad quid ergo prodeſt editio rationum? Reſp. Prodeſt eo caſu, quo ratio non ſit nuda: ſed cauſam aliquam habeat, vt habere ſolet, licèt ea cauſa non probetur aliunde.

2 ¶ Sed & filiusfamilias continetur his verbis, vt vel ipſe [c] cogatur edere, an & pater? quæritur [d]. Labeo ſcribit patrem non cogendum, niſi ſciente eo [e] argentaria exercetur: ſed rectè Sabinus reſpondit, tunc id admittendum [f], cùm patri quæſtum refert [g].

Ad §. 2. Sed & filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Si prætor ſenſiſſet de filiofamilias, aliquid adieciſſet etiam de patre, quod tamen factum non eſt.

Ratio decidendi. Filiusfamilias ex omnibus cauſis perinde ac paterfamilias obligatur *l. tam ex contractib. 57. de iudic. l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.*

c *Vel vt ipſe.* malo legere, *vt vel ipſe*, id, vt ſaltem ipſe cogatur edere: & ideò benè ſequitur, *an & pater.*

d *Quæritur.* Ratio dubitandi. Ex contractibus omnibus filiifamilias tenetur etiam pater ſaltem ad finem peculij *l. ſi quis cum filiofam. 44. de pecul.*

Ratio decidendi. Aliud eſt quærere, an pater teneatur de peculio, an verò teneatur ad id omne, ad quod filius ipſe tenetur, putà ad rationum editionem. Tenetur de peculio, ſi filius ſit certæ ſummæ debitor, & peculiarem faciat argentariam, vt de ſeruo ſcriptum eſt in §. *ſeq.* Sed non tenetur edere, quod filius ipſe edere deberet. Edictum enim prætoris eſt tantùm contra exercitores menſæ argentariæ. Filius autem exercitor fuit, non pater.

e *Niſi ſciente eo.* Hanc exceptionem addebat Labeo, quia putabat videri patrem ipſum exercere argentariam, quam à filio ſuo exerceri ſciat, & patiatur. In quo tamen benè reprehenſus eſt à Sabino.

f *Tunc id admittendum.* Non quod priùs Labeo dixerat non eſſe cogendum patrem, vt edat rationes à filio confectas, ſed exceptionem illam, quam ſubiecerat, *niſi ſciente eo argentaria exercetur.* Senſus eſt ex opinione Sabini, non eſſe admittendam Labeonis exceptionem, niſi etiam illud concurrat, vt filiusfamilias patri quæſtum referat. Hoc enim demum caſu verum eſt, videri patrem exercere argentariam, quam filius exercet.

g *Cùm patri quæſtum refert.* Ratio dubitandi. Non poteſt filiusfamilias non referre quæſtum patri, quandoquidem ipſe eſt incapax acquiſitionis, ſicut & ſeruus: cum acquirat omnia patri, in cuius eſt poteſtate *leg. placet 79. de acquirenda hæreditate. tot. tit. Inſtit. per quas perſonas cuique acquir.*

Ratio decidendi. Imò verò filiusfamilias capax eſt acquiſitionis, ſcilicet, quoties pater aut non vult, aut non poteſt ſibi per filium acquirere, vt conſtat ex *l. is qui heres 13. § fin. l. cum heres 52. de adquir. hered. l. cogi poterit 56. §. ſi pater l. Imperator 50. ad Senatuſconſultum Trebellianum leg. 1. Codice qui admitt. leg. in ſuis 11. de lib. & poſthum.* Habet enim perſonam integram, quia ciuis Romanus eſt, in eóque differt à ſeruo, per quem ob hanc cauſam acquiritur domino non ſolùm ignoranti, ſed etiam inuito *leg. etiam inuitis 32. de acq. rer. do. l. ſeruus vetante 62. de verborum obligatione.* Itaque in *dict. leg. placet 79.* benè ſcriptum eſt, *quoties acquiritur*: vt intelligamus non ſemper acquiri. Alioqui eſſet ridicula hæc Sabini ad Labeonem annotatio.

3 ¶ Sed ſi ſeruus argentariam facit: (poteſt enim [a]) ſi quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere, ac perinde in eum dandum eſt iudicium, ac ſi ipſe feciſſet [b]: ſed ſi inſcio domino fecit, ſatis eſſe dominum iurare, eas ſe rationes non habere. Si ſeruus peculiarem faciat argentariam: dominus de peculio, vel de in rem verſo tenetur, ſed ſi dominus habet rationes, nec edit, in ſolidum [d] tenetur.

Ad §. 3. Sed ſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Seruus & filiusfamilias eodem iure cenſeri ſolent, cùm ambo ſint in aliena poteſtate, eíque acquirant, in cuius ſunt poteſtate *l. ſi quis à parent. manumiſſ.* Ergo non alia diſtinctio adhibenda eſt in ſeruo, quam quæ proximè adhibita fuit in filiofamilias.

Ratio decidendi. Imò diſpar eſt ratio filiifamiliæ, & ſerui: quia non poteſt in ſeruo adhiberi ea diſtinctio, An referat quæſtum domino, necne: cùm nullo penitus caſu poſſit ille ſibi acquirere, nec ſi dominus velit.

a *Poteſt enim.* Ratio dubitandi. Argentariam exercere, officium publicum eſt *l. argentarius 10. §. 1 infr. hoc tit.* Atqui ſerui ab omnibus publicis officiis arcentur.

Ratio decidendi. Arcentur quidem ab omnibus muneribus publicis, ſed hoc non tam munus quàm miniſterium eſt *d. l. argentarius 10. §. 1.* Nec prohibetur ſeruus interuenire in omnibus, ſed in his tantùm officiis, quæ per liberas perſonas fieri leges deſiderant *l. in his, quæ officium 175. de regul. iur.* in quorum numero hoc non eſt. Dices, cum ſeruo nullam poſſe actionem eſſe *l. cum ſeruo 107. eod.* quia nec in perſonam ſeruilem poteſt cadere vlla ciuilis obligatio *l. in perſonam 22. eod.* Atqui prætor ex hoc dicto propoſuit actionem in argentariæ menſæ exercitores. Ergo non cogitauit de ſeruo. Reſp. Aliud eſſe quærere, an ſeruus poſſit argentariam exercere, an verò poſſit teneri, & conueniri ex hoc edicto. Non poteſt ipſe aut teneri, aut conueniri vllo caſu: ſed poteſt tamen argentariam exercere, & ex ea cauſa dominum obligare, non ſolùm de peculio, vel de in rem verſo, ſi argentariam peculiarem habuit, hoc eſt ex peculij pecunia exercuit, ſed etiam in ſolidum, ſiue ſciente domino argentariam non peculiarem exercuit, ſiue inſcio quidem domino, ſed qui tamen habeat penes ſe rationes, nec eas velit edere. Denique vno tantùm caſu dominus nullomodo tenetur, nimirum ſi neque ſciuerit argentariam à ſeruo exerceri, quam inſcio eo ſeruus exercuit extra cauſam peculij, neque dubitet iurare, eas ſe rationes non habere.

b *Ac ſi ipſe feciſſet.* Ratio dubitandi. Verba edicti non dant actionem, niſi aduerſus exercitorem menſæ argentariæ. Atqui exercitor non fuit dominus, ſed ſeruus. Ergo dominus non poteſt teneri ex hoc edicto.

Ratio decidendi. Videtur dominus exercuiſſe argentariam, quam eo ſciente ſeruus exercuit, nec verba edicti diſtinguunt, an per ſe, an per alium quis exercuerit.

c *Dominum iurare.* Ratio dubitandi. Qui iurat fit iudex in propria cauſa *leg. 1. quarum rerum actio non datur.* quod prohibitum eſt *tit. Cod. ne quis in ſua cauſa iudic. vel*

ius

ius dic. Ergo non eſt permittendum cuiquam, vt iuret niſi aduerſario deferente *l.5.in princip. de iureiur.*

Ratio decidendi. Aliud eſt iuſiurandum, quod interponitur ad probationem, de quo in *dict. l.1.* Aliud verò, quod ad purgationem dumtaxat doli mali, hoc eſt, vt appareat id quod negatur, non negari dolo malo. Cur non enim ſufficiat iuſiurandum hoc, quod *purgationis* appellatur, cùm nullæ ſunt in contrarium probationes?

d *In ſolidum tenetur.* Non ex perſona ſerui, nec tortus quaſi argentariam ipſe exercuerit, ſed ex proprio facto, id eſt, quia in culpa eſt, adeóque in dolo, qui rationes, quas penes ſe habet, ac edere poſſet, ſi vellet, non vult edere, licèt non ab ipſo, ſed ab ipſius ſeruo confectæ proponantur.

4 ¶ Etiam is qui deſiit argentariam facere, ad editionem compellitur.

Ad §. 4. Etiam is qui deſiit.

Ratio dubitandi. Prætor iubet argentariæ menſæ exercitores edere. Ergo eos demum, qui ſunt exercitores eo tempore, quo editio poſtulatur. Id enim eſt, quod noſtri ſolent dicere, Qualitatem iunctam verbo, intelligendam eſſe ſecundùm tempus verbi *l.4. §. ſi extraneus de noxal. action.*

Ratio decidendi. Actio quæ datur ex hoc edicto dicitur eſſe in factum *l.quaedam 9. in principio. infra hoc titulo* quia ſcilicet naſcitur ex facto, id eſt, ex eo, quòd quis argentariam exercuit. Ad hoc ergo vt actio naſcatur, ſufficit quod argentariam exercuerit. Nec proinde liberare eum poteſt, quòd eam exercere poſteà deſierit, quia ſemel nata actio non niſi certis & legitimis modis tolli poteſt *lege euicta re 16.§. ſi ſeruus l.habere licere 57. in fin. de euictionibus l.ait prætor 3. de iureiur l.ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.*

5 ¶ Sed ibi quis compellitur edere, vbi argentariã exercuit: & hoc eſt conſtitutum: quod ſi inſtrumentum argentariæ in alia Prouincia habeat [a], in alia adminiſtrauerit: ibi puto cogendum edere, vbi argentariam exercuit: hoc enim primùm deliquit, quod aliò inſtrumentum tranſtulit, quòd ſi in alio loco [b] argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur: minimè hoc facere cogitur, niſi deſcriptum velis, vbi de ea re agitur, eum tibi dare, tuis videlicet ſumptibus.

Ad §. 5 Sed ibi quis compellitur.

Ratio dubitandi. Qui argentariam exercuit, nullum certum locum dixit, in quo ſe obligauerit ad faciendam editionem. Ergo ad editionem vbique locorum vrgeri poteſt *l. continuus 137. § cùm ita de verborum obligatione. iunct. l.penult. à contr. ſenſ. de eo quod cert. loc.*

Ratio decidendi. Non alia ratione tenetur, quàm quia argentariam exercuit. Ergo nec alio loco, quàm in quo exercuit. Ibi enim & contraxiſſe intelligitur, & ſe, vt ederet obligaſſe *leg. 1. & 2. Codice. vbi de ratiocin. tam. public. quàm priu. agi opor. leg. heres abſens 19. §. 1. & 2. de iud.*

a *In alia prouincia habeat.* Ratio dubitandi. Editio ibi facienda eſt, vbi commodius fieri poteſt: Atqui poteſt commodius fieri in eo loco, in quo ſunt inſtrumenta, quam in quo reus argentariam exercuit. Ergo ibi facienda editio eſt.

Ratio decidendi. Non debuit reus transferre inſtrumenta argentariæ in alium locum, quàm in quo argentariam exercuit, & in eo primùm peccauit, quod tranſtulit. Debet ergo ſibi imputare, ac ſuis ſumptibus inſtrumenta reportare in eum locum, vnde exportare non debuerat. Non ſolùm ſi dolo malo id fecerit, ne videlicet ſua ei calliditas proſit *leg. ſed etſi hereditas 11. §. 1. verſic. interdum infr. ad exhib.* ſed etiamſi ſine dolo, quia ſemper verum eſt, id eum feciſſe quod facere non debuit, neque ex eius facto incommodiorem actori exhibitionem fieri debuiſſe. Planè ſi vrgeatur ad editionem in eo loco, in quo ſunt inſtrumenta, non poteſt recuſare eo prætextu quòd alibi argentariam exercuerit. Quæ enim ratio prodeſſet actori, non poteſt ipſi reo prodeſſe, cui proprium factum nocere debet.

b *Quòd ſi alio loco.* Tota hæc additio vſque ad finem legis videtur mihi eſſe Triboniani. Nam quod ſcriptum eſt, *alibi autem ad editionem compelletur*, præſupponi, poſſe argentarium compelli ad editionem faciendam alio loco, quàm in quo argentariam exercet: quod pugnat non modò cum ratione iuris, ſed eum eo etiam, quod ſtatim ſequitur, *minimè cogitur hoc facere.* Deinde quis hanc locutionem probet, pro eo, quod voluit Vlpianus dicere, Si argentarius vrgeatur ad editionem alibi, quàm vbi exercet argentariam, non eſſe illum edere cogendum? Sed & quod ſequitur per ſpeciem exceptionis, *niſi deſcriptum velis, vbi de ea re agitur, eum tibi dare.* Sanè deſtruit præcedentem ſententiam. An non enim hoc ipſum *edere* eſt, deſcriptum dare? Imò plus quàm edere eſt, quia vt editio fiat ſufficit fieri copiam deſcribendi *l.1.§.1 ſupr.* Plus autem eſt deſcriptum dare, quàm deſcribendi copiam facere. Nec iniquitatem tollit, quod temperamenti loco ſubiicitur, *tuis videlicet ſumptibus.* Non enim ſolis ſumptibus id fieri poteſt, ſed periculum quoque in eo verſatur magnum, ne rationes dum per longum fortaſſis, & ſuſpectum iter afferuntur, intercidant *d.l. ſed etſi hereditas 11.§.1.verſic.interdum ad exhibendum.* aut ipſius argentarij, vel alterius, qui ipſius nomine eas perferat ſalus periclitetur *l.inter cauſas 26.§.non omnia mandat. l.penult.in fin.de donationibus.* quorum omnium nihil verendum eſt, ſi non vrgeatur ille alio loco edere, quàm in quo & rationes ſunt, & argentariam exercet *l.ſi ſeruus 61. §. quod verò ad mandati. de furt.* Denique nunquam vrgeri quis debet, vt faciat id, ad quod non tenetur, hoc ſolo prætextu, quòd alieno ſumptu adeóque periculo id facturus ſit. *lege nemo ideò 171. de regulis iuris leg. teſtamento 17. §. 1. de teſtam. tut.*

5. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

SPatiúmque ad perferendas eas tribuendum eſt.

Ad l. Spatiúmque 5.

Huius legis coniunctio cum præcedente, oſtendit veriſſimum eſſe, quod proximè adnotauimus vltimum verſic. *§.fin.* eſſe Triboniani, non Vlpiani. Quænam enim eſſet dubitandi ratio, cur ſpatium ad perferendas rationes non videretur dandum ei, qui ad ipſarum editionem alibi vrgeretur, quàm vbi deberet, id eſt, quàm vbi argentariam exercuiſſet? At erit perelegans & Pauli ſententia, & ratio dubitandi, ſi hæc lex referatur ad verba illa Vlpiani *hoc enim primùm deliquit, quod aliò inſtrumenta tranſtulit.* Videbatur enim hunc argentarium, qui rationes aliò tranſtulerat ſtatim debere condemnari ad id, quod actoris intereſſet, ob non editas in promptu rationes: cùm ipſius facto contigerit, ne poſſit eas ſtatim edere, nec niſi per eum factum ſit, quominùs poſſit. Sed ratio decidendi eſt, quòd ipſius ſiue dolus, ſiue culpa ſatis in eo punitur, quòd & ſuis ſumptibus, & ſuo periculo cogitur

rationes

rationes eò referre, vnde malè abſtulerat: nec vſque adeò inhumaniter cum eo agendum eſt, vt per impoſſibilitatem præcludatur ei via faciendi id, ad quod faciendum vrgeator.

6. Vlpianvs libro 4. ad Edictum.

SI quis ex argentariis (vt plerique eorum) in villa habeat inſtrumentum, vel in horreo: aut ad locum te perducet, aut deſcriptas rationes dabit.

Ad l. Si quis ex argentariis.

Ratio dubitandi. Argentarius ibi tenetur edere, vbi argentariam exercuit *l. 4. §. vltim. ſupr.* Atqui eam neque in villa, neque in horreo exercuit, ſed in vrbe: Ergo neque ibi poteſt edere. Ratio decidendi. Non cogitur is, qui editionem petit, ire ad villam, aut ad horreum: ſed ſi nolit ire, cogitur argentarius deſcriptas rationes dare, quod plus quam edere eſt. Edit enim & qui copiam deſcribendi facit, licet non ipſe deſcribat *l. 1. §. 1. ſupr.*

1 ¶ Cogentur & ſucceſſores argẽtarij edere rationes. Quod ſi plures ſunt heredes, & vnus habeat [a], ſolus ad editionem compelletur: ſed ſi omnes habeant [b], & vnus ediderit, omnes ad editionem compellendi ſunt. Quid enim, ſi humilis & deploratus vnus edidit, vt dubitare quis meritò de fide editionis poſſit? vt igitur comparari rationes poſſint, etiam cæteri edere debent, aut certè vnius editioni ſubſcribere. ¶ Hoc idem erit, & ſi plures fuerint argentarij, à quibus editio deſideratur. Nam & ſi plures tutores tutelã adminiſtrauerunt ſimul, aut omnes edere debent, aut vnius editioni ſubſcribere.

Ad §. 1. Cogentur & ſucceſſores.

Ratio dubitandi. Edictum non pollicetur actionem, niſi in argentariæ menſæ exercitores *l. 4. in pr. ſupr.* Ergo in eorum heredes dari non debet, ſaltem eo caſu, quo non ſint illi eiuſdem profeſſionis.

Ratio decidendi. Heres ſuccedit in locum, & ius defuncti, & ideò eius partibus fungi debet, factúmque ipſius præſtare: licèt non ſit eiuſdem profeſſionis *l. quadam 9. §. nihil intereſt infr. eod.*

a *Et vnus habeat.* Ratio dubitandi. Heres argentarij non tenetur edere ex hoc edicto, niſi quia heres eſt *d. l. quadam 9. §. nihil intereſt. ĵ. eod.* Ergo nec niſi quatenus heres eſt, & conſequenter pro parte tantùm hereditaria *l. ſiue à certis 17. de duob. reis.* Omnia enim onera hereditaria diuiduntur ipſo iure per leg. 12. tabular. inter coheredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. petat. l. heredes eius 25. §. an ea ſtipulatio. famil. erciſcund. l. 1. & 2. Cod. ſi vnus ex pluribus hered. credit. vel debit.*

Ratio decidendi. Heres, licèt non poſſit teneri ipſo iure, tanquam heres, niſi pro portione hereditaria: ſi tamen ſolus habeat facultatem præſtandæ eius rei, quæ petitur, ſolus quoque tenetur: quaſi hoc boni cuiuſlibet iudicis, multóque magis boni prætoris arbitrio conueniat *l. 3. §. heres eius infr. commod. l. actione diſtrahitur 65. §. antepinult. pro ſocio.* Eiuſmodi verò eſt editio rationum. Nec enim aliud eas poteſt edere, quàm qui habet, arg. *l. officium autem 9. de rei vind.*

b *Sed ſi omnes habeant.* puta nondum diuiſa inter eos hereditate. Ratio dubitandi. Factum editionis indiuiduum eſt, cùm is dicatur dolo malo non edere, non ſolùm qui malitioſè edidit, ſed & qui in totum non edidit *l. vbi exigitur 8. verſ. dolo malo infra.* Ergo editio ab vno ex heredibus facta, ab omnibus facta eſſe intelligitur *l. 2. §. penult. & vlt. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Editio rationum fit ad habendam probationem. Poteſt autem fieri, vt vnus ille ex heredibus, qui edidit adeò humilis ſit, & deploratus, vt dubitare quis meritò de fide editionis poſſit. Vt igitur comparari inuicem rationes poſſint: omnes debent edere, aut certè, quod faciliùs futurum eſt, vnius editioni ſubſcribere. Cur non enim cæteros coheredes hoc ſaltem præſtare cogamus, quod ſine ipſorum diſpendio & incommodo futurum eſt *l. in creditore 38. in fin. de euictionibus.* Idem iuris eſt, ſi vel plures argentarij ſint, vel plures tutores eius pupilli, qui argentario ſucceſſerit. Eadémque in omnibus his caſibus dubitandi, & decidendi ratio eſt.

2 ¶ Exigitur autem ab aduerſario argentarij iuſiurandum, *non calumniæ cauſa poſtulare edi ſibi*: ne fortè, vel ſuperuacuas rationes, vel quas habet, edi ſibi poſtulet vexandi argentarij cauſa.

Ad §. 2. Exigitur autem ab aduerſario.

Ratio dubitandi. Nemo niſi ex neceſſitate cogendus eſt iurare, metu ſcilicet & periculo periurij *l. qua ſub conditione 8. de cond. inſtit. l. non dubitamus 20. de cond. & demonſt.* Atqui nulla hîc neceſſitas eſt iurandi, cùm nemo præſumatur calumniator. *l. 1. §. penult. l. penult. de calumniatoribus. l. ob hæc verba 20. de his qui not. infam.*

Ratio decidendi. Eſt hoc iuſiurandum purgationis dumtaxat: non probationis: nec metus, aut periculum vllum periurij ſubeſt, cùm quis iurare cogitur de eo, quod in mente ſua gerit. Quis enim poteſt hæſitare, an calumniator ſit necne? Ideò autem æquum eſt interponi hoc iuſiurandum, quia editionis faciendæ neceſſitas habet plerunque vexationem, nec deſunt qui vexandi tantùm gratia petant ſibi edi rationes, vel quas iam habent, vel quibos non indigent. Iunge quæ ſcripſi ad §. 3. *l. 4. ſupr. & l. quadam ſunt 9. §. pen. ĵ. eod.*

3 ¶ Rationem autem eſſe Labeo ait, vltro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, ſoluendi ſui cauſa negotiationem, nec vllam rationem nuda dumtaxat ſolutione debiti incipere, nec ſi pignus acceperit, aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem eſſe. Sed & quod ſolui conſtituit, argentarius cedere debet: nam & hoc ex argentaria venit.

Ad § 3. Rationem autem.

Ratio dubitandi. Creditorum appellatione continentur ij omnes, quibus ex quacunque cauſa debetur *l. creditores 10. cum duabus ſequentibus. de verborum ſignificatione.* Ergo etiam is, qui pignus accepit, aut mandatum edere compellendus eſt tanquam ſuo creditori: cùm ratio nihil aliud ſit, quam credendi, obligandi, aut ſoluendi ſui cauſa facta negotiatio. Ratio decidendi. Aliud eſt debitum, aliud ratio. Nulla ratio eſt ſine debito, at debitum poteſt eſſe ſine ratione. Prætor autem non iubet edi ex quacunque cauſa creditori: ſed iubet tantùm edi rationem

tionem

tionem. Ratio autem nulla poteſt incipere à nuda ſolutione debiti, hoc eſt, ab ea ſolutione, cui non dicatur cauſam dediſſe debitum præcedens, in eandem rationem collatum. Eſt enim ratio debiti & crediti facta inuicem comparatio. *l. emptor prædij* 47. *in fin. infr. tit. prox.* Ex hoc autem apparet editionis neceſſitatem non poſſe induci ex eo ſolo, quòd aliqua ex cauſa interſit agentis, ſed eo ſolo caſu, quo de rationum editione agatur, quia hæc pars edicti de ſolis rationibus edendis locuta eſt, licèt detur actio ad id quod interfuit agentis. *§. ſequent.*

c *Quod ſolui conſtituit argentarius.* Ratio dubitandi. Non poteſt ratio incipere à nuda debiti ſolutione, vt proximè dictum eſt. Ergo neque à conſtituto ſoluendi. Ratio decidendi. Hoc euenit ex argentaria, vt argentarius conſtituat ſe ſoluturum. Nec incipit hoc caſu ratio à ſolutione, ſed ab obligatione, non ſolùm quòd per conſtitutum contrahatur obligatio prætoria. *§. de conſtituta. Inſtitut. de action.* ſed etiam quia conſtitutum valere non poteſt, quin id quod ſolui conſtitutum fuit, iam ante deberetur. *l. 1. §. debitum. de conſtituta pecunia.* Non eſt ergo extra rationem argentariæ, vt quis conſtituat ſe ſoluturum, & à tali conſtituto incipiat.

4 ¶ Ex hoc edicto in id, quod interfuit [d], actio competit.

Ad §. 4. Ex hoc edicto.

Ratio dubitandi. Verbis edicti, quæ Vlpianus retulit in *l. 4. in prin. h. tit.* nihil expreſſum eſt de danda actione in id, quod interſit, vel interfuerit agentis, ſed tantùm iubentur menſæ argentariæ exercitores rationem edere, adiecto die, & Conſule. Ratio decidendi. Credibile eſt iis verbis relatam fuiſſe priorem tantùm, non etiam poſteriorem partem edicti. De rationibus edendis. Et tamen etiamſi non alia verba edicti fuiſſent, potuiſſent tamen ea ipſa ſufficere ad dandam actionem in id quod interfuiſſet, aduerſus non edentem, cùm edere ſit facti: in iis autem quæ ſunt facti ſuccedat ſola iuris poteſtate præſtatio eius quod intereſt. *lege ſi quis ab alio* 13. *§. vltim. de re iudic. leg. ſtipulationes.* 71. *leg. quoties quis alium.* 81. *de verborum obligatione.*

d *Quod interfuit.* Rectè, non vt aliàs ſolet, *quod intereſt*, propter rationem poſitam in *leg. vbi exigitur.* 8. *§. 1. eodem.*

5 ¶ Vnde apparet, ita demum tenere hoc edictum, ſi ad eum pertineat. ¶ *Pertinere* autem videtur ad me ratio, ſi modò eam tractauerit, me mandante [a], ſed ſi procurator meus [b] abſente me mandauerit, an mihi edenda ſit, quaſi ad me pertineat? & magis eſt, vt edatur. ¶ Procuratori quoque meo [c]: edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quaſi ad eum pertineat: & cauturum de rato [d], ſi mandatum ei non ſit [e].

Ad §. 5. Vnde apparet.

Ratio dubitandi. Argentarius non alia ratione iubetur edere, quàm quia officium & miniſterium publicum gerit quod publicam habet cauſam *l. argentarius.* 10. *§. 1. inf. eod.* Ergo non eſt diſtinguendum ad quem pertineat ratio, cuius editio poſtulatur. Quomodo nec in popularibus actionibus, aut publicis iudiciis diſtinguimus quis agat, ſed omnes admittuntur. *l. 1. l. poſthumus* 6. *§. ſi quis. de inoffic. teſt.* licèt is cuius intereſt præferatur. *l. 3. §. 1 & l. ſeq. de popul. actio.* Ratio decidendi. Non intereſt reipublicæ, ſed agentis tantùm, vt editio rationum fiat. Contrà verò intereſt & argentarij, & reipublicæ, vt non malè quiſquam vexetur ob ſuperuacuam aut indebitam editionem, ne huius incommodi metu tardiores fiant negotiatores ad argentariam exercendam. Aliis ergo permittendum non fuit editionem petere, quàm quorum eo tempore intereſt, ac proinde, ad quos ratio pertineret. Popularium & publicarum actionum alia ratio eſt, quia competunt ad publicum ius tuendum, quo reſpectu nemo eſt in populo cuius non interſit *l. 1. de pop. act.*

a *Me mandante.* Ratio dubitandi. Mandatum plerunque contrahitur aliena gratia. *leg. 2. §. aliena infra mandat.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt ad me ratio pertineat, ob id ſolùm, quòd confecta ſit me mandante. Ratio decidendi. Eius, qui mandauit licèt aliena gratia, intereſt etiam proprio nomine, cùm futurum ſit, vt ei cuius negotia inutiliter geſſerit, teneatur vel actione mandati, ſi ex ſuſcepto mandato eam rem alij rurſum mandauerit, vel ſaltem negotiorum geſtorum, ſi mandatum nullum interceſſit, *l. ex mandato.* 20. *§. 1. & paſ. mandat.* Ergo ei quoque edendum eſt, tanquam ad quem pertineat ratio, quam fieri mandauit.

b *Si procurator meus.* Ratio dubitandi. Negotium à procuratore meo, tanquam procuratore geſtum, non ad procuratorem meum, ſed ad me pertinet: adeò vt etiamſi ſtipulatus ipſe ſit, *quanti ea res erit*, non ſuam tamen, ſed domini vtilitatem in ſtipulatum deduxiſſe videatur. *l. pen. in fin. ſupr. ſi quis cautionibus. l. quoties quis alium* 81. *§. 1. de verb. oblig.* Ratio decidendi. Etiam ad procuratorem intelligitur pertinere negotium, cuius rationem debet ille domino reddere iudicio mandati.

c *Procuratori quoque meo.* Ratio dubitandi. Ratio, quam mecum habet procurator meus etiam ad me pertinet. Ergo non eſt edenda procuratori meo, tanquam quæ ſit aliena *leg. lecius eſt* 96. *§. 1. de verborum ſignificat.*

Ratio decidendi. Ad vtrumque noſtrum pertinet, quia nihil vetat, quod ad me pertinet ad alium quoque pertinere, putà ſi ſit commune. *leg. illud dubitationis.* 46. *de rit. nupt. leg. rectè dicimus.* 139. *§. vltim. de verborum ſignif.* Prætor autem, vt cogat argentarium edere, hoc tantùm acquirit, vt res pertineat ad actorem, non etiam, vt ad alium non pertineat.

d *Et cauturum de rato.* Ratio dubitandi. Nunquam cauet de rato is, qui proprium negotium gerit, id eſt, ad quem negotium proprio nomine pertinet, ſed is tantùm qui alieno agit nomine, ſine mandato, aut cum eo mandato, de cuius vel fide, vel poteſtate dubitetur. *lege 1. 3. lege exigendi* 12. *& paſſ. Codice de procurat. lege non ſolùm autem.* 59. *§. 1. infra eodem tit. titul.* Reſpondeo hac nimirum ratione cogi me, vt putem locum eſſe corruptum, ac pro *&* legendum eſſe *nec.* Nam præcedentia oſtendunt edendum eſſe hoc caſu procuratori, non tanquam procuratori, ſed proprio nomine, & *quaſi ad eum res pertineat*: quo certè non niſi per iniuriam cautio rati habitionis ab eo exigi poteſt. Neque pugnat quod ſcriptum eſt in *d. l. non ſolùm autem.* 59. *§. 1.* cautionem iſtam à procuratore interdum exigendam, tum quoque cùm agit proprio nomine. Id enim tunc obtinet, cùm actioni proprio nomine competenti, cauſam dedit alia actio priùs inſtituta procuratorio nomine, vt in caſibus ibi allatis: quod in ſpecie noſtra dici non poteſt.

e *Si mandatum ei non ſit.* An quia magis de rato cauere debeat, ſi ſit ei mandatum? Imò multò minùs cauere debet, qui mandatum habet, dummodo clarum & indubitatum ſit. *dict. l. 1. Cod. de procur.* ſed quia ille potiſſimum caſus eſt, quo ſolet tractari de cautione rati. ſenſus ergo talis eſt, ac ſi ſcriptum eſſet, *etſi mandatum ei non ſit*, aut ita potiùs, *nec ſi mandatum ei non ſit*, cauturum tamen de rato quod non intelligens imperitus interpres, mutauit in prioribus *nec* in *&* propterea, quod quoties nullum mandatum profertur, ſoleat eſſe cautio illa neceſſaria. Sed debuerat animaduertere, id tunc verè dici, cùm is qui mandatum nullum profert, agit alieno nomine, non etiam ſi agat ſuo.

6 ¶ Si

6 ¶ Si initium tabularum habet diem, in quibus Titij ratio ſcripta eſt, poſtmodum mea ſine die, & conſule: etiam mihi edendus eſt dies, & conſul, communis enim omnis rationis eſt præpoſitio diei, & conſulis.

Ad §. Si initium tabularum.

Ratio dubitandi. Non eſt mihi edendum id, quod ad me non pertinet. *§. prox. ſupr. leg. quadam ſunt 9. §. vltim. inf.* Atqui initium tabularum, in quibus ratio Titij ſcripta eſt, cum die & conſule non ad me, ſed ad Titium pertinet: quia Titij ratio eſt, non mea. Ratio deciden-di. Mea etiam eſt præpoſitio diei & conſulis, quia communis eſt rationibus omnibus poſtea ſcriptis, quæ diem & conſulem non habent. Ergo mihi edi debet. Communem verò eſſe ex eo apparet, quòd rationum pars aliqua ſemper eſt dies & conſul, cùm accepta & data non aliter poſſint apparere, & inuicē conferri, quàm ſi dies & conſul fuerit editus. *l. 1. §. editiones verſic. rationes ſupr. eod.*

7 ¶ Edi autem eſt [f], vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre.

Ad §. 7. Edi autem.

f *Edi autem eſt.* Definitio hæc editionis generalis eſt, pertinétque ad editionem quamlibet, ſiue actionis, ſiue rationum, ſiue inſtrumentorum, vt & illa de qua in *l. 1. §. 1. ſupr. eod.* vbi dixi.

8 ¶ Prætor ait: *argentario, ſiue, qui iterum edi poſtulabit, cauſa cognita edi iubebo.*

9 ¶ Prohibet argentario edi illa ratione, quòd etiam ipſe inſtructus eſſe poteſt inſtrumento ſuæ profeſſionis: & abſurdum eſt, cùm ipſe in ea ſit cauſa, vt edere debeat, ipſum petere, vt edatur ei. ¶ An nec heredi [g] argentarij edi ratio debeat, videndum, & ſi quidem inſtrumentum argentariæ ad eum peruenit, non debet ei edi: ſi minùs, edenda eſt ex cauſa: nam & ipſi argentario ex cauſa ratio edenda eſt: ſi naufragio, vel ruina, vel incendio, vel alio ſimili caſu rationes perdidiſſe probet, aut in longinquo habere, veluti trans mare.

Ad §. 8. Prætor ait & §. 9. Prohibet argentario.

Ratio dubitandi. Edictum hoc iubet edi argentario ex cauſa: Ergo non eſt prohibitorium. Ratio decidendi. Hoc ipſo, quod prætor iubet edi argentario ex cauſa, prohibet ſatis ne poſſit ille petere editionem, niſi ex magna cauſa, id eſt, vt ſequentia explicant, ſi naufragio, vel ruina, vel incendio, vel alio ſimili caſu, rationes perdidiſſe probetur: aut in longinquo eas habere, veluti trans mare. Alioqui abſurdum eſt, cùm ipſe in ea cauſa ſit, vt edere debeat, ipſum petere, vt edatur ei. Poteſt enim ipſe & debet inſtructus eſſe inſtrumento ſuæ profeſſionis.

g *An nec heredi.* Ratio dubitandi. Heres argentarij non ſemper argentarius eſt, eiuſdémque cum defuncto profeſſionis. *l. quadam ſunt. 9. §. 1. j. eo.* Ergo non eadem ratio, quæ nocet argentario, ne poſſit editionem petere, nocet etiam ipſius heredi. Ratio decidendi. Eadem ratio eſt heredis, quæ defuncti: etiam ſi heres argentarius non ſit, quoties inſtrumentum argentariæ ad heredem peruenit. Cùm hoc caſu æquè ſit inſtructus, ac ſi eſſet argentarius, adeóque idem illud inſtrumentum edere ſit compellendus. Cur ergo ei permittatur petere editionem? Niſi ex cauſa. Nam ſi ipſi quoque argentario interdum edi oportet ex cauſa, quanto iuſtius eius heredi qui argentarius non eſt?

10 Nec iterum poſtulanti edi prætor iubet, niſi ex cauſa.

7. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

VEluti peregrè habere, quod primùm editum eſt, doceat: vel minùs plenè editum: vel eas rationes, quas caſu maiore, non verò negligentia, perdiderit: nam ſi eo caſu amiſit, cui ignoſci debeat, ex integro edi iubebit.

Ad §. 10. Nec iterum. & Ad l. Veluti ſi peregrè 7.

Ratio dubitandi. Editio iam ſemel facta, ſi iterum petatur, ideo denegatur, quia præſumitur peti per calumniam. Atqui ea præſumptio tollitur per iuſiurandum de calumnia, quod ſemper, & ante omnia neceſſe eſt præſtari ab eo, qui petit editionem. Ergo permitti & iuberi indiſtinctè debuit editio iterata, dum is, qui petit iuret de calumnia. Ratio dubitandi. Non ſufficit hoc caſu iuſiurandum de calumnia, ad exonerandum eum, cui iam ſemel editio facta eſt, vt non dolo malo eandem editionem iterum petere videatur, cùm per primam editionem potuerit eſſe inſtructus. Itaque noua cauſa iterandæ editionis alleganda, & probanda eſt, veluti ſi doceat ſe peregrè habere, quod primum editum eſt, vel minùs plenè fuiſſe editum, vel eas rationes caſu maiore, non verò negligentia, perditas fuiſſe. His enim omnibus caſibus eſt ſanè quod ignoſcatur ei, cui nihil imputari poteſt, vt ex integro fiat editio: cùm ea quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio. *l. veluti ſi peregre. 7. ſupr. tit. l. de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.* Maximè cùm poſſit ea iterata editio fieri ſine magno diſpendio, & incommodo eius, contra quem editio poſtulatur. arg. *leg. in creditore 38. in fin. de euict.*

1 ¶ Hæc vox *iterum* duas res ſignificat: alteram, qua demonſtraretur tempus ſecundum quod Græci δεύτερον dicunt: alteram, quæ ad inſequentia quoque tempora pertinet, quæ Græcè dicitur πάλιν, quod ita accipitur, quotiens opus erit: nam poteſt fieri, vt bis editam ſibi rationem quis perdiderit, vt verbum *iterum* pro *ſæpius* accipiatur.

Ad l. 7. Ad §. 1. Hæc vox iterum.

Ratio dubitandi. Pluralis locutio duorum numero contenta eſt. *l. vbi numerus 12. de teſt. b.* Ergo quod prætor edixit, vt ex cauſa iterum fieri editio debeat, ſic accipiendum eſt, vt tamen non amplius, quàm bis fiat: vt de inſtrumentorum recognitione, & diſpunctione ſæpius concedenda ſcriptum eſt in *l. cùm plures 15. §. vltim. de reb. autor. iudic. poſſid.* Ratio decidendi. Non debet editio fieri amplius, quàm his, niſi allegetur noua cauſa quæ ſuperuenerit poſt ſecundam editionem: Tunc enim non minor ratio eſt iubendæ tertiæ editionis, quàm fuerit iubendæ

iubendæ ſecundæ, eadem æquitate id ſuadente, & fauore probationis, quæ ad veritatem habendam neceſſaria eſt. Et ita intelligi debet, quod ſcribit Vlp. in *dict. leg. cùm plures.* 15. *§. vltim.* Etſi non loquitur eo loco, de editione rationum facienda ex hoc edictu, ſed de recognitione, & diſpunctione, quam prætor fauorabiliter creditoribus fieri permittit, & quæ tamen, etiamſi non permitteretur, non eo magis damnum ſenſuri eſſent creditores. Quod diuerſum eſt in rationum editione: Non ſolùm quia fit ad probandum id, quod aliter fortaſſe probari non poſſet: verùm etiam, quia edicto ipſo prætoris iubetur editio, ex cauſa *iterum* fieri, id eſt, ſæpius, & quoties opus erit, cùm poſſit fieri, vt bis editam ſibi rationem quis ſine culpa ſua perdiderit, vt hîc Paulus ait.

8. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

VBi exigitur argentarius rationes edere tunc punitur [a], cùm de dolo malo non exhibet, ſed culpam non præſtabit, niſi dolo proximam. Dolo malo autem non edit, & qui malitioſè edidit, & qui in totum non edit.

Ad l. Vbi exigitur 8.

Ratio dubitandi. Argentarius cogitur edere ex officio ſuæ profeſſionis. *l. ſeq.* §. 1. *l. argentarius* 10. §. 1. ꝟ. Ergo etiam culpam præſtare debet, cùm ei, cui culpa aliqua imputari poteſt in re ad ſuam profeſſionem ſpectante, non ſit ignoſcendum. Nam quælibet negligentia in officio, culpa eſt. Præſertim, cùm prætor indiſtinctè iubeat argentarium edere: Perinde autem verum ſit non edere illum, qui eſt in culpa, licèt non dolo proxima, atque illum, qui eſt in dolo. Cur non ergo condemnandus eſt in id omne quod intereſt actoris: quandoquidem edicto prætoris non ſatisfecit? Ratio decidendi. Edictum hoc, qua parte coërcet eum, qui iuſſus edere, noluit parere prætori, pœnale eſt: licèt ex parte agentis rei potius perſecutorium ſit, cùm non detur ei, niſi eius interſit, & quatenus interſit. Nulla ſi quidem alia ratio eſt condemnandi argentarij in id quod intereſt actoris, niſi quod non ſatisfecerit edicto. Quænam enim alia, vel promiſſio, vel obligatio ſuberat, aut edendi, aut præſtandi id quod intereſſet: Atqui non viſum eſt prætori æquum puniri quempiam hoc nomine, ob ſolam culpam, niſi quæ dolo proxima eſſet. Nam nec ferè alia culpa eſſe poteſt in non faciẽdo eo, cuius faciendi obligatio nulla præceſſerit.

a *Tunc punitur.* Vt appareat edictum hoc eſſe pœnale, ex parte illius, qui conuenitur.

1 ¶ Is autem, qui in hoc edictum incidit, id præſtat, quod interfuit mea, rationes edi, cùm decerneretur à prætore, non quod hodie intereſt. & ideò licèt intereſſe deſiit [b], vel minoris, vel pluris intereſſe cœpit locum actio non habebit [c]: neque augmentum, neque minutionem.

Ad §. 1. Is autem, qui in hoc edictum.

Ratio dubitandi. Edictum hoc eſt pœnale, vt proximè dictum eſt: Ergo non eſt curandum an interſit, aut aliquando interfuerit agentis, necne. *leg. 1. §. vltim. ſi quis ius dicenti non obtemp. leg. ſi per alium.* 5. *§. 1. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.* Ratio decidendi. Pœnale quidem eſt ex parte illius, qui conuenitur: cuiuſc. condemnandi, aut ad editionem, aut ad præſtationem eius quod intereſt nulla ſubeſſet ratio, ſi edictum prætoris nullum eſſet. At ex parte actoris continet rei perſecutionem, quia non alij editionem fieri prætor iuſſit quàm cuius intereſſet. Alia ratio eſt edictorum, quæ ſunt pœnalia ex vtraque parte.

b *Licèt intereſſe deſiit.* Ratio decidendi. Non videtur vnquam interfuiſſe, cùm deſiit intereſſe, ſicut nec dicitur verſum, quod non durat verſum. *l. ſi pro patre.* 10. *§. verſum de in rem verſ.*

Ratio decidendi. Vbi ſemel cœpit intereſſe nata exinde eſt actio ex hoc edicto, quæ ſemel nata non poteſt intercidere ob id ſolùm, quod deſierit intereſſe. Actiones enim ſemel competentes non extinguntur niſi certis modis, inter quos hic non eſt. *d. l. cuncta re.* 16 *§. ſi ſeruum. leg. habere licere.* 57. *de euict. l. verbis legati.* 5. *ad le. falcid.*

c *Locum actio non habebit.* Tollenda eſt hæc dictio, locum, & ea ſublata legendum vno contextu *actio non habebit neque augmentum neque diminutionem.* Fuit enim addita ab imperito interprete, exiſtimante aliquid deeſſe ad perfectum ſenſum eorum verborum, *actio non habebit*, & in eo verbo *habebit* quieſcendum, quaſi duplex illa negatiua ſequens non poſſet iungi præcedenti negationi quin faceret ſententiam affirmatiuam. Ex eo quod dici ſolet apud Latinos: duas negationes æquipollere affirmatiuæ. ſed debuerat animaduertere non habere id locum, quando poſt negationem ſimplicem ſequitur negatiua coniunctio *neque*, vt ſi quis dicat, *non accepi tuas litteras, neque primas neque ſecundas.* Eiuſque rei exempla innumera paſſim occurrunt apud Ciceronem, & bonos latinitatis autores. Iunge quæ dixi ad *l. ſi quis ex argenta.* 6. *§.* 4. *ſupr. eod.* & quæ dicam ad *l. argentarius.* 10. *§. cum autem infr.*

9. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

QVædam ſunt perſonæ, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen à prætore per hoc edictum compelluntur: veluti cùm procurator res, rationéſve noſtras adminiſtrauit, non cogitur à prætore per metum in factum actionis rationes edere: ſcilicet quia id conſequi poſſumus per mandati actionem. Et cùm dolo malo ſocius negotia geſſit, prætor per hanc clauſulam non interuenit: eſt enim pro ſocio actio. Sed nec tutorem cogit prætor pupillo edere rationes, ſed iudicio tutelæ ſolet cogi edere [d].

Ad l. Quædam ſunt 9.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt eorum omnium, qui aliqua actione cogi poſſunt ad editionem, an cogantur ex hoc edicto per metum actionis in factum, quam in eos ſi non edant datutus eſt prætor: an verò per aliam actionem. Imò eſſet iis vtilius, vt ex hoc edicto tenerentur, quàm actione mandati, vel ſocietatis, vel tutelæ. Siquidem actiones non omnes, quoties ſententia ſequitur, infamant. *leg. 1. de his qui not. infam.* actio autem ex hoc edicto non infamat. Porrò non ſolet prætor famoſam actionem concedere, quoties alia competit, quæ non ſit famoſa. *leg. 1. §. ait prætor de dolo.* Ratio decidendi. Edictum hoc ſpecialiter conceptum eſt in argentarios, contra quos nulla iure ciuili actio erat prodita, nec fuit inducendum contra eos, qui metu alterius actionis durioris iam comparatæ, in eo eſſent, vt non poſſent recuſare, vel differre editionem. Neque eſt quod ideo de prætore conquerantur, cùm ſit in ipſorum poteſtate facere, ne famoſa actione condemnetur, ſcilicet ſi metu infamiæ ab initio edant ex bona fide, neque expectent condemnationem. argum. *l. item ſi cum exceptione.* 14. *§. in hac actione. in fin. inf. quod met. cauſ.*

d *Solet*

d *Solet cogi edere.* Ratio eſt, quia omnia hæc iudicia mandati, ſocietatis, tutelæ & ſimilia ſunt bonæ fidei, in quibus proinde veniunt omnia, quæ ſunt ex bona fide: in hoc autem numero neceſſitas eſt faciendæ editionis inſtrumentorum omnium, quæ ad eius actionis cauſam pertinent. *lege ſi procuratorem in prin. mandati.*

1 ¶ Nihil intereſt, ſi ſucceſſores, aut pater, aut dominus argentarij, eiuſdem fuerunt profeſſionis: quia cùm in locum, & in ius ſuccedant argentarij, partibus eius fungi debent. ¶ Is autem, cui argentarius rationes ſuas legauit [e], non videbitur contineri (quia iuris ſucceſſor [f] his verbis ſignificatur) non magis quàm ſi ei viuus eas donaſſet [g]. Sed nec heres tenebitur [h], cùm nec poſſideat, nec dolo malo fecerit. Sed ſi ei, antequam eas legatario traderet renunciatum fuerit, ne antè eas tradat, tenebitur, quaſi dolo fecerit [i]. Item ante quàm eas tradat, tenebitur: quòd ſi nihil dolo fecerit [k]: cauſa cognita, legatarius cogendus eſt edere.

Ad §. 1. Nihil intereſt.

Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad *l. ſi quis ex argentariis. 6. §. 1. ſupr. eod.*

e *Cui argentarius rationes ſuas legauit.* Ratio dubitandi. Legatarius hic rationum argentarij, licèt non ſit iuris ſucceſſor, tamen habet earum edendarum, & exhibendarum facultatem. Ergo non minus cogi debet eas edere, quàm ſi eſſet iuris ſucceſſor. ſicuti dicimus, heredem ex parte, quamuis non niſi pro ea parte iuris ſucceſſor ſit, ſi tamen rationes ſolus habeat, in ſolidum vt edat conueniri poſſe. *dict. leg. ex argentariis. 6. §. 1. ſupr.* Item eum quoque, qui verè non poſſidet, ſi tamen reſtituendæ rei habeat facultatem, poſſe per vindicationem conueniri. *l. officium autem. 9. de rei vindic.* Ratio decidendi. Actio hæc non competit, niſi ex hoc edicto cuius tamen verba non loquuntur, niſi de argentariæ menſæ exercitoribus: Quo nomine heredes quoque comprehendi quidem poſſunt, tanquam iuris ſucceſſores, etiamſi non ſint argentarij, ſed legatarius non poteſt, quamuis rationes habeat. Nec enim actio hæc datur in rem, hoc eſt, ad vindicandam chartam, in qua rationes deſcriptæ ſunt, nec in rei poſſeſſorem: ſed eſt merè perſonalis in argentarium ipſum, aut eos, qui in ius, & locum ipſius ſucceſſerunt. Itaque tametſi argentarius, aut eius heres neget ſe habere rationes, non eo minùs iubetur edere: licèt non ſit puniendus actione in factum, ſi nihil fecerit dolo malo, aut culpa dolo proxima vt hîc *& l. prox. ſupr.* E contrario, etiamſi rationes aliquis extraneus habeat, ſiue quòd eas ex caſu fortuito, ſiue ex iuſta cauſa nactus ſit, non poteſt vrgeri ad editionem.

f *Quia iuris ſucceſſor.* Ratio dubitandi. In re legata legatarius quodammodo quaſi heres eſt. *l. ad tempus. 14. §. 1. de vſucapio.* Ergo perinde ac heres cogi debet ad editionem.

Ratio decidendi. In acceſſione temporis, quo teſtator poſſedit, verum illud eſt, vt ea lex ait, ſed in cæteris non item: præſertim quod ad ſuſcipiendas perſonales actiones paſſiuas: quæ cùm non fuerint in bonis defuncti neque legari potuerunt, neque cum re legata in legatarium tranſire, ſed ex lege duodecim tabularum neceſſariò ſequuntur heredem *leg. 1. Codice ſi certum petatur. leg. prima, & tot. tit. Codice de hered. act. leg. 1. & 2. Codice ſi vnus ex pluribus hered. deb. leg. cogi poterit. 16. §. inde quæritur. lege non eſt cogendus. 53. ad Senatuſconſultum Trebellianum.*

g *Si viuus eas donaſſet.* Donatarius enim, etiam vniuerſorum bonorum, non eſt ſucceſſor iuris: quia titulus donationis eſt modus acquirendi ſingularis, non per vniuerſitatem. *titul. de donationibus. in princip. iunct. §. vltim. inſtitut. per quas perſonas cuique acquir.* & ideò æris alieni onus non ſequitur donatarium. *leg. æris alieni. 15. Codice de donationibus.* Quod autem lex ait *viuus*, intellige *inter viuos.* Nam & qui legat, & qui mortis cauſa donat, viuus donat, ſed non inter viuos, at potius in vltima voluntate *l. legatum 36. de legat. 2. l. illud generaliter. 37. de mort. cauſ. donat. in princ. leg. vlt. Cod. eod.*

h *Sed nec heres tenebitur.* Intellige, vt non teneatur pœna huius edicti, id eſt, actione in factum in omne id, quod intereſuit agentis: ob rationem, quæ hîc ſequitur iunct. *lege prox. in princip. ſuprà.* Si tamen ex edicto conueniatur, vt edat, non malè hoc nomine in ius ad prætorem vocabitur, cùm ſit iuris ſucceſſor: ſed ſine effectu erit vocatio, quia neminem cogit prætor ad editionem rationum præcisè, nec ſi eas habeat, at tantùm per metum actionis in factum, vt ait *hac lex in princip.* cui porrò actioni, cùm requirat dolum, aut culpam dolo proximam, nullus hîc locus eſſe poteſt, cùm nec eas poſſideat heres, nec dolo malo quicquam fecerit.

i *Quaſi dolo fecerit.* Ratio dubitandi. Non facit dolo heres, qui præſtat legatum, etiam poſt factam ei denunciationem, cùm ita ſatisfaciat voluntati teſtatoris, cui neque non parère, neque moram facere debuit. *lege vltima. Codice de fideicommiſſ. lege ancillam. 15. ad finem Codice de fideicommiſſ. libert.* Nam cùm potuerit cogi à prætore, vt legatum præſtaret, abſurdum & iniquum eſt, non potuiſſe illum vltrò, & impunè facere, quod vt faceret cogi potuit. *lege quod autem. 6. §. apud Labeonem, quæ in fraudem creditorum.* Ratio decidendi. Nulla in eo fit iniuria legatario, ſi per aliquot dies differatur præſtatio legati, quouſque ſint editæ rationes, & eo nomine ſatisfactum imperio prætoris, cui non parère non tantùm culpa, ſed etiam dolus eſt. *leg. non videntur. 167. §. 1. l. in damnum 169. l. qui non facit. 121. de reg. iur.*

k *Quòd ſi nihil dolo fecerit.* Tota hæc additio videtur mihi eſſe Triboniani. Pugnat enim cum eo, quod proximè dixit Paulus, non cogi legatarium edere, quamuis habeat rationes. Item cum ratione iuris. Quid enim refert ad legatarium editioni obligandum, an heres aliquid dolo malo fecerit, necne? Imò quantò minùs dolo malo fecit heres in tradendis legatario rationibus, tantò minùs legatarium teneri æquum eſt. Quid enim prodeſt illi hoc caſu feciſſe dolo malo? At cùm heres aliquid dolo malo fecit, facilè fieri poteſt, vt legatarius dolum participauerit, adeóque difficile eſt, vt non participauerit. Quis ergo ſenſus aut effectus eſſe poteſt eorum verborum *cauſa cognita*? Aut quænã cauſa legatarij obligandi illa eſt quod heres ipſe ad editionem vrgeri non poſſit? Niſi malis totam iſtam cauſæ cognitionem ad eum caſum reſtringere, quo nihil penitus interſit legatarij editionem ab eo fieri rationum. Quod enim mihi prodeſt & tibi non nocet facilè concedi ſolet. *l. in creditore 38. in fin. de euiction.* Coniecturam noſtram iuuat, quod ante verba ſupradicta ſcriptum eſt, *Item antequàm eas tradat tenebitur.* quæ clauſula & inutilis eſt. & ob eam cauſam non malè lineis interclusa repetitur. Quis enim dubitet heredem, qui iuris ſucceſſor eſt, teneri ad editionem rationum etiam quæ legatæ ſunt, ante ſcilicet quàm eas tradiderit? Niſi quis dubitandi rationẽ ex eo velit ſumere, quod legatum tranſit rectà via à teſtatore in legatarium, quaſi nunquam factum heredis. *l. legatum 80. de legat. 2. à Titio. 64. de furtis.* Sed editio nihil commune habet cum dominio rationum. Nec enim editio petitur ab herede quaſi domino chartæ in qua ſcriptæ ſunt rationes, ſed tanquã à ſucceſſore illius, qui ex officio ſuo edere debuit, & tanquàm ab eo, qui rationum poſſeſſor eas poſſit edere, non minùs quàm ſi legatæ non eſſent, ſalua tamen manente cauſa legati: cui nullum fit ex editione præiudicium.

2 ¶ Nummularios [a] quoque non eſſe iniquum cogi rationes edere [b], Pomponius ſcribit: quia & hi nummularij, ſicut argentarij, rationes conficiunt, quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, quarum probatio ſcriptura codicibúſque eorum maximè continetur: & frequentiſſimè ad fidem eorum decurritur.

Ad §. 2. Nummularios.

a *Nummularios.* Sunt ij, qui & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, vt hic Paulus ſcribit: In eóque differunt ab argentariis, qui & eam pecuniam erogant, aut erogari iubent, quam non acceperunt, ſed pro accepta habent: aut ſi quam acceperunt, eam ſimul & ſemel erogant, non per partes. Argentariis reſpondent illi hodie, quos *banquiers* appellamus. Nummulariis verò ij propiùs accedunt, qui *cambiatores* barbare, lingua Gallica *changeurs* dicuntur. Vtriſque commune illud eſt, quòd rationes conficiunt actus ſui, & officium publicum gerunt, de iis latè benéque Cuiacius ad *leg. ſi vnus. 27. infr. de pact.*

b *Cogi rationes edere.* Ratio dubitandi. Editio iſta non poteſt fieri, aut iuberi, niſi ex hoc edicto: Edictum autem non loquitur de nummulariis, ſed tantùm de argentariis. *leg. 4. in princ. ſupr. eod.* Cúmque ſit pœnale *leg. vbi exigitur. 8. in princ. ſupr.* non facile debet extendi: quia pœnalia omnia ſunt reſtringenda potiùs, quam ampliandа. Ratio decidendi. Extenſio hæc fit ex identitate, vt loquuntur, rationis, & æquitatis: quoniam non poteſt reddi ratio diuerſitatis inter argentarios & nũmularios, cui illi potius, quàm hi edere cogendi ſint. Probatio enim rerum, quæ per eos geruntur, ſcriptura, codicibúſque eorum maximè continetur, & frequentiſſimè ad fidem eorum decurritur, vt hîc Paulus ait. Quo exemplo illud etiam a noſtris inductum eſt, vt ad editionem ex hoc edicto faciendam, cogendi ſint mercatores, quòd ipſi quoque rationes conficiant, ad quarum fidem ſæpè decurrendum eſt. Quorum enim eadem eſt ratio eorum ius idem eſſe ſolet. *leg. illud quæſitum. 32. ad legem Aquiliam. leg. 3. §. vnde etiam. de incend. rupt.* ſed vereor, ne non ſit ſatis bona comparatio: cùm mercatores non aliis, ſed ſibi tantùm rationes conficiant, nec eorum officium & miniſterium publicam habeat cauſam, vt argentariorum, & nummulariorum, ſed priuatam. *leg. argentarius 10. §. 1. infr. vbi dicam.*

3 ¶ Cæterùm omnibus poſtulantibus, & iurantibus non calumniæ cauſa petere, rationes, quæ ad ſe pertineant [c], edi iubet.

Ad §. 3. Cæterùm omnibus.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. 2. *l. 6. ſuprà.*

c *Quæ ad ſe pertineant.* Duo igitur probanda ſunt ab eo, qui petit editionem. Primùm illud ſe non calumniæ cauſa petere, alterum, eas rationes ad ſe pertinere. Prius probatur per iuſiurandum, quòd idcirco *calumniæ* appellatur: Poſterius verò aliter quam per iuſiurandum probari debet.

4 ¶ Ad nos enim [d] pertinet, non tantùm cùm ipſi contraximus, vel ſucceſſimus ei, qui contraxit: ſed etiam ſi is, qui in noſtra poteſtate eſt contraxit.

Ad §. 4. Ad nos enim.

d *Ad nos enim.* mallem legere, *autem*, quàm *enim*, Ratio dubitandi. Pronomen illud, *ſe*, perſonam ipſam actoris ſignificat. Nemo autem dixerit eandem re vera eſſe perſonam patris, aut domini, & eorum, quos ipſe habeat in poteſtate. Præſertim cùm filiusfamilias ipſe ex omnibus cauſis & obliget & obligetur tanquam paterfamilias quilibet. *l. tam ex contractibus. 57. de iudic. l. filiusfamilias. 39. de oblig. & action.* Ratio decidendi. Ad aliquem pertinere dicitur, quicquid ad ipſius commodum, & vtilitatem pertinet, nec tam factum, quam vtilitas perſonæ his verbis demonſtratur. Atqui per eos, quos in poteſtate habemus, ſiue filiifamilias ſint, ſiue ſerui, perinde ac per noſmetipſos nobis acquiritur, *tot. tit. per quas perſon. cuique acquir.* ita vt ne quidem momento temporis acquiſitio in perſona filiifamilias, vel ſerui conſiſtat. *l. placet 79. de acq. hered. l. 1. ſi à parent. quis manumiſſ. fuer.*

10. Gaivs libro 4. ad Edictum Prouinciale.

Argentarivs rationes edere iubetur, nec intereſt, cum ipſo [e] argentario controuerſia ſit, an cum alio.

Ad l. argentarius 10.

e *Nec intereſt, an cum ipſo.* Ratio dubitandi. Nimis graue eſt vrgeri quem ad exhibitionem, & editionem eorum inſtrumentorum, per quæ ſibi negotium fiat. *l. nimis graue 7. Codice de teſtibus.* & originem petitionis actoris fundari ex inſtrumentis eius, qui conuenitur. *lege vltima. in Codice hoc tit.* Ratio decidendi. Officium & miniſterium argentarij non priuatam, ſed publicam cauſam habet, vt ſequitur in hac lege, nec tam ſua, quàm aliorum cauſa conficere rationes intelligitur: Et ideo, quod mei cauſa confecit inſtrumentum, mihi ab ipſo edi oportet, tanquam quod ſit quodammodo meum. *lege 4. §. 1. ſuprà eodem.*

1 ¶ Ideo autem argentarios tantùm, neque alios vllos abſimiles eis [f] edere rationes cogit, quia officium eorum, atque miniſterium publicam habeat cauſam: & hæc principalis eorum opera eſt, vt actus ſui rationes diligenter conficiant.

Ad §. 1. Ideo.

Ratio dubitandi. Argentarij proprio lucro & commodo ſtudent, ſicut & alij quilibet: cúmque vt plurimum ſint homines liberi & ingenui. *d. l. 4. §. 2. & 3. ſ.* nemini operas ſuas debent, nec pro ſeruis publicis habendi ſunt de quibus in *leg. 2. rem pupill. ſal. for. leg. 1. §. exigere de magiſtr. conuen. leg. non aliter. 18. ſupr. de adopt. leg. 4. Codice de arbitr.* Ratio decidendi. Sunt quidem liberi & ingenui, non ſerui publici: ſed non eo minùs officium, & miniſterium eorum publicam cauſam habet: cùm eam viuendi rationem elegerint, cuius principalis opera eſſet, vt actus ſui rationes diligenter conficerent, in aliorum potiùs, quam in ſuam vtilitatem, niſi quod ex ea quoque opera locrum ſibi, nec paruum captarent. Ob ídque nimirum neceſſariò fuit danda in eos hæc actio cùm mandati dari non poſſet quia mandatum gratuitum & liberum eſſe debet. *§. vlt. de mand.* argentarij autem operam præſtabant,

ſtabant, & neceſſariam, & mercenariam, non quaſi mercede conducti. (alioqui potuiſſent ex locato ad editionem vrgeri. argum. *leg. 8. in pr. mandati. & d. §. vlt. Inſtitut. eod.*) ſed, lucri gratia, quod ex eius officij adminiſtratione ſentiebant.

f *Neque alios vllos abſimiles eis.* Interpretis ſunt ni fallor poſtrema hæc verba *abſimiles eis.* verum enim eſt edicto prætoris ſolos argentariæ menſæ exercitores cogi ad editionem. *leg. 4. in princip. ſupr.* Et quamuis nummularios quoque ad editionem cogendos eſſe ſcripſerit Pomponius in *l. prox. §. nummularios ſupr.* non tamen ita ſcripſit, quaſi de iis quoque cogendis prætor ſenſerit, de quo agitur in hoc loco, ſed quod videatur edictum poſſe hanc, non tam interpretationem quàm extenſionem recipere, ex identitate, vt ibi dixi rationis, & æquitatis. Sed voluit interpres noſter, non tantùm nummularios edicto includere, ſed etiam mercatores, quorum tamen non ſolùm aliud planè diuerſum officium, ſed etiam diuerſa penitus ratio eſt. Neque enim aut officium, aut miniſterium vllum exercent, ſed priuatam negotiationem: tantùm abeſt vt ea negotiatio publicam cauſam habere dici poſſit. Et ſanè non deerant mercatores Romæ eo tempore, quo erant etiam argentarij. Quidni ergo de iis quoque ad editionem cogendis aliquid prudentes dixiſſent, etiamſi nihil prætor edixiſſet? Atqui, inquies, Nec illud quoque ſcriptum eſt, non eſſe mercatores ad editionem compellendos. Imò (inquam) hoc ipſum aperiſſimè ſcriptum eſt à Caio in hoc loco his verbis *neque alios vllos*, etiamſi retineas ſequentia, quæ nos tollimus *abſimiles eis* at multò apertiùs, ſi nobiſcum ea tollas.

2 ¶ Edi autem ratio ita intelligitur, ſi à capite edatur: (nam ratio ni inſpiciatur intelligi non poteſt:) ſ. vt non totum cuique codicem rationum, totáſque membranas inſpiciendi deſcribendique poteſtas fiat: ſed vt ea ſola pars rationum, quæ ad inſtruendum aliquem pertineat, inſpiciatur & deſcribatur.

Ad §. 2. Editionem.

Ratio dubitandi. Non debet peti, aut fieri editio ſupervacuarum rationum, & quæ ad petentem non pertineant. *l. ſi quis ex argentariis 6. §. exigitur ſupr. eod.* Atqui quoties ratio à capite editur, neceſſe eſt totum codicem rationum edi, atque ita multas rationes ſuperuacuas, ad alium, quàm ad actorem pertinentes.

Ratio decidendi. Ratio, ni tota inſpiciatur, intelligi non poteſt: Ergo à capite edenda eſt: Non tamen hoc ſenſu vt totum codicem rationum, totáſque membranas inſpiciendi, deſcribendique poteſtas cuique fiat, ſed vt ea ſola pars rationum, quæ ad inſtruendum actorem pertineat, inſpiciatur, & deſcribatur. Quæ tamen pars, non niſi toto libro & codice rationum edito, ſciri poteſt. *leg. Lucius Titius 46. §. tutele de adminiſtrat. tutor.* Vel ob id maxime, quòd propoſitio dici & conſulis, quæ neceſſariò edenda eſt, pleriſque rationibus communis eſſe ſolet. *lege 1. § editiones intell. leg. ſi quis ex argentariis 6. § ſi iniuriam. ſupr. hoc tit.*

3 ¶ Cùm autem in id actio competit, quanti agentis interſit [g], editas ſibi rationes eſſe: eueniet, vt ſiue quis condemnatus ſit, ſiue quod petierit, non obtinuerit, eò quòd non habuerit rationes, ex quibus cauſam ſuam tueri poſſit: id ipſum, quod ita perdiderit hac actione conſequatur [h]. Sed an hoc procedat, videamus: nam ſi apud hunc iudicem, qui inter eum, & argentarium iudicat, poteſt probare, ſe illo iudicio, quo victus eſt, vincere potuiſſe poterit & tunc probare [i]: & ſi non probabit, aut probantem iudex non curabit, de ſe ipſo, aut de iudice queri debet [k]: ſed non ita eſt: fieri enim poteſt, vt nunc rationes, vel ipſo edente, vel alio modo nactus, aut aliis inſtrumentis, vel teſtibus, quibus illo tempore aliqua ex cauſa vti non potuit, poſſit probare, potuiſſe ſe vincere: ſic enim & de cautione ſubrepta, aut corrupta competit condictio, & damni iniuriæ actio: quia quod antè non potuimus, intercepta cautione probare, ob id amiſimus: hoc nunc aliis inſtrumentis, aut teſtibus, & quibus tum vti non potuimus, probare poſſumus.

Ad §. 3. Cùm autem in id.

g *Quanti agentis interſit.* Ratio dubitandi. Nemo cogitur inuitus aliud pro alio accipere. *l. 2. §. 1. de reb. credit.* Ergo actor cui debetur editio ex edicto prætoris non eſt cogendus, vt pro editione accipiat quanti ſua intereſt, Quid enim ſi ob non factam ſibi editionem condemnatus ſit aduerſario ſuo, atque ita ſoluerit? An non ipſius intereſſet non ſoluere potiùs, quam ſolutum repetere? *l. 3. de compenſa: l. ſtipulatus 15. de fideiuſſ.*

Ratio decidendi. Non poteſt prætor, neque vult cogere quem præciſè ad editionem: quia edere eſt facti, nemo autem præciſè vnquam cogitur ad factum, ſed in locum facti ſuccedit præſtatio eius quod intereſt. *l. ſi quis ab alio §. fin. de re iud. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. l. quotiens quis. 81. de verb. oblig.*

h *Hac actione conſequatur.* Ratio dubitandi. Hoc intereſſe videtur eſſe extra rem, id eſt, non circa ipſam rem, de qua agitur, conſiſtere. Proinde nullam eius rationem habendam eſſe, Non magis, quam ſi quis frumentum emiſſet & ob id quod non eſſet traditum familia eius fame periiſſet. Nec enim ſeruorum fame necatorum pretium ideò conſequeretur. *l. ſi ſterilis. 21. §. cum per venditorem, de act. empt.* Ratio decidendi. Quod ob non editas rationes damnum immediatè actor paſſus eſt, intrinſecum intereſſe eſt: non extrinſecum: & ideo venit in hanc actionem: quia factum, id eſt, quod fieri debuit, ſi factum non ſit, non aliter quam ex eo, quod ob non factum ſecutum fuit, æſtimari poteſt: quod in certa re æſtimanda diuerſum eſt, vt in *d. §. cùm per venditorem.* Quicquid enim extra rem illam eſt intrinſecum eſt.

i *Poterit & tunc probare.* id eſt, in illo iudicio, in quo tamen ponimus eum defectu probationis, quam per editionem facere potuit, victum fuiſſe.

k *De ſeipſo, aut de iudice queri debet.* Quæ res non poteſt ei aduerſus alium actionem dare, quia iniuria vni facta non debet alium contingere. *leg. ſi per imprudentiam. 51. de euict. l. exceptione. 67. de fideiuſſ.* Cætera quæ in hoc §. ſequuntur ſunt aperta, & ad factum magis, quàm ad ius pertinent, vt omnia quæ tractantur de probationibus. Iunge. *leg. ſi quis teſtamentum. 42. in pr. verſ. ibidem ad l. Aquiliam. & l. qui tabulas. 27. de furt.*

11. MODESTINVS libro 3. Regularum.

EXempla inſtrumentorum etiam ſine ſubſcriptione edentis edi poſſe receptum eſt.

Ad l. Exempla 11.

Ratio dubitandi. Editio inſtrumentorum non fit niſi ad probationem. Atqui exempla non probant, niſi cum authentica & originali ſcriptura conferantur. *cap. 1. extr. de fid. inſtru.* Ergo non poſſunt edi ſaltem ſine ſubſcriptione.

ptione. Subſcriptio enim præcipuè illa eſt, quæ inſtrumento vim, & robur tribuit. *leg. 1. §. ſed etſi ſeruus quod iuſſu. leg. fideiuſſor. 26. §. 1. de pign. leg. ſi cum re 8. non videtur quib. mod. pig. ſolu. 3. § item ſubſcribere leg. ſi cui crimen 7. de accuſat. leg. ſi non ſubſcripſiſti. 15. C. de admin. tutor.*

Ratio decidendi. Edere eſt etiam deſcriptum dare. *l. 4. §. vlt. ſupr.* id eſt, exemplum, ſed collatum cum originali ſcriptura, ſi de eius fide dubitetur, aut ſcriptum manu edentis. Hoc enim ſufficit, vt non poſſit videri neceſſaria ſubſcriptio, cuius nec alia vis eſſe poteſt, quàm vt omnia quæ continentur in ſubſcripta charta, hoc ipſo perinde habeantur, ac ſi ab eo qui ſubſcripſit ſcripta eſſent. Quanquam ne id quidem perpetuum eſt. *lege Gaius Seius. 39. de pig. act.* cùm faciliùs ſit vt quis ſubſcribat per errorem, quàm vt totum inſtrumentum ſcribat. *lege Titius. 8. de reſcind. vendit.* Et ſanè fuit olim magna probatio, quæ de argentarij menſa proferebatur. *lege qui tabulas. 27. §. 1. de furt.* poteratque ſufficere ad exonerandum argentarium, quod exemplum rationum edidiſſet, cùm hoc ipſo ſe tanto magis obſtrinxiſſet ad αὐτόγραφον edendùm ſi quando opus eſſet. Sic hodie inſtrumentorum à notariis receptorum exempla fidem faciunt, ſiue ab iiſdem notariis deſcripta ſint, ſiue ſubſcriptione, ſiue ab iis ſubſcripta tantùm, etiam parte non vocata, quia non poteſt dubitari de fide ſcripturæ ab eo factæ vel approbatæ, cuius fides electa fuit à contrahentibus.

12. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti Monitorij.

FOEminæ remotæ videntur ab officio argentarij, cùm ea opera virilis ſit.

Ad l. Fœmina. 12.

Ratio dubitandi. Etiam ſeruus argentariam exercere poteſt. Quidni ergo etiam fœmina. *lege 4. §. ſed ſi ſeruus ſupr. hoc tit.* Nec enim ſerui magis, quam fœminæ admitti poſſunt ad officia publica. *lege 2. leg. quod attinet. 32. de regulis iuris.* Ratio decidendi. Officium argentarij non quidem eſt officium publicum, quamuis publicam habeat cauſam, alioqui ſeruus admitti non poſſet. ſed eſt officium, quod virilem operam requirit, cùm argentarios neceſſe ſit habere menſam in foro poſitam, vbi ſtare, ac negotiari publicè mulierem inciuile eſſet, & à ſexus verecundia non minus alienum, quam ſi officium illud publicum eſſet. *lege 1. §. ſexum de poſtul.* Fœminæ autem in eo deterioris conditionis ſunt, quàm ſerui, quod non tantùm à ciuilibus publiciſque officiis arcentur, vt ſerui: ſed etiam à non publicis ſi ſint virilia, à quibus tamen ſerui non arcentur.

31. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

HÆC actio, neque poſt annum, neque in hæredem, niſi ex ſuo facto [a], dabitur: heredi autem dabitur.

Ad l. Hæc actio 13.

Ratio dubitandi. Hæc actio eſt rei perſecutoria, cùm detur ad id quod intereſt agentis. *l. vbi exigitur. 8. §. 1. leg. argentarius: §. cùm autem ſupr. h. tit.* Ergo & perpetua eſt, & in heredem datur *l. in honorariis. 35. de obligat. & action.* Ratio decidendi. Eſt quidem rei perſecutoria ex parte agentis, & ideò etiam ipſius heredi datur, cui tamen pœnalis actio dari non ſolet. *dict. l. in honorariis. 35.* Sed eſt pœnalis ex parte eius qui conuenitur, quoniam ſi non edat, punitur hactenus, vt cogatur præſtare quanti intereſt agentis. *dict. leg. vbi exigitur in principio.* Alia ratio eſt earum, quæ ex vtraque parte ſunt perſecutoriæ rei, vel pœnales.

a *Niſi ex ſuo facto.* Ratio dubitandi. Etiam heredes & ſucceſſores argentarij coguntur edere, licèt non ſint eiuſdem profeſſionis. *lege ſi quis ex argentariis. 6. §. 1. lege ſunt quædam 9. §. nihil intereſt. ſupr. eod.* Non ergo quæri oportet, an hæredis factum aliquod in eo interuenerit, necne. Ratio decidendi. Alia quæſtio eſt de actione, quæ competit aduerſus heredem proprio nomine, alia verò actione nata contra defunctum, & aduerſus heredem exercenda iure, hereditario: Sicut & aliud eſt quærere de editione facienda, aliud verò de actione danda, ob non factam editionem. Heres iubetur & cogitur edere, etiamſi nunquam actum ſit eo nomine aduerſus defunctum: ſed ita demum, ſi rationes penes ſe habeat, aut dolo malo eas deſierit habere. Non etiam, ſi eas nec habeat, nec vnquam habuerit, aut ſi habuerit quidem, ſed legatario eas tradiderit. *dict. leg. ſunt quædam. 9. §. nihil intereſt.* Quo tamen caſu, ſi cum defuncto actum fuiſſet, & non facta per eum editione actio in factum iam contra eum competere cœpiſſet, dubitari poſſet, an ea actio contra heredem exerceri poſſet. Placet autem non poſſe, quia vt diximus pœnalis eſt ex parte illius, qui conuenitur. Niſi factum ipſius aliquod interuenerit, viuo ſcilicet argentario, putà ſi cum eo colludens argentarius rationes ei tradiderit, & ante condemnationem deceſſerit, eo ipſo herede relicto. Nam ſi poſt mortem argentarij heres aliquid fecerit, propter quod æquum ſit teneri eum ad additionem, tenebitur nomine proprio, non hereditario, nec tranſmiſſionis iure. Denique cùm heres eſt propria perſona conuenitur, licèt tanquam heres argentarij, non aliter poteſt teneri actione iſta in factum ad id quod intereſt agentis, quàm ſi non edat, liberùmque ei eſt editionem faciendo pœnam euitare. At eo caſu, quo conuenitur heres ex ea in factum actione, quæ contra defunctum competiit, nihil ei prodeſſet, etiamſi vellet edere, quoniam actio ſemel nata non poſſet tolli actori. Quippe quàm alius color non poſſet tollere, quàm quod deſineret intereſſe actoris, cui editio offerretur. Atqui actio illa non intercidit, licèt deſierit intereſſe: quia refertur ad id tempus, quo decretum eſt à prætore, vt editio fieret, & ad id quod eo tempore intereſt fuit. *leg. vbi exigitur 8. §. 1. ſupr. eod.* Multùm ergo intereſt an noua, an hereditaria ſit actio, quæ contra heredem inſtituitur, & an editio nunc primùm contra ipſum petatur, an verò iam petita fuerit contra defunctum.

DE PACTIS.

TITVLVS XIV.

PAVLVS libro 4. ad Edictum.

HVIVS edicti æquitas naturalis eſt. quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt.

Ad

Ad Tit. XIV. De pactis.

Ad l. Huius edicti 1.

Ratio dubitandi. Ex pacto nudo non datur actio, neque ciuili iure neque prætorio. *lege iuriſgentium 7. §. ſed cùm nulla hoc tit. lege permiſiſti mihi 15. de præſcript. verb. lege vltima. Codice de rerum permutatione.* Ergo pacta etiam iure prætorio non ſunt ſeruanda: quia ſi ſeruanda eſſent, actio ex iis daretur, cùm actiones non ſint comparatæ niſi aduerſus perfidos homines, qui violant ius gentium & naturale, vt ſcribit Theoph. *initio tituli de action. inſtit. leg. cùm amplius 184. §. ut natura debet. de regulis iuris.*

Ratio decidendi. Nihil tam congruum eſt fidei humanæ, quam ea, quæ inter homines placuerunt ſeruari. *lege 1. de conſtit. pecun.* ſed data dumtaxat exceptione conſeruat ea prætor, non etiam data actione, ſi ſint pacta nuda: non quòd æquè non ſit perfidus, & violator iuris gentium is, qui non præſtat quod nudo pacto promiſit, ſed quia replerentur omnia litibus, ſi prætor ex quolibet pacto nudo actionem daret: quæ res publicæ vtilitati maximè aduerſaretur, cuius nihil tam intereſt, quàm ne Reſpublica litibus vexetur, eóque modo ciuilis concordia, quâ totius Reipublicæ ſalus continetur, priuatorum diſcordia lædatur. Pugnat itaque hoc caſu æquitas naturalis, quæ nihil niſi naturalem actionem intuetur, cum æquitate ciuili, quæ omnia refert ad populi ſalutem, & vtilitatem. In hoc autem vtriuſque æquitatis conflictu, prætor ſequitur id temperamentum, vt ex pactis non nudis det actionem, ſicut ex contractibus: Ex pactis verò nudis exceptionem dumtaxat, non actionem. Excepto pacto de conſtituta pecunia, & de hypotheca: ex quibus dat etiam actionem. *lege 1. de conſtitut. pecun. §. item Seruiana Inſtitut. de action.* quia cùm hæc pacta ſint acceſſoria ad præcedentem aliam obligationem, ſunt fauorabiliora cæteris, nec nouæ litis materiam per ſe præbere poſſunt.

1 ¶ Pactum autem à pactione dicitur, inde etiam pacis nomen [a] appellatum eſt.

Ad §. 1. Pactum.

Ratio dubitandi. Pactum & pactio idem quid eſſe videntur, paſſimque videas pacta & pactiones promiſcuè dici: ita vt potiùs dici debeant ſynonyma, quàm alterum ab altero deriuatum.

Ratio decidendi. Pactum nomen concretum eſt, pactio verò abſtractum: concreta verò ab abſtractis deriuationem & denominationem accipere ſolent. Sic ius à iuſtitia appellatum eſſe ſcribit Vlpianus in *lege. 1. vbi dixi de iuſtitia, & iure, non iuſtitiam à iure.* Sunt tamen qui dictum velint pactum à pacione, alij à pago, alij à paco verbis antiquis, & obſoletis.

a *Inde etiam pacis nomen.* Nam & nomen hoc concretum eſt deriuatum licèt ſit monoſyllabum.

2 ¶ Et eſt pactio duorum pluriúmve [b] in idem placitum conſenſus [c].

Ad §. 2. Et eſt pactio.

Ratio dubitandi. Hæc definitio conuenit pacto: Ergo non pactioni, cùm proximè dictum ſit pactionem & pactum differre, tanquam abſtractum & concretum: Non poſſit autem eadem eſſe definitio rerum ſeparatarum.

Ratio decidendi. Se habent *pactio & pactum* tamquam genus, & ſpecies retinens nomen, & naturam ſui generis. Pactio genus eſt, nihílque aliud ſignificat, quàm conuentionem, vt oſtendunt ea, quæ ſequuntur. Sed quia conuentionum pleræque in aliud nomen tranſeunt, vt ſubiicit Vlpianus, cæteras quæ non tranſeunt appellamus nomine generis, *conuentiones, pactiones*, & paulò ſpecialiùs *pacta.* Non enim contractum vllum benè ac propriè quis pactum eſſe dixerit, licèt verè ac propriè contractus omnes ſint conuentiones, & pactiones. Denique pactum eſt conuentio, ſeu pactio, nullum niſi generis ſui nomen habens, ſed concretum, vt ſpecies à genere diſtinguatur.

b *Duorum pluriúmve.* In quo differt à pollicitatione, quæ nihil niſi ſolius offerentis promiſſio eſt. *lege 3. de pollicit.*

c *Conſenſus.* Q[illegible]nus ex contrahentibus, vel paciſcentibus diſſentiat [illegible]ſſim, aut de vna re ſentiat, alius verò de alia nihil agitur. *lege in omnibus. 55 & lege in omnibus. 57. de obligat. & action.* Idémque eſt ſi alteruter errauerit, quia error conſenſum excludit. *lege ſi per errorem. 15. de iuriſdictione. lege ſed hoc ita 20. de aqua pluu. arc.*

3 ¶ Conuentionis verbum generale eſt, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi, tranſigendíque [d] cauſa conſentiunt, qui inter ſe agunt: nam ſicuti conuenire dicuntur, qui ex diuerſis locis in vnum locum colliguntur, & veniunt: ita & qui ex diuerſis animi motibus [e] in vnum conſentiunt, id eſt, in vnam ſententiam decurrunt. ¶ Adeo autem conuentionis nomen generale eſt, vt eleganter dicat Pedius, nullum eſſe contractum [f], nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conuentionem: ſiue re [g], ſiue verbis fiat [h]: nam & ſtipulatio, quæ verbis fit, niſi habeat conſenſum nulla eſt.

Ad §. 3. Conuentionis verbum.

Tranſit Vlpianus à definitione *pactionis*, ad explicandum nomen *conuentionis*: vt doceat ſe conuentionis & pactionis omina, quamuis verborum ſono diuerſa, in eodem tamen ſignificatu vſurpare.

d *Tranſigendique.* id eſt finiendi, & decidendi. Tranſigere enim negotium Latinis nihil aliud eſt, quàm finire rem, & decidere. Hinc apparet tranſactionem pactum quidem eſſe, ſed contractum non eſſe, cùm iſta Vlpianus ſeparet iis verbis, *contrahendi tranſigendique.* Dicam ad *tit. de tranſact.*

e *Ex diuerſis animi motibus.* Textus in hanc rem elegans eſt de venditione in *l. ſi voluntate tua. SC. 8. Codice de reſcind. vendit.*

f *Nullum eſſe contractum.* Ratio dubitandi. Aliud eſt dicere *conuentionem*, aliud verò dicere *contractum*, vel *obligationem.* Ergo ad vnius poſitionem non ponitur alterum, quia ex diuerſis non infertur. vulg. *l. Papinianus 20. de minor.* Ratio decidendi. Conuentio & contractus ſe habent, vt genus & ſpecies. Conuentio genus eſt, Contractus verò ſpecies. In quo rerum genere valet argumentum à ſpecie ad genus, non è conuerſo: quia genus ineſt ſpeciei, non ſpecies generi. At conuentio & obligatio ſe habent inuicem tamquam cauſa, & effectus. Conuentio cauſa eſt, obligatio verò effectus. Poſita cauſa, non ſtatim ponitur effectus, ſed poſito effectu ſtatim ponitur cauſa, ſine qua effectus eſſe non poteſt. Conuentio parit obligationem, obligatio actionem, ſi modò ſit obligatio ciuilis. *l. licèt in popularibus. 42. §. ea obligatio. de procur.* Actio verò exactionem.

g *Sine re.* Ratio dubitandi. Cùm ex re actio venit, etiam furioſus & pupillus obligantur, adeóque ciuiliter: ita vt conueniri poſſint. *l. furioſus. 46. de oblig. & act.* Sicut & ſibi alium obligant, & acquirunt actionem, cùm pecuniam mutuam dederunt, ſi ea in rem accipientis verſa ſit *leg. ſi à furioſo 24. eod. leg. ſi à furioſo 12. de reb. credit.* Atqui neque pupillus, neque furioſus poſſunt conſentire, quandoquidem nec ſentire videntur. *lege ſi tibi electio. 8. §. vnum de option. legat. leg. 1. Codice de falſ. monet.*

Ratio decidendi. Aliud eſt contractum re perfici, aut quod idem eſt, obligationem re contrahi: Aliud verò actionem ex re proficiſci. Contractus qui re perficiunt nunquam poteſt iniri ſine conſenſu, & prius in eo interuenire oportet conſenſum, quàm rem ipſam. At cùm actio ex re proficiſcitur nullo conſenſu eſt opus: quia neque tractatus, neque contractus in eo vllus interuenit, ſed acquiritur actio ignoranti, & conſequenter etiam furioſo, vt in exemplis. *dict. l. ſi à furioſo 24. & l. furioſus. 45. de obligat.* Nam ſi furioſus mutuam pecuniam mihi dederit, non contrahit mutuum, licèt contrahatur re, & res interueniat. Nempe quia deficit conſenſus, neque tum adhuc actio ex re venit, quia pecunia mihi tradita remanet furioſi, nec fit credita. Sed ſi poſtea eam pecuniam conſumpſero, incipio teneri condictione: Non quaſi per conſumptionem pecunia facta ſit mea, [nec enim conſumptio modus eſt acquirendi dominij, ſed potiùs amittendi.] at quia per conſumptionem à me factam amiſit furioſus dominium rei ſuæ, cùm non poſſit quis dominus eſſe rei amplius non exiſtentis, In cuius dominij locum ſubſtitui condictionem æquum eſt: quia non amiſiſſet furioſus dominium ſuæ pecuniæ à me conſumptæ, ſi non eam mihi numeraſſet. Non igitur numeratio, quæ conſenſum requireret, acquirit ei, actionem: ſed conſumptio quæ à me facta eſt, fieríque potuit ipſo etiam ignorante.

h *Sine verbis fiat.* Ratio dubitandi. Si nullus eſt contractus ſine conſenſu: Ergo contractus omnes conſenſu perfici dicemur, quod tamen falſum eſt: cùm alij perficiantur conſenſu, alij re, alij verbis, alij literis. Ratio decidendi. Aliud eſt dicere, Nullum poſſe contractum eſſe ſine conſenſu, quod verum eſt: Contractum quemlibet perfici conſenſu, quod falſum eſt. Conſenſu enim perficiuntur ij ſoli, qui vt perficiantur, nihil niſi conſenſum requirunt, vt venditio, locatio, ſocietas, mandatum: Re autem vel verbis ij, qui conſenſum quidem exigunt, ſed ita tamen, vt præterea interuentum rei, vel verba requirant. Rei interuentum, vt mutuum, depoſitum, commodatum, pignus, dos, & ſi qui alij ſunt ſimiles. Verba verò, vt ſtipulatio, quæ ideo verborum obligatio appellatur. *l. 1. & 101. tit. de verb. oblig.*

4 ¶ Sed conuentionum pleræque [i] in aliud nomen tranſeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in ſtipulationem.

Ad §. 4. Sed conuentionum.

i *Conuentionum pleraque.* Scilicet ea quæ pariunt actiones *l. iuriſgentium 7. §. 1. hoc tit.* Nam quæ non pariunt actionem remanent in nomine generis, & *conuentiones*, vel *pactiones*, vel quaſi vno nomine *pacta conuenta*, appellantur. *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Excipiendi ſunt contractus innominati, qui neque tranſeunt in ſpeciale aliquod nomen, neque tamen remanent in nomine generis quia pariunt actionem, vt dicam ad *d. l. iuriſgentium. 7. § 2.*

5. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

LAbeo ait, conuenire poſſe, vel re [k], vel per epiſtolam, vel per nuntium inter abſentes quoque [l] poſſe, ſed etiam tacite conſenſu [m] conuenire intelligitur.

Ad l. Labeo.

k *Vel re.* Id eſt, ab iis qui re ipſa conuenerint in vnum eundémque locum: Quandoquidem & qui tractatu habito præſentes paciſcuntur, metaphoricè dicuntur conuenire, ſumpta metaphora ab iis, qui ex diuerſis locis in vnum colliguntur, & veniunt vt ſcriptum eſt in *leg. præcedent. §. penult.* Conueniunt itaque & re ipſa, id eſt, naturaliter, cùm ex diuerſis locis in vnum coeunt, & metaphoricè, cùm ex diuerſis animi motibus in vnum conſentiunt. Cæteri, qui abſentes paciſcuntur per epiſtolam, aut per nuntium, non re ipſa & naturaliter conueniunt, ſed metaphoricè tantùm, quia venerunt tandem in vnam eandémque ſententiam, licèt non in vnum eundémque locum.

l *Inter abſentes quoque.* Legenda ſunt iſta vnico contextu cum præcedentibus. Non enim fit pactum inter abſentes, niſi per epiſtolam, vel per nuntium.

Ratio dubitandi. Inter paciſcentes & contrahentes quoſlibet conſenſum interuenire oportet eodem tempore. Conſentire enim, cùm ſit præſentis temporis non ſignificat, idem aliquando voluiſſe, ſed idem nunc velle. Poteſt autem fieri, vt qui heri voluit cùm ad te ſcripſit, hodie nolit, cùm tu epiſtolam eius accipis, & conſenſeris.

Ratio decidendi. Etiam inter abſentes voluntas & conſenſus præſens eſſe poteſt, quoniam qui ſemel voluit, & voluntatem ſuam vel per epiſtolam, vel per nuncium declarauit idem ſemper velle intelligitur, niſi reuocet voluntatem, & reuocationem inſinuauerit ei, ad quem vel literas, vel nuncium miſit, antequàm ille voluntatem ſuam declarauerit. Alioqui ſera & inutilis eſt mutatio voluntatis. *l. ſi mandaſſem 15. mandat. l. ſi cùm Cornelius 82. de ſolut. l. eum qui voluntatem 22. de probat.*

m *Tacitè conſenſu* Mallem legere *tacito.* Ratio dubitandi. Propoſitum in mente retentum nihil operatur. *lege ſi maiores 25. Codice de tranſact. l. ſi repetendi. 7. Codice de condict. ob cauſ. dat.* Nec voluntas cuiuſquam ſciri poteſt, niſi quæ ab eo fuerit declarata. *l. non omnes 5. § à barbaris de re milit.* Ergo tacito conſenſu fieri conuentio nulla poteſt.

Ratio decidendi. Voluntas non tantùm verbis, ſed etiam factis declarari poteſt. *lege non tantùm. 5. inf. rat. rem. haber.* Nihil ergo refert an expreſſim verbis, an tacitè actu aliquo declaretur. Sicut nec refert quibus verbis *lege qui autem conſtituit. 14. §. vltim. de conſtitut. pecun.* Verborum enim ſolemnitatem nullam agnoſcit ius gentium, ex quo tamen ſunt huiuſmodi conuentiones omnes, quæ poſſunt fieri inter abſentes, per nuncium, aut per epiſtolam. Ex eo námque vel maximè dignoſcitur eſſe quem contractum, aut conuentionem iuris gentium, quòd conſenſo fiat non verbis. *lege 1. locat.* nec inter præſentes tantùm, ſed etiam inter abſentes. *l. 1. §. vlt. de contr. empt.*

1 ¶ Et ideo ſi debitori meo reddiderim [n] cautionem, videtur inter nos conueniſſe, ne peterem, profuturámque ei conuentionis exceptionem placuit.

Ad §. 1. Et ideo.

Ratio dubitandi. Subſtantia debiti non pendet ex ſcriptura, & inſtrumento cautionis. Nec enim fiunt ſcripturæ, niſi ad rei geſtæ probationem *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. inſtr.* Ergo ex redditione cautionis, & chirographi etiam ab ipſo creditore facta, debiti remiſſio tacita induci non poteſt, cùm per teſtes, & aliter quàm per inſtrumentum poſſit debitum probari. *l. qui tabulas 27. §. 1. de furt. l. argentarius 10. §. fin. de edendo.*

Ratio decidendi. Qui chirographum reddit non tantùm de tabulis cogitat, ſed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur, vt de illo, qui chirographum legat, ſcriptum eſt in *leg. qui chirographum 59. de leg. 1. de leg. 3.* ideoque & debiti ius illud, & pignoris, ſi quod fuit remittere intelligitur, nec ſolùm ſi ille ipſe chirographum reddiderit, ſed etſi per alium reddi iuſſerit. *lege creditricem 7. Codice de remiſſ. pignor. lege 3. §. 1. de liber. legat.* Nam cùm non cogatur creditor cautionem reddere, niſi ſoluto ſibi debito. *lege qui tabulas 27. de fur. lege vltima Codice ad exhib.* videtur habere debitum pro ſoluto, cùm chirographum reddit, aut ſaltem promittere ſe non petiturum: cùm petendi viam ſibi præcludit, reddens inſtrumentum, ex quo fundari poſſet petitio.

n *Reddiderim.* Idem eſt ſi ab alio reddi iuſſerim. *dict. leg. creditricem 7. Codice de remiſſ. pignor.* Facto igitur meo aliquo eſt opus. Nec ſufficit, vt chirographum reperiatur penes debitorem, niſi probet ſibi fuiſſe redditum à creditore, aut iuſſu creditoris. Nec ſi reperiatur cancellatum; quia cancellatio inducit quidem præſumptionem ſolutionis, ſed non inducit pactum de non petendo, neque probationem ſolutionis, ſi creditor manifeſtis probationibus ſibi adhuc aliquid deberi probet. *lege ſi chirographum 24. de probat.* Niſi probaretur à creditore ipſo cancellatum quo caſu cancellatio pro redditione eſt & pro plus quàm redditione. Eſt igitur hoc exemplum primum, & elegans pacti taciti.

3 MODESTINVS libro 3. Regulatum.

POſtquam pignus vero debitori reddatur, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum peti poſſe dubium non eſt: niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur [o].

Ad l. poſtquam pignus 3.

Ratio dubitandi. Redditione cautionis à creditore ipſo, aut ipſius iuſſu facta, pactum tacitum interueniſſe creditor de debito non petendo. *§. 1. lege proximè ſuprà.* Atqui pignus etiam cautio eſt, cùm ideo detur vt cautum ſit creditori. *lege ſi mandatu 59. §. vltim. mandat. lege 4. §. aduci. de fideicommiſſ. libert.* Ergo etiam ex pignoris redditione tacitum pactum de non petendo inducetur. Nam nec ſolet pignus reddi, niſi ſoluto demum debito, aut cùm alia ratione ſatisfactum eſt creditori. *lege ſi rem alienam 9. §. omnis de pignor. act.* Ratio decidendi. Non ſicut cautionis & chirographi appellatione ius ipſum debiti ſignificatur. *lege qui chirographum. 59. de leg. 3. ita & appellatione pignoris.* Pignus enim acceſſorium quiddam eſt, pendens ab obligatione principali non ex quo poſſit è contrario pẽdẽte obligatio principalis, ſiue quod ad ſubſtantiam, ſiue quod ad probationem. Poteſt ſi quidem eſſe obligatio principalis ſine pignore, at non etiam pignus ſine obligatione principali, niſi in caſibus nonnullis de qui *l. 2. C. de luit. pignor. lege debitor. 59. ad Trebellianum pen. §. 1. de except. rei iudic.* Itaque redditio pignoris, ſi ab ipſo creditore, aut ipſius iuſſo ab alio facta ſit, inducit quidem pactum tacitum de non petendo pignore, ſed non ſimiliter de non petendo debito. Aliud verò eſt lui pignus, Aliud verò debiti liberatiorẽ induci *l. 1. in fin. de lib. leg.* Ad hunc autẽ locũ nihil pertinet, quod de pignore dãdo precario per creditorẽ debitori ſcribit Vlp. in *l. 6. §. vlt. de preca.* Aliud enim eſt pignus reddere debitori: Aliud verò pignus ei precario cõcedere: quia pignus quod precario cõceditur, tantò magis remanet pignoris iure obligatum. Cùm verò redditur, vinculum diſſoluitur, quod nuda voluntate diſſolui poſſe conſtat. *l. 5. & paſſ. quib. mod. pig. vel hypot. ſoluit.*

n *Niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur.* Intellige etiam ſi dictum non ſit: Nam ſi expreſſim dictum eſſet, pactum dici tacitum non poſſet. In omnibus autem conuentionibus non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpici debet *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de reg. iur.* Videtur tamen mihi exceptio iſta ſapere Tribonianum, cui familiariſſimum eſt requirere ſpeciales iſtas expreſſiones, tum quoque, c[illegible] non ſunt neceſſariæ: vt alibi ſæpius monuimus & an[illegible] nos Iacob. Cuiacius. Neque dubito, quin ſi exceptionem hanc addere Paulus voluiſſet, contentus fuiſſet ita ſcribere, *Niſi contrariũ actũ eſſe probetur.* Nam aliquid ſpecialiter agi, quid aliud eſt quàm expreſſim dici? Atqui tractat Paulus de pacto tacito: Non ergo ad Pauli propoſitum accommodata exceptio eſt, niſi ſaltem dictio illa *ſpecialiter* tollatur.

4. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

ITem quia conuentiones etiam tacitè valent, placet in vrbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori eſſe locatori, etiam ſi nihil nominatim conuenerit [p].

Ad l. Item quia. 4.

Ratio dubitandi. Neque pignus, neque hypotheca contrahi poteſt ſine conuentione, nec ob id ſolùm quòd debitor quis ſit, bona etiam illius obligantur, ſi non conueniat de pignore. *lege Ariſto. 3. infr. quæ res pignor. & Nouel. 136. de argent. contract §. inſuper.* Ergo bona mobilia in prædium vrbanum illata non poſſunt dici hoc ipſo tacitè obligata, præſertim cùm alio animo inferri potuerint, & ex alia cauſa magis neceſſaria: ſcilicet ad proprios vſus. Quomodo enim poſſet quis in aliena domo nullis mobilibus inſtructa commode habitare. Sed & imputare ſibi locator debet, cur non expreſſim conuenerit de pignore, ſicut & ſolemus ei imputare, cur non apertiùs legem dixerit ex reg. *lege veteribus. infr. h. tit. lege Labeo 21. de contr. empt.* Ratio decidendi Licèt pignoris, vel hypothecæ obligatio conuentionem expreſſam regulariter exigat, in quibuſdam tamen caſibus id non procedit, in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi. *lege 1. & toto tit. In quibus cauſ. pignor. vel hypothec. tacit. contr.* Inter cæteros verò caſus hic vnus eſt, ſi quæ mobilia in prædium vrbanum ab inquilino inferantur. *lege 4. iſt. tit.* Aliud eſt de illatis in prædium ruſticum, vt *eadem lex ait.* Rationem attoli in Error. 1. *Decad. 1. de errorib. pragma.* & dicam ad eum locum.

b *Etiamſi nihil nominatim conuenerit.* Adde etiam ſi locatore ignorante mobilia fuerint illata in prædium vrbanum. Ratio dubitandi. Abſentis & ignorantis conſenſus nullus eſſe poteſt, ne quidem tacitus. Ergo non poteſt tacita pignoris obligatio conſtitui in rebus illatis in prædium vrbanum, ignorante locatore. Ratio decidendi. Conſenſus tam locatoris quàm conductoris intelligitur adeſſe, & interuenire eo tempore, quo fit conuentio, non quo fit illatio: quia id ſanè agi inter vtrum-

que

que creditur, vt ſi quid vnquam in prædium vrbanum inferatur, id obligatum ſit pro penſione: ſicut & locaro prædio ruſtico fructus, qui ex eo prædio percipientur, vt ſcilicet cautum ſit locatori.

1 ¶ Secundùm hæc & mutus [q] paciſci poteſt.

Ad §. 1. Secundùm hæc.

q *Et mutus.* Ratio dubitandi. Mutus voluntatem ſuam declarare & exprimere non poteſt, cùm in eam rem verborum vſus neceſſariò fuerit comparandus. Et ſi enim prior & potentior eſt quàm vox mens dicentis: tamen nemo ſine voce dixiſſe exiſtimatur. *lege Labeo ait. 7. in fin. de ſuppell. legat.* Ergo nec paciſci poteſt. Ratio decidendi. Declarari voluntas & conſenſus poteſt, non tantùm verbis, ſed etiam factis, vt ſuprà dixi ad *leg. 2. ex leg. non tantum. 5. rat. rem. haber.* Idem iuris eſt in ſurdo. *l. in quibuſcunque. 48. de obligat. & act.* Nam inter ſurdum & mutum ea tantùm differentia hac parte eſt, quod mutus voluntatem alterius audire perinde ac alius quilibet poteſt, ſuam verò non niſi literis, aut ſignis, aut factis declarare: Surdus verò ſuam quidem exprimere loquendo, vt alius quilibet commodè poteſt, alienam verò non audire, ſed tantùm literis, aut ſignis, aut factis percipere poteſt *lege vbi non voce. 124. de regulis iuris.*

2 ¶ Huius rei argumentum etiam ſtipulatio dotis cauſa facta eſt: nam ante nuptias malè petitur, quaſi ſi hoc expreſſum fuiſſet: & nuptiis non ſecutis, ipſo iure euaneſcit ſtipulatio [r], idem Iuliano placet.

Ad §. 2. Huius rei.

Ratio dubitandi. Stipulatione nihil contineri intelligitur, niſi quod in ea expreſſum eſt. *lege quidquid 99 de verborum obligatione.* Atqui in huiuſmodi ſtipulationem non eſt expreſſum, vt ante nuptias dos non petatur: ergo neque id tacitè conuentum videri debet. Ratio decidendi. Id tacitè conuentum intelligitur, & omnis ſtipulatio quæ propter cauſam dotis fiat, habet in ſe conditionem hanc tacitam ſi nuptiæ fuerint ſecutæ, vt non priùs agi ea poſſit, quamuis non ſit expreſſa conditio, ſi nuptiæ. *leg. ſtipulatione 21. de iur. dot.* Ita ſcilicet fer ente nomine, & cauſa dotis: quia dos non poteſt eſſe ſine nuptiis, tametſi nuptiæ poſſint eſſe ſine dote. *l. 3. ill. tit.* In omnibus enim contractibus quantumlibet ſtricti iuris ſint, id ſequendum ſemper eſt quod actum fuit *l. in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* & illud ipſum pro cauto habendum *l. 3. de reb. credit.*

r *Ipſo iure euaneſcit ſtipulatio.* propter defectam conditionem. Tanta vis eſt conditionis etiam tacitæ, ſiue ſit conditio formalis, ſiue conditio vt vocant ſine qua non.

3 ¶ Ex facto etiam conſultus, cùm conueniſſet [s], *vt donec* [t] *vſuræ ſoluerentur, ſors non peteretur*: & ſtipulatio purè concepta fuiſſet: conditionem [u] ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet.

Ad §. 3. Ex facto etiam conſultus.

ſ *Cùm conueniſſet.* Intellige, incontinenti, poſt interpoſitam purè ſtipulationem: quia ea demum pacta ſtipulationi creduntur ineſſe, quæ incontinenti fiunt. *l. lecta eſt. 40. de reb. cred.* Alioqui ſtipulatio ſanè pura eſſet, & ex ea confeſtim agi poſſet: nec niſi pacti exceptione ſubmoueri ſtipulator poſſet, quod non perinde eſt cùm ſtipulatio conditionem aliquam habet, ſiue expreſſam, ſiue tacitam. Tunc enim actio ab initio impeditur. *lege cedere diem. 213. de verb. ſignif.*

t *Donec.* Dictio hæc non tantùm tempus includit, ſed etiam conditionem, *ſi vſuræ ſoluentur.* & hoc eſt quod facit ſtipulationem conditionalem, quia cùm à diſpoſitione præcedenti receditur ſub aliqua conditione, diſpoſitio illa præcedens quæ pura fuerat, ſub contraria conditione facta eſſe intelligitur. *leg. aliquando. 107. de cond. & dem. l. quod purè. 6. quand. dies leg. ced. l. quod ſi aly. 7. l. ſi legatum. 10. de adimp. legat.*

u *Conditionem.* Contrariam conditioni pacti. Illam ſcilicet, *ſi vſuræ non ſoluentur.* Ratio dubitandi. Conditiones odioſæ ſunt, quia ſuſpendunt actum & diſpoſitionem, quæ alioqui pura eſſet. *leg. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus in fin. de verborum obligatione.* vbi ob hanc cauſam dicitur eſſe rarò ſupplendas. Ratio decidendi. Rarò quidem ſupplendæ ſunt, ſed tamen aliquando ex eo quod apparet actum eſſe, id eſt, ex qualitate negotij, quod agitur ſupplendæ ſunt, vt ea lex agit. In propoſito tamen non ſuppletur conditio, ſed ex pacto incontinenti poſt ſtipulationem adiecto inducitur: Non quaſi conditione pacti tacitè repetita in ſtipulatione, quam ſcilicet ponimus præceſſiſſe, ſed quaſi ſtipulatione ipſa per poſterius pactum in continenti appoſitum reformata, vt in *d. l. eſt 40. de reb. cred.*

5. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

CONuentionum autem tres ſunt ſpecies [x], aut enim ex publica cauſa fiunt, aut ex priuata, aut legitima, aut iurisgentium.

Ad l. Conuentionum autem 5.

x *Tres ſunt ſpecies.* Debuerat potiùs duas ſpecies dicere. Omnium enim conuentionum ſumma diuiſio illa eſt, vt vel ex publica cauſa fiant, vel ex priuata. Quæ autem ex priuata cauſa fiunt, ſubdiuiduntur. Nam omnis conuentio priuata, aut legitima eſt, aut iuris gentium. Ratio dubitandi. Sunt quædam conuentiones quæ & legitimæ ſunt, & ſimul iuris gentium. Omnes eæ ſcilicet quas & ius gentium induxit, & ius ciuile confirmauit, ita vt ex iis dederit actionem. Cuiuſmodi ſunt emptio venditio, locatio, depoſitum, & aliæ ferè omnes, de quibus in *l. ex hoc iure 5. de iuſtitia, & iure.* Ergo non eſt bona hæc diuiſio quæ omnes conuentionum ſpecies non comprehendit. Ratio decidendi. Conuentiones inductæ ex iure gentium, licèt à iure ciuili admiſſæ ſint, ita vt ex iis actio detur, non tamen legitimæ dici poſſunt: quia non tam confirmantur, quàm adprobantur, aut potiùs non improbantur à iure ciuili. Legitima ſiquidem conuentio illa eſt quæ lege aliqua, vel ſenatuſconſulto adiuuatur, vt ſcriptum eſt in *l. ſeq.* Quo tamen nomine Vlpianus hîc ſola pacta ſignificat, quæ ſi à lege aliqua non adiuuarentur, eſſent nuda, quia ex omnibus iis conuentionibus: quas ius gentium induxit, eas ſolas non agnoſcit ius ciuile, quæ nomen ſui generis retinent: & ſunt nudæ conuentiones, quæ nec tranſeunt in aliud nomen, nec vllum Συνάλλαγμα in ſe habent. Si quas ergo agnoſcit, eas magis ſpeciali nomine legitimas appellamus, quia ſolæ ſunt quas in eo genere lex adiuuat.

1 ¶ Publica

1 ¶ Publica conuentio eſt, quæ fit per pacem, quotiens inter ſe duces belli quædam paciſcuntur [y].

Ad §. Publica conuentio 1.

y *Quadam paciſcuntur.* Ratio dubitandi. Pactum vnius alteri vel prodeſſe vel nocere non debet. *lege ſi vnus. 27. §. pacta ꝟ. eod.* Ergo multò minùs pactum inter duces belli initum in pace conſtituenda, rempublicam afficere poteſt. Ratio decidendi. Sicut bellum dat leges paci, [nec enim fit illa vnquam ſine certis pactis & legibus.] ita & belli duces dant legem bellu, & conſequenter paci: Tànquam à republica ipſa, quæ belli duces eos conſtituit mandatum in hanc rem habentes. Ideoque ex eiuſmodi conuentionibus tanquam publicis, & à populo ipſo factis ciues omnes obligari neceſſe eſt, ac ſi lege lata & rogata conſtitutæ eſſent. Nam nec niſi populi nomine & conſtituuntur & iurantur. *l. in bello. 12. l. ſi captiuus. 20. leg. ſi quid bello. 18. de captiu. & poſtliminy.*

6. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

LEgitima conuentio eſt, quæ lege aliqua confirmatur [z], & ideo interdum ex pacto [a] actio naſcitur [b], vel tollitur [c], quotiens lege, vel ſenatuſconſulto [d] adiuuatur.

Ad l. Legitima conuentio 6.

1 *Confirmatur* Intellige ſpecialiter, vt conuentiones omnes iuris gentium ab hoc diuiſionis membro excludamus, quæ aut proprium nomen, aut *συνάλλαγμα* in ſe habent. Omnes enim illæ etſi à iure ciuili adiuuantur, vt pariant actionem, quæ eſt iuris ciuilis. *l. 2. §. deinde 5. de orig. iur* tamen non legitimæ, ſed iuris gentium appellantur: Hic verò legitimæ conuentionis nomine ſola pacta nuda ſignificantur, id eſt, quæ nuda eſſent, niſi ſpeciali & ſingulari beneficio alicuius legis, vel ſenatuſconſulti confirmarentur. Itaque eſt quod ſtatim ſequitur *& ideo interdum ex pacto actio naſcitur, vel tollitur.* Ratio dubitandi. In actionibus verſatur ius, in pactis verò non niſi factum. *l. ſi vnus 27. § pactus hoc tit.* Ergo ex pacto actio neque naſci, neque tolli poteſt.

Ratio decidendi. In pactis legitimis non modò factum ſed etiam ius verſatur. Idcirco enim legitima appellantur, quia poteſtatem ſuam à lege ſumunt, cuius eſt actionem & inducere, & extinguere.

a *Ex pacto.* Ergo non omne pactum eſt nudum. Nam ex pacto nudo nunquam actio dari poteſt, vt dixi ad *leg. 1. ſuprà.* Nec proinde verum eſt quod vult Iacob. Cuiac. pacta omnia eſſe nuda: & perpetuum illud eſſe pacti *ἐπίθετον* vt ſit nudum. Fateor nullum eſſe, quod eleganter poſſis cum interpretibus dicere veſtitum: quia nunquam hoc nomine prudentes vſi ſunt. Sed dico multa pacta eſſe non nuda, id eſt, quæ licèt contractus non ſint neque nominati, neque innominati actionem nihilominus pariunt. Cuiuſmodi ſunt legitima, de quibus in hac lege. Item ea quæ fiunt incontinenti poſt aliquem contractum, de quibus dicemus ad *leg. ſeq. §. quinimo.* Cùm enim nuda dicantur quia deſtituuntur vi & efficacia ad agendum, conſequens eſt, vt ea ex quibus agi poteſt non ſit nuda. *C. h. tit. l. legem. 10.*

b *Actio naſcitur.* Difficile eſt exemplum aliquod afferre huiuſmodi pacti legitimi, ex quo temporibus Pauli actio naſceretur. Nam quod nonnulli aiunt de pacto hypothecæ, aut conſtitutæ pecuniæ, ridiculum eſt: cùm pacta iſta ſint ex iuriſdictione prætoris. *lege 1. de conſtit. pec. §. item ſeruiana. & §. de conſtituta. Inſtitut. de act.* qui tamen facere legem non potuit. *§. quos autem. Inſtitut. de bonor. poſſ ſſ.* Ergo non ſunt legitima quamuis nec ſint nuda, quia pariunt actionem. Quid ergo? ſunt prætoria, ſicut & actio quam pariunt, prætoria eſt, non legitima aut ciuilis. Nam quemadmodum ex iis pactis quæ ſunt iuris gentium quædam à iure ciuili adiuuantur, & fiunt legitima, ſic, & quædam à prætore & ſunt prætoria. Rurſum pacta furti & iniuriarum, licèt ſint legitima, id eſt, *l. 12. tab. confirmata*, nullam tamen pariunt actionem, ſed tollunt actionem furti & iniuriarum ipſo iure. Fiunt enim hæc pacta. Ne furti, ne iniuriarum agatur. *l. ſi tibi decem. 17. §. 1 ꝟ hoc tit.* Hodie ſane non deſunt exempla pacti legitimi actionem producentis. Nam ſi dos per pactum promiſſa ſit, peti poteſt ex pacto, adeoque ex pollicitatione ſola *l. ad exactionem 6. Codice de dot. promiſſ.* vbi extat in hanc rem Theodoſij conſtitutio. Item ſi ſolo pacto facta donatio ſit. Nam & valet hodie per iude atque valebat olim, cùm interpoſita erat ſtipulatio. Idque ex Iuſtiniani conſtitutione in *leg. ſi quis argentum. 35. §. penultimo. Codice de donat.* Quanquam enim non aliqua lege confirmantur hæc pacta, ſed Principum conſtitutionibus, non eo minùs tamen legitima dici poſſunt, cùm ex conſtitutiones legum vim habeant, & parem legibus autoritatem. *dict. §. quos autem de bonorum poſſeſſ.* Quomodo hic Paulus ſcribit pactum legitimum dici poſſe, etiam quod SC. adiuuatur.

c *Vel tollitur.* Exemplum eſt in pacto furti. Item in pacto iniuriarum. *l. ſi tibi decem. 17 §. 1. ꝟ. hoc tit.*

d *Vel ſenatuſconſulto.* Ratio dubitandi. Senatuſconſultum non eſt lex, cùm aliud nomen habeat. *§. lex eſt. & §. ſenatuſconſultum. Inſtitut. de iur. natur. gent. & ciuili iunct. l. ſi idem codicilli 7. Codice de codicill.* Ergo pactum quod ſenatuſconſulto aliquo adiuuatur, non ideo poteſt dici legitimum. Ratio decidendi. Senatus quidem facere legem non potuit, ſed legi ſimilem conſtitutionem facere potuit. *d. §. quos autem de bonorum poſſeſſ. l. non ambigitur 9. l. ergo omne 9. de legib.* Huiuſmodi tamen pactorum ſenatuſconſulto aliquo confirmatorum exemplum nullum extat in libris noſtris.

7. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

IVriſgentium conuentiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.

Ad l. Iuriſgentium in pr. 7.

Ratio dubitandi. Neque actiones, neque exceptiones ſunt ex iure gentium, ſed actiones quidem omnes partim ex iure ciuili, partim ex iure prætorio. Exceptiones verò omnes ex iure prætorio. *l. 2. §. deinde de orig. iur. l. 2. & tot. titul. de except.* Ergo conuentiones, quæ ſunt iuris gentium neque actionem parere poſſunt, neque exceptionem. Ratio decidendi. Non pariunt actionem aut exceptionem iure gentium, nec quatenus ſunt iuris gentium, ſed quatenus à iure vel ciuili, vel prætorio adiuuantur, nec ideo tamen legitimæ dicuntur, quia legitimarum conuentionum nomen ad pacta tantùm refertur, quæ iuris gentium ſimiliter ſunt, quantum ad originem, ſed quæ ſunt ex eo genere conuentionum, quod ius ciuile non ſolet regulariter adprobare, vt dixi ad *legem conuentionum. 5. & l. ſequent. hoc tit.*

1 ¶ Quæ pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus: vt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus [e].

Ad §. 1. Quæ pariunt actiones.

Ratio dubitandi. Multæ ſunt conuentiones iuris gentium, quæ actiones pariunt, nec tamen in proprium contractus nomen tranſeunt, cuiuſmodi ſunt omnes illæ, ex quibus deſcendunt contractus innominati, de quibus in §. *ſeq.* Ratio decidendi. Omnes conuentiones iuris gentium, quæ tranſeunt in proprium nomen contractus, pariunt actionem, ſed non è contrario omnes, quæ pariunt actionem tranſeunt in proprium nomen contractus.

a *Et cæteri ſimiles contractus* ſcilicet nominati. Sed cur contractus iſti nominati ſunt, alij verò innominati? An quia, vt vulgò creditur, propter ſui frequentiam inter homines ſpeciale nomen repererunt? At quid frequentius eſt, quàm vt dem tibi vt des, vel dem vt facias, vel faciam vt des, vel faciam vt facias? Dicendum igitur eſt nomen certum habuiſſe omnes contractus, qui certam ſui natura formam & legem habent, quæ vno nomine poſſit exprimi. Quod nominatis omnibus contractibus conuenire certum eſt, non etiam innominatis.

2 ¶ Sed & ſi alium contractum [b] res non tranſeat ſubſit tamen cauſa [c]: eleganter Ariſto Celſo reſpondit eſſe obligationem [d]: vt putà, dedi tibi rem [e], *vt mihi aliam dares*: dedi, *vt aliquid facias*, hoc *συνάλλαγμα*, id eſt, *contractum* [f] eſſe, & hinc naſci ciuilem obligationem. Et ideò puto, rectè Iulianum à Mauriciano reprehenſum in hoc: Dedi tibi Stichum, *vt Pamphilum manumittas*: manumiſiſti, euictus eſt Stichus. Iulianus ſcribit [g], in factum actionem à prætore dandam ille ait, ciuilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis, ſufficere: eſſe enim contractum [h], quod Ariſto *συνάλλαγμα* dicit, vnde hæc naſcitur actio.

Ad §. 2. Sed & ſi in alium.

b *In alium contractum.* id eſt, in aliud nomen contractus. Nam nec in contractibus nominatis fit tranſitus ab vno contractu in alium, ſed tranſit res à generali nomine conuentionis in ſpeciale nomen contractus.

c *Subſit tamen cauſa.* Noli intelligere de cauſa, quæ ſolet non ſolùm contractibus, ſed etiam pactis nudis interponendis occaſionem, aut neceſſitatem dare (nam neque pactum nudum ſine tali cauſa vllum eſſe poteſt, ſaltem efficax, vel ad merendam à prætore exceptionem, quia prætor abhorret conuentiones omnes ſine cauſa factas. *lege ſecunda. §. circa. de dol. mal. except. iunct. l. 4. de rebus credit.*) ſed de negotio, quod ſubeſt in ipſa conuentione, eique non tam occaſionem, quàm materiam præſtat Ideóque ſic loquitur Vlpianus.

d *Subſit tamen cauſa.* Nam id quod dat cauſam contractui præcedit non ſubeſt. In eóque errant, qui definiunt pactum nudum conuentionem, quæ nullam habeat cauſam, vt dicemus ad §. 4. *ȷ̈.*

e *Eſſe obligationem.* intellige, *ciuilem*, vt ſequitur paulo poſt. Nam alioqui ex conuentione etiam nuda, & cui nulla ſubeſt cauſa, id eſt, quæ nullum negotium continet, obligationem naturalem oriri certum eſt. *lege Stichum. 95. §. naturalis de ſolutionibus.* quippe quæ ex ſolo facto æſtimatur. *lege nec ſeruus quidquam. 41. de pecul.* Aut obligationem dixit Vlpianus pro contractu, vt in *l. omnem 20. de iudiciis.*

f *Vt puta dedi tibi rem.* Exemplum eſt contractus innominati, ſiue dem vt des, ſiue vt facias. *l. naturalis. 5. §. 1. & ſequentibus de præſcriptis verb.*

Ratio dubitandi. Singulis rebus ſingula data ſunt nomina, vt rerum omnium proprietas & ſignificatio diſtinctè intelligatur. *lege 4. de legat. 1. lege Labeo ait. 7. §. 1. de ſuppellect. legat.* ne alioqui & nominum & rerum fœdam confuſionem fieri neceſſe eſſet. *lege ſi idem 7. Codice de codicillis. l. vlt. C. de legit. tutel. l. quarta. C. de feriis.* Ergo ſi contractus iſti ſunt, proprium quoque nomen habere, quo à cæteris diſtinguantur.

Ratio [illegible]endi. Plura ſunt negotia quàm vocabula *l. 1. 2. 3. [illegible]. de præſcriptis verbis.* & ideò mirum non eſt ſingulis contractibus & negotiis nomina propria aptari non potuiſſe. Omnes tamen contractus innominati ad quadruplicem differentiam rediguntur. Aut enim do, vt des, aut facio vt facias. *dict. l. naturalis. 5. §. 1. & ſeqq. eo. tit. d. cam.*

g *Συνάλλαγμα, id eſt, contractum.* Vtrumque nomen & Græcum & Latinum oſtendit, rum dici contractum innominatum, & amitti nomen pacti nudi, cùm ex vtraque parte negotium aliquod interuenit, non vt mutua naſcatur obligatio, ſed vt ei qui primus ex ſua parte ſine vlla præcedente obligatione aliquid dat vel facit, alius obligetur.

h *Iulianus ſcribit.* Imò ſcripſit Iulianus ex hoc contractu naſci actionem in factum ciuilem, vt Paulus refert in *d. l. naturalis. 5. §. 2. in fin. de præſcriptis verbis.* Ergo non actionem in factum prætoriam vt hic Vlp. ait. Nec enim actio in factum prætoria, quæ non eſt niſi ſubſidiaria etiam actionis de dolo: vt ex eo ipſo Pauli loco apparet, dari poteſt, cùm competit ciuilis. Reſpondeo locum illum eſſe corruptum, & abundare dictionem *ciuilem*, additam ſcilicet ab interprete, ſententiam Iuliani ad rationem iuris contra ipſius Iuliani mentem accommodante: nec animaduertente in eum, qui etiam dolo interueniente, non alia actione quàm de dolo teneri poteſt, non poſſe competere ciuilem in factum actionem eo caſu, quo ignorauerit, ſed eam ſolùm quæ ſubſidiaria ſit actionis de dolo: qualis eſt in factum prætoria. *l. non debet. 1. 1. in fin. de dolo.* Idque eſt, quod hic dicitur ciuilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis ſufficere.

i *Eſſe enim contractum.* Hinc apparet nunquam ex contractu naſci actionem in factum prætoriam, ſicut nec actionem de dolo: ſed tunc demum vtramque actionem ſiue de dolo, ſiue in factum à prætore dandam eſſe, cùm contractus nullus eſt, ex quo ciuilis actio naſci poſſit. Vtraque enim non niſi ſubſidiaria eſt, quam ſemper ordinaria excludit.

3 ¶ Si ob maleficium, *ne fiat*, promiſſum ſit [i]: nulla eſt obligatio ex hac conuentione [k].

Ad §. 3. Si ob maleficium.

Ratio dubitandi. Cauſa videtur honeſta, & ſecundùm leges ac bonos mores, cùm quid promittitur ob hoc ne maleficium fiat. Illa enim turpis eſſet, ſi quid promitteretur vt maleficium fieret. *l. veluti. 27. cum l. praced. de verb. obl.* Ergo quæ in contrarium fit eſt honeſta. Sicut & ſi conueniat inter nos, ne ſeruum meum furem facias. *l. non impoſſibile. 50. ȷ̈. hoc tit.*

Ratio decidendi. Non eſt turpis pactio, ſi conueniat ne maleficium fiat. Vt nec illa, ſi conueniat, ne ſeruum meum furem facias, ſed turpis fit ſi ob hoc aliquid promittatur: Quia non pactionibus priuatis, ſed publica legum autoritate, & vel amore virtutis, vel ſaltem metu pœnarum ciues, ne delinquant contineri & coërceri, voluit legiſlator. Qui enim pecuniam accipit ne faciat maleficium, an non apertè præ ſe fert malefaciendi voluntatem, quam nummis æſtimet?

k *Promiſſum ſit.* ſiue per ſtipulationem, ſiue nulla ſtipulatione interueniente. Tractat enim hic Vlpianus de eo caſu, quo citra ſtipulationem contractus fiat ob negotium, quod ſubeſt. Nam de promiſſione nuda hoc verbum

bum intelligi non poteſt, cùm incipiat dicere de pactis nudis in §. *ſeq.*

l *Ex hac conuentione.* Tanquam quæ ſit nuda, & cul non tam turpis, quam nulla ſubeſt cauſa, nullum negotium, quod obligationem ciuilem inducere poſſit. ſic & in *leg. vltim. de condict. ſin. cauſ.*

4 ¶ Sed cùm nulla ſubeſt cauſa [m] propter conuentionem, hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem [n].

¶ Igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed parit exceptionem [o].

Ad §. 4. Sed cum nulla.

m *Sed cùm nulla ſubeſt cauſa.* id eſt, cùm nullum ſubeſt negotium, quod geratur in ipſa conuentione, nec quicquam in conuentione eſt præter conuentionem. (legendum enim eſſe *præter*, non vt vulgò *propter* omnes conſentiunt.) Nam ſi intelligeres, quomodo quidam intelligunt, pactum nudum eſſe, quoties conuentio aliqua fit ſine cauſa, faceres omnia pacta nuda inutilia etiam ad producendam exceptionem. Quomodo enim, aut qua æquitate daret prætor exceptionem ex pacto nudo, ſine cauſa interpoſito, qui dat exceptionem doli contra ſtipulationem interpoſitam ſine cauſa. *leg. §. circa de doli mali. excpt. leg. ſi quis cùm aliter. 36. de verborum obligatione.* Atqui ex pacto nudo prætor dat exceptionem, vt ſequitur in hoc paragrapho. Pactum igitur nudum, ſi modò ſit ex iis, quæ prætor edicto pollicetur ſe ſeruaturum, non illud eſt, quod vt ſine cauſa, ſed quod nullum in ſe continet mutuum negotium, & ſtat in puris finibus conuentionis. Exempli gratia, ſi cùm deberes mihi centum ex mutuo, pactus ſim de non petendo. pactum nudum eſt, quod actionem neque mihi tollere, neque tibi dare poteſt, ſed parere tantùm exceptionem. Et tamen non eſt ſine cauſa. Ideo enim à me factum eſt, quia volui erga te liberalitatem exercere, aut quia pro eo aliquid à te accepi, in quo non minus, vel etiam quid amplius eſſet, *lege. ſi conueneris. 56. & lege contra iuris. 28. § ſin. infr. hoc tit.* Sed non idcirco poſſis dicere negotium aliquod hic ſubeſſe præter conuentionem quia nullum negotium mutuum inter nos geritur, cùm paciſcor me nihil vnquam à te petiturum. Idem eſt ſi pactum ſit inter nos initum, hoc modo, *Dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum.* Hic enim nullum adhuc negotium inter nos geritur, ſed tunc geretur, cùm ego dabo tibi Stichum, vt viciſſim accipiam Pamphilum. Ideo putant quidam pacta in eo differre à contractibus, quod contractus omnes habent negotium præſens, pacta verò futurum Quæ traditio in iis quidem contractibus, qui ſunt iuris gentium vera eſt, quia non vendit, nec locat, qui dicit *vendam tibi*, vel *locabo*: ſed qui dicit *vendo.* vel *loco* Sed apertè falſa eſt in ſtipulationibus, quæ & contractus verè ſunt, & ſemper in futurum tempus conferuntur.

n *Conſtitui obligationem.* ciuilem, quæ & contractus nomen mereatur, & actionem poſſit producere. Quo etiam ſenſu accipiendum eſt, quod ſtatim ſequitur, *obligationem non parit.* Alioqui certum eſt ex pacto nudo naſci obligationem aliquam, ſcilicet naturalem. Illa enim eſt, quæ parit exceptionem, compenſationem, deductionem, retentionem, & impedit condictionem *l. naturalis. 10. de oblig. & act. l. Stichum. 95. § naturalis. de ſolut. leg. frater à fratre. 58. & tot. tit. de cond. indeb.*

o *Sed parit exceptionem.* Generalis ergo concluſio eſt, Ex pacto nudo actionem nunquam naſci: ſed tantùm exceptionem. Et nuda pacta dici non tam ob id, quòd nullam pariant actionem, quàm quòd nulla in iis ſubſit cauſa, id eſt, vt explicauimus, nullum negotium; quod geratur præter conuentionem.

5 ¶ Quinimò interdum format ipſam actionem [a], vt in bonæ fidei iudiciis [b], ſolemus enim dicere, *pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis* [c]. Sed hoc hic accipiendum eſt: vt ſiquidem ex continenti [d] pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint: ex interuallo non inerunt, nec valebunt, ſi agat [e], ne ex pacto actio naſcatur.

¶ Vtputà, poſt diuortium conuenit, *ne tempore ſtatuto dilationis dos reddatur, ſed ſtatim*: hoc non valebit [f]. ne ex pacto actio naſcatur [g].

¶ Idem Marcellus ſcribit, & ſi in tutelæ actione conuenit, *vt maiores, quàm ſtatuta ſunt vſuræ præſtentur*: locum nõ habebit, ne ex pacto naſcatur actio: ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant [h], id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.

¶ Idem reſponſum ſcio à Papiniano: & ſi poſt emptionem ex interuallo aliquid extra naturam [k] contractus conueniat: ob hanc cauſam agi ex empto non poſſe propter eandem regulam, ne ex pacto, actio naſcatur: quod & in omnibus bonæ fidei iudiciis [l] erit dicendum.

¶ Sed ex parte rei locum habebit pactum [m], quia ſolent & ea pacta, quæ poſtea imponuntur, parere exceptiones.

Ad §. 5. Quinimo interdum format.

a *Format ipſam actionem.* Formari actionem per pactum nihil aliud eſt, quàm actionem ex contractu competentem protrahi, & produci ad id quoque, quod pacto nudo comprehenſum eſt. Solent enim actiones omnes formam ſuam accipere, ab obligationibus: obligationes autem omnes à contractibus: Contractus autem ipſi etiam à pactis, poſt contractum & conſequenter extra contractum initis, dummodo facta ſint incontinenti poſt contractum: aut contra in exordio, & primordio contractus quia quæ ſic fiunt, videntur ineſſe ipſi contractui, quod veriſimile ſit contrahentes de eo quoque contrahendo cogitaſſe, nec aliter contracturos fuiſſe. Vt proinde non poſſit hoc caſu pactum dici nudum, in quo ſcilicet ſubeſt illud ipſum negotium, circa quod verſatur contractus. Itaque format, reformat, interdum etiam transformat contractum.

b *Vt in bonæ fidei iudiciis.* Ad differentiam ſcilicet aliorũ iudiciorum, quæ ſunt ſtricti iuris, in quibus perpetuum eſt, vt nunquam actio formetur per pactum, quantumuis incontinenti appoſitum, & licèt tale pactum inſit contractui. Exemplum eſto, ſi crediderim tibi centum, & mox incontinenti conuenerit, vt tu pro me Romam eas: Certum eſt pactum hoc ineſſe contractui, ex eóque quodam mihi actionem, contra te, ſi pro me Romam ire nolis: quia non aliter fueram contracturus, nec tibi pecuniam crediturus. Alioqui deciperer, quod nunquam ferendum eſt. *lege vltim. Codic. de pact. inter emptorem & venditorem. lege Titius Sempronio. 24. & paſſ de præſcript. verborum. lege vltima, Codice de rerum permutatione.* Sed an ideo pactum hoc formabit actionem, ex mutuo competentem, id eſt certi condictionem? id eſt, An certi condictione agendum mihi erit contra te, vt Romam eas, perinde atque agendum eſſet, vt mihi pecuniam redderes?

Minimè, quia eius actionis natura, quæ ſtricta eſt nequit porrigi & extendi ad id, quod pacto comprehenſum eſt, Opus igitur eſt non alio contractu, ſed alia actione, vt quod pacto promiſſum fuit, fiat. Idémque tractari poteſt in contractibus aliis nominatis, qui ſtricti iuris ſunt, putà in donatione: ſi tamen donatio contractus eſt, *dicta lege vltima. Codice de rerum permutatione. lege cùm res 22. Codice de donation.* Non enim vlla actio ex donatione naſcitur, quæ competat donatori ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta donatio ſit, & tamen non eo minùs æquum eſt actionem aliquam dari donatori, vt quod ei rem ſuam tradenti promiſſum fuit, ſeruetur. *lege in traditionibus. 48. infrà hoc titulo. lege prima, & toto titulo. Codice de donation. quæ ſub mod. lege cùm res.22. Codice de donation.* Incertam nimirum, aut incerti actionem ciuilem præſcriptis verbis. *dicta lege. cùm res 22. l. legem.9. Codice de donat. leg.hereditatem. 28. de donat. l. 1 Codice de pact. ec nu. tam ſup.don.* Pactom ergo in donatione appoſitum ineſt donationi, alioqui neque cauſam vllam haberet, neque proinde actionem vllam parere poſſet. Et tamen non format actionem, quia nec actio vlla eſt, quæ formari poſſit, nec ſi qua eſſet: formari tamen per pactum poſſet, ſiquidem ſtricta eſſet: cùm in bonæ fidei contractibus donationis ſpecies nun deprehendit. *lege cum 22. infr. eodem de donatione.* Aliud igitur eſt Pactum ineſſe contractui: Aliud verò pacto formari actionem. Pacta incontinenti facta ſemper inſunt contractui, ſiue bonæ fidei contractus ſit, ſiue ſtricti iuris: vt poſſit dari actio ad id, quod pacto comprehenſum eſt, ſed non ſemper formant actionem, at in bonæ fidei dumtaxat iudiciis. Excipienda ſtipulatio eſt, quæ licèt ſit contractus ſtricti iuris, quia tamen verbis contrahitur, ſicut & pactum, nec niſi ſtipulandi & paciſcendi animo pacta plerumque à ſtipulationibus diſcernuntur. *§. quod ferè hac lege. & lege 1. §. eum qui de conſtitut. pecun.* facilè poteſt admittere, vt pactum incontinenti poſt ſtipulationem adiectum non modò inſit ſtipulationi, ſed etiam actionem ex ſtipulatu formet: vt in *dicta lege lecta. 40. de rebus creditis.* [quamuis C. dicat non ineſſe ibi pactum, niſi ex parte rei, quod ſanè falſum eſt: alioqui non prodeſſet niſi ad exceptionem, vt illi putabant, contra quos Paulus diſputat, nec hoc prætermiſiſſet Paulos, qnod Vlpianus non prætermiſit hoc loco, nec Papinianus in *leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* vbi pacta quædam dicunt ineſſe ex parte rei tantùm, cùm talia ſunt quæ non poſſunt ineſſe ex parte actoris.] Eſt enim ſtricta quidem actio ex ſtipulatu, vt ad aliud non competat, quam quod verbis expreſſum fuit. *lege quidquid.99. de verborum obligatione.* ſed non vſque adeò, vt quod pacto incontinenti adiecto expreſſum fuit, non videator etiam ſtipulatione comprehenſum, cùm actio ex ſtipulatu naſcatur ex verbis quæ nec pacti deſunt. Idque probatur eleganter etiam ex *lege 1. §. ſi quis ſimpliciter verſ. cùm adiecit. de verborum obligatione.* vbi dicitur ſi diuerſitas reſponſionis illico placuerit ſtipulatori, quod nihil aliud eſt qoàm pactum incontinenti appoſitum eſſe aliam ſtipulationem contractam videri. Non alia vtique ratione, quàm quia hoc pactum ineſt ſtipulationi etiam ex parte ſtipulatoris, & conſequenter etiam ad agendum. Proinde hæc, qoæ in cæteris contractibus nominatis diximus eſſe diuerſa, ineſſe pactum contractui, & pacto formari actionem eadem planè ſunt, eiuſdémque effectus in ſtipulatione. Nec tantùm in ſtipulatione, ſed etiam in contractibus omnibus innominatis: qui licèt ſint ſtricti iuris, eius tamen naturæ ſunt, vt pacta poſt contractum innominatum incontinenti appoſita, non modò iis inſint, ne maneant nuda, nullámque cauſam habentia, ſed etiam actionem ex contractu ipſo competentem forment, vt eadem illa actio, quæ ex contractu datur, etiã detur ad omne id quod pacto cõtinetur. Nimirum, quia neque alia ex iſtis contractibus dari poteſt actio, quàm præſcriptis verbis in factum ciuilis. *leg. 1. de preſcrips. verb.* quæ eadem actio ſola eſt, quam dare poſſis ex quolibet pacto incontinenti poſt contractum ſtricti iuris appoſito. *l. Titius Sempronio. 24. & paſſ. e. tu. ſcripſit aliquid err. 2. dec. 1.*

c *Pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis.* Non dixit *bona fidei contractibus.* vt in *l bona 13. Codice hoc titul.* Nam & ſtricti iuris contractibus inſunt pacta incontinenti appoſita, vt dixi, ſed non inſunt iudiciis ſtrictis: quia non formant regulariter actionem ſtrictam, & vt dicam apertiùs, quamuis inſint contractui, vt poſſint actionem producere, non inſunt tamen actioni ipſi ex contractu ſtricto, & nominato competenti. Actio autem ſola eſt, quæ iudicium conſtituit. Itaque pactum aliquod ineſſe iudicio & formare actionem idem eſt. Quamuis pactum ineſſe contractui, & pacto actionem ex contractu formari, ſint diuerſa. Debet autem hoc poſteriore ſenſu intelligi quod ſcriptum eſt in *dicta lege in bona.* In bonæ fidei contractibus ita demum actionem ex pacto competere, ſcilicet, eam ipſam quæ ex contractu competit, ſi incontinenti fiat, ad differentiam nimirum contractuum ſtricti iuris, quibus ſi incontinenti adiiciantur pacta, pariunt quidem actionem: quia æquè inſunt etiam ex parte actoris, at non actionem ex ipſo contractu, ſed aliam, vt dixi.

d *Si quidem ex continenti.* Nam quod ex continenti poſt aliquem actum fit, in ipſo actu fieri videtur.

Ratio dubitandi. Vbi contractus aliquis ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris ſemel perfectus eſt, ſuámque formam integram habuit, quicquid poſtea accedit, licèt ex partium conuentione, id neceſſe eſt vt ſit extra contractum: potiúſque noui contractus iure cenſeri debeat, quàm noua pars contractus iam ex omnibus ſuis partibus conſtantis. *leg. ab emptione infr. eodem leg. pacta conuenta. 72. verſ. Paulus notat. de cont. empt.* Ergo etiamſi pactum incontinenti appoſitum ſit, nôn poteſt tamen formare contractum iam perfectum.

Ratio decidendi. Quilibet contractus duplicem formam habere poteſt, vnam ſubſtantialem, ſine qua eſſe non poteſt: Alteram accidentalem, quæ poteſt adeſſe & abeſſe, ſine contractus peremptione aut mutatione, id eſt, quæ accedit ei ex pacto aliquo facto ſuper naturalibus aut accidentalibus contractus. Prioris generis forma, cùm ſubſtantiam contractus conſtituat, non poteſt pacto immutari, quin contractus vel in totum deſtruatur, vel tranſeat in alium contractum: alium, inquam, aut numero, vt putà ſi poſt perfectam venditionem rebus adhuc omnibus integris aliquid precio addatur, vel detrahatur. *dicta lege pacta conuenta.72. §. Paulus notat de contr.empt.* aut ſpecie: vt putà ſi poſt depoſitam pecuniam conueniat vt depoſitarius ea vti poſſit, & tantumdem reddat. Tunc enim ex depoſito fit mutuum. *lege Lucius Titius. 14. ff. depoſ. vt ex dote emptio in l. cùm dotem. 10. Codice de iure dotium.* Quòd ſi talis conuentio ſit, vt ea ſalua neque poſſit contractus ſubſiſtere, neque in alium contractum tranſire, neceſſe eſt pactionem nullius eſſe momenti. Vt ſi in mutuo conuenerit creditis tibi decem, vt vndecim debeas. *lege rogaſti me. 11. §. ſi tibi de rebus creditis, aut in precario*, vt in Kalendas vſque Iulias precario rem meam poſſideas. *lege cùm precario. 12. de precar.* Implicat enim contradictionem, vt rem meam inuito me retinens, & tamen habeas eam precario: id eſt quandiu voluerim. Quod ſi ea dictio, *precario* in pactione adiecta non eſſet, valeret vtique pactio, & ex precario fieret commodatũ. Sed poſterior ſpecies formæ, quæ accidentalis eſt immutari pro arbitrio contrahentium poteſt, quia nihil vetat contractus ſubſtantiam manere, & tamen plus minúſve ex pacto præſtari, quàm ex natura contractus præſtari oporteret, ſi pactum nullum eſſet: Eiuſmodi eſt in venditione pactum, vt venditor de euictione non teneatur ad id quod intereſt, ſed tantùm ad precij reſtitutionem. *leg. ex empto. 11. §. vltim. de act. empt.* Aut ne cautio duplæ præſtetur, quæ aſſiduè præſtari ſolet. *dicta lege pacta conuenta. 72. de contr. empt. iunct. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. de ædilit. edict.* aut vt è contrario cautio cum fideiuſſore

iuſſore

iuſſore præſtetur. *dicta lege pacta conuenta.72.* vbi vocantur iſta adminicula emptionis: quorum ea conditio eſt, vt quæ de iis pacta fiunt, aliquando adiiciant emptioni, aliquando detrahant, quod quomodo accipiendum ſit dicemus ad eum locum. Iunge *leg. Labeo ſcribit eodem de contr. empt. lege ſi conuenit. 7. de reſcind. vend. lege 4. de leg. commiſſ. lege 2. & 3. Codice de pact. int. empt. & vend.*

e *Si agat.* Ratio ſtatim ſequitur. *ne ex pacto agatur:* quia cùm pactum appoſitum eſt ex interuallo, non poteſt dici pars contractus, nec proinde poſſet dici agere ex contractu is, qui ageret ex pacto. Conſequenter ageret ex pacto nudo contra regulam iuris. At cùm pactum ineſt ex parte actoris, quia incontinenti appoſitum ſit, non agitur ex pacto, ſed ex contractu ad id quod pacto comprehenſum eſt, adeóque actione ipſa ex contractu, ſi actio bonæ fidei ſit, vt ſuprà explicauimus. Aliud eſt ſi quia conueniatur, & velit ſe iuuare pacto appoſito ex interuallo. Poteſt enim hoc facere, quia ſufficit vt habeat exceptionem ad ſe tuendum, quæ exceptio ſemper competit ex pacto quantumlibet appoſito ex interuallo, ſi quidem pacta omnia; dummodo non ſint contra leges, neque contra bonos mores, neque contra bonam fidem proſunt ſemper ad excipiendum. *§. proximè ſuprà.* Cúmque dici ſoleat, exceptiones omnes ſiue pacti, ſiue doli, ſiue alias quaſcunque, ipſo iure ineſſe bonæ fidei iudiciis *lege ſed ſi ideo 21. ſolut mat. l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum, de leg. 1. l. 3. de reſcind. vendit.* propter formulam illam, *ex bona fide*, quia in bonæ fidei iudiciis nunquam prætermittebatur. (æquum enim eſt & nemini prodeſſe dolum ſuum, & pacta ſeruari. *l. 1. ſupr. leg. 1. de doli except.*) conſequens fit, vt etiam pacta non incontinenti, ſed ex interuallo appoſita ineſſe contractui intelligantur: cúmque forment, non ex parte actoris, ſed èx parte rei, vt ſcriptum eſt in *d. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Idque ſignificat hoc loco Vlp. his verbis, *ſi agat*, vt apparet ex fine huius §.

f *Hoc non valebit.* Quia pactum hoc prodeſſe non poteſt, niſi ad agendum, cùm appoſitum ſit in fauorem mulieris acturæ de dote. Ad agendum autem prodeſſe non poteſt, quin permittamus agi ex pacto nudo, quod nunquam permittendum eſt. Ideóque ſtatim ſequitur.

g *Ne ex pacto actio naſcatur.* Idémque iuris eſt in alio exemplo, quod ſubiicitur, ſi in tutelæ actione conuenerit ex poſtfacto, vt maiores quam ſtatutæ ſunt vſuræ præſtentur. Vbi intellige quod ait Vlp. *in tutelæ actione*, id eſt, circa tutelæ actionem, ſed eo tempore quo iam nata ſit actio, finita nimirum tutela.

h *Quæ legem contractui dant.* Id enim eſt quod dici ſolet, contractus omnes & actiones ipſas, accipere legem, & formam ex conuentione. *lege 1. §. ſi conuenit. 6. ff. depoſ. leg. in conuentionalibus 51. de verborum obligatione. leg. legem 10. Codice h. tit. l. legem quidem 16. Codice de locat. l. 1. C. de pact. conuent. leg. nec ex prætorio 27. de reg. iur.*

i *Quæ in ingreſſu contractus fiunt.* Adde *vel in ipſo egreſſu*, aut potiùs antequam contrahentes egreſſi ſint à negotio, & ad alia negotia diuerterint. Nam pactum quod fit incontinenti poſt contractum, non poteſt dici factum in ingreſſu contractus, ſed potiùs in egreſſu, & tamen æquè dat formam & legem contractui, cui ſcilicet ineſt etiam ex parte actoris, & ad formandam actionem. *leg. cum dotem te. 10. Codice de iure dotium. leg. in bona 13. leg. petens. 27. Codice hoc tit. l. 5. & l. pen. Codic. de pact. int. empt. & vendit.*

k *Extra naturam.* Intellige, *extra ſubſtantiam* Nam Papiniani ſententia hîc relata quæ extat in *leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* non pertinet ad alia pacta, quàm quæ facta ſint circa adminicula emptionis. Cúmque interpretes noſtri ſoleant diſtinguere ſubſtantiam, naturam & accidentia contractus, videtur Papinianus ſubſtantiam & naturam pro eodem vſurpaſſe: omnia verò quæ extra contractus ſubſtantiam ſunt, adminiculorum nomine comprehendiſſe, quod ſane rectius eſt.

l *Quòd & in omnibus bonæ fidei iudiciis.* Multò igitur magis in ſtrictis, quibus ſcilicet pacta incontinenti quoque appoſita nunquam inſunt, ita vt forment actionem, & ex parte actoris, quomodo ſuprà explicauimus.

m *Sed ex parte rei locum habebit pactum.* Etiam adhibitum ex interuallo, quia nimirum vt habeat locum, plenúmque effectum ex parte rei, ſufficit vt pariat exceptionem, quam certè ſemper parit.

6 ¶ Adeo autem bonæ fidei iudiciis exceptiones [n] poſtea factæ, quæ ex eodem ſunt contractu [o], inſunt: vt conſtet, in emptione, cæteríſque bonæ fidei iudiciis [p], re nondum ſecuta, poſſe abiri ab emptione [q]. Si igitur in totum poteſt, cur non & pars eius & pactione mutari poteſt [r]? Et hæc ita Pomponius libro ſexto ad edictum ſcribit. ¶ Quod cùm eſt etiam ex parte agentis pactio locum habet, vt & ad actionem proficiat, nondum re ſecuta, eadem ratione: nam ſi poteſt tota res tolli, cur non & reformari? vt quodammodo quaſi renouatus contractus videatur, quod non ſubtiliter dici poteſt. ¶ Vnde illud æquè non reprobo [s], quod Pomponius libris lectionum probat: poſſe in parte recedi pacto ab emptione, quaſi reperita partis emptione? ¶ Sed cùm duo heredes emptori extiterunt: venditor cum altero pactus eſt, vt ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem, & diſſolui pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciſcendo alter ex heredibus aquirere ſibi potuit exceptionem. Vtrumque itaque rectè placet, & quod Iulianus, & quod Pomponius [r].

Ad §. 6. Adeò autem.

n *Exceptiones*, malo legere, *& pactiones.* Etſi enim verum quoque eſt exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, id tamen non conuenit præcedentibus, in quibus agitur de exceptionibus. Nec rurſum ei, quod ſequitur *poſtea facta.* Si quidem exceptiones non fiunt, ſed dantur à prætore. Pactiones autem fiunt vel incontinenti, vel poſtea id eſt ex interuallo, de quibus proximè locutus fuerat Vlpianus. Quod autem Cuiac. legit *depectiones*, minùs probo.

o *Quæ ex eodem ſunt contractu.* Id eſt, quæ ad eiuſdem contractus naturam & ſubſtantiam pertinent. Sumpſit enim Vlpianus occaſionem ſubiungendi huius §. *ex eo quod in §. præcedent.* ſcripſerat ex Papiniano, ſi poſt emptionem aliquid ex interuallo conueniat extra naturam contractus, non poſſe ob hanc cauſam agi ex empto. Opponit enim pactionem factam de eo, quod ſit extra naturam contractus, pactioni factæ de eo, quod ſit ex eodem contractu: & ex Papiniani propoſitione negatiuè concepta infert, à contrario ſenſo, propoſitionem contrariam affirmatiuam, ſi quid circa naturam & ſubſtantiam contractus quamuis ex interuallo conueniat, ex empto agi eo nomine poſſe, putà ſi conuenerit de augendo, vel minuendo pretio rebus omnibus adhuc integris. Habet itaque Vlpianus eam Papiniani ſententiam, & propoſitionem affirmatiuam pro expedita, de qua tamen videtur Papinianus dubitaſſe in *dicta lege pacta conuenta 72. de contr. empt.* vnde & Paulus eo loco captauit occaſionem notandi ad Papinianum more ſuo, quaſi crederet, vt ſolet ille quantum poteſt Papinianum malo animo inſectari, in contrariam potiùs ſententiam eum declinaſſe.

p *Cæteriſque bonæ fidei iudiciis.* Verba ſunt imperiti interpretis, abutentis eo quod ſcriptum eſt in §. præcedente, idem iuris eſſe in cæteris bonæ fidei iudiciis, quod in emptione: Nec animaduertentis hoc loco tractari de ſola emptione, vt oſtendunt ſequentia illa.

q *Poſſe abiri ab emptione.* Nec eandem poſſe hac parte rationem eſſe cæterorum iudiciorum bonæ fidei, quoties contractus re perficitur, vt in depoſito, commodato, pignore & ſimilibus. Nam nec in emptione aliter hoc obtinet, quam ſi omnia ſint integra: Tunc autem integra eſſe cenſetur, cùm res ſtetit in puris finibus emptionis nec traditio vlla ſecuta eſt, vel rei venditæ ex parte venditoris, vel precij ex parte emptoris *dicta lege pacta conuenta. 71. de contrahend. emption. & leg. ab emptione. 58. infrà hoc titul. iunct. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. diſced. & l. 2.]. de reſcind. vendit.*

r *Cur non & pars eius pactione mutari poteſt?* Bona eſt conſecutio, ſi in totum abiri ab emptione poteſt: cur non & pars eius pactione mutari poteſt. Nam cùm licet quod plus eſt, vtique licet etiam quod eſt minus. *lege non debet 21. de regulis iuris.* Plus autem eſt abiri poſſe à toto contractu, quam mutari partem contractus: Sed, an perinde bona erit conſecutio, ſi quis dicat, In totum abiri ab emptione poteſt: ergo & pro parte, quia plus eſt abiri in totum, quàm pro parte. Minimè. Nec enim contractus emptionis, aut alius quilibet poteſt diuidi vt pro parte tantùm retineatur, & ab eodem pro alia parte diſcedatur, quia indiuiduus eſt. *lege fundus ille. 64. de contrahend. emption.* Idque eſt, quod ſubiungit Vlpianus, ſi talis pactio fiat, vt mutetur pars emptionis, aucto ſcilicet rebus omnibus integris, vel diminuto precio, valere quidem pactionem, licèt factam ex interuallo, adeóque proficere ad actionem nondum re ſecuta, ſed non quaſi reformato contractu emptionis pro parte, at potiùs quaſi renouato contractu, id eſt, quaſi noua emptione ſacta, vt loquitur Paulus in *dicta lege pacta conuenta 72. de contr. empt.* In quo valdè errant, qui putant hanc Vlpiani ſententiam differre ab illa Pauli, quaſi velit Paulus ibi nouum contractum fieri, Vlpianus verò hîc priorem manere, ſed immutatum & reformatum. Quid enim obſecro intereſt an dicas cum Paulo nouam emptionem interceſſiſſe videri, an cum Vlpiano *quodammodo quaſi renouatum contractum videri.* An non hæc prorſus eadem ſunt, & ſenſu & verbis? Fefellit iſtos, quod putant non poſſe nouam fieri emptionem, quin tota res tollatur, & ab emptione in totum abeatur: cùm tamen Vlpianus eum caſum tractet quo reformetur tantùm contractus prior, nec in totum tollatur, aut ab emptione abeatur. Nec obſeruant, Aliud eſſe *totam rem tolli*, aliud verò *totam priorem emptionem tolli.* Et rurſus aliud eſſe, *in totum abiri ab emptione*, aliud verò *in totum abiri ab emptione.* Nam cùm renouatur per pactum contractus, nouáque emptio fit, non diſceditur in totum ab emptione, ſed tantùm à priore emptione: vt noua fiat, nec tota res tollitur, id eſt, non negotium ipſum emptionis tollitur, cùm & vendendi emendique propoſitum retineatur noua emptione facta, ſed prior tantùm venditio tollitur, vt noua conſtituatur. Itaque tota emptio tollitur, ſed non tota res. Nec ab emptione ſimpliciter diſceditur, ſed à priore, taliqúe emptione. Tunc verò res tota tollitur, & ab emptione in totum diſceditur, cùm rebus omnibus adhoc integris conuenit, vt quod emptum fuerat, ſit inemptum, nec noua vlla venditio fit. Si verò noua emptio fiat, res reformatur & renouatur, non tollitur. Reformatur autem & renouatur tota, non pro parte, licèt pars tantùm precij mutetur, quia ſubſtantia emptionis conſiſtit ex precio: ſubſtantia verò cuiuſque rei indiuidua eſt. *dicta lege pacta 72. iunct. leg. 64. eodem.* Aliu ſenſu Paulus in *leg. 27. §. pactus infrà hoc titul.* loquitur de contractu renouato. Ibi enim renouatum intelligit, non qui ſit factus nouus, ſed qui veteriſſimæ formæ fuerit redditus, quæ per prius pactum fuerat immutata, vt ibi explicabimus.

s *Unde illud æquè non reprobo.* Legendum eſt *probo.* Noua enim Pomponij ſententia eſt, & planè diuerſa ab ea, quæ in præcedentibus relata, ac probata fuit, ſicut & alio loco ſcripta. Prior fuit à Pomponio ſcripta libro ſexto ad edictum, Poſterior autem in libris lectionum. Prior habet, Poſſe per pactum, etiam ex interuallo appoſitum mutari partem emptionis, re nondum ſecuta, quia & in totum abiri ab emptione poſſet: vt nimirum hoc caſu prior emptio reformata, id eſt; noua facta, nec pro parte, ſed in totum eſſe videatur. Poſterior verò habet, Poſſe in parte recedi per pactum ab emptione, quaſi hoc ipſo quod à priore emptione receditur pro parte, alterius partis emptio tacitè repetita intelligatur. Priorem Pomponij ſententiam probauit Vlpianus, & meritò. Poſteriorem verò monet ſe non æquè probare, quàm nec quiſquam alius probare iuſſit. Ratione illa quam attuli, quod emptionis ſubſtantia indiuidua eſt, quæ in precio conſiſtit. *dicta lege pacta conuenta. 72. & leg. fundi partem. 79. de contrahend. empt. leg. tutor. 47. §. 1. de minor. leg. quòd ſi 13. in princ. & §. 1. de in diem addict.* Et ſanè vulgata lectio ſi retineatur, licèt duplicem ſeorſum habeat, primo tamen intuitu eam ſignificationem præ ſe fert, quaſi Vlpianus in præcedenti ſpecie Pomponij ſententiam reprobauerit, quam tamen è contrario probauit. Atque ita non modò Vlpianum, ſed etiam Iulianum ſenſiſſe apparet manifeſte ex eo quod ſubiungit Vlpian. ex Iuliano, *Sed cùm duo heredes emptori extiterunt, ſi venditor cum altero pactus eſt, vt ab emptione recederetur, valere pactionem, & diſſolui pro parte emptionem.* Nam cùm hæc clauſula ponatur aduerſatiuè præcedenti, & in ea concludatur pro parte emptionem diſſolui, & valere pactionem: conſequens fit, vt in præcedente ſpecie contra Vlpianus ſenſerit, nec valere pactum, per quod id agitur, vt emptio pro parte reſoluatur, nec reſolui eam pro parte. Alioqui ſi in ipſius quoque emptoris perſona poteſt valere pactum, per quod emptio pro parte reſoluitur, quænam obſecro dubitandi ratio eſſe poterat in caſu Iuliani? id eſt: vt pluribus ab emptore heredibus relictis, poſſet per pactum cum vno ex iis initum, diſſolui emptio pro parte? Habet enim hic caſus multò minorem difficultatem. Nam nec in caſu Iuliani alia dubitationis cauſa probabilior afferri poterat, quàm ex eo, quod proximè dixerat Vlpia. improbans poſteriorem Pomponij ſententiam, pro parte reſolui emptionem non poſſe ab ipſo emptore: Cùm ex perſona heredum non debeat immutari conditio obligationis. *l. 2. §. ex iis de verb. obligat.* At ratio decidendi eſt, quia emptore cum pluribus heredibus decedente, tot fiunt emptiones poteſtate legis, quot perſonæ ſunt heredum. Nec proinde mirum eſt reſolui emptionem pro parte vnius ex heredibus, quia tunc in totum non pro parte reſolui videtur. Exemplo eius, quod dicimus legatum quidem pro parte agnoſci, & pro parte repudiari non poſſe: Sed ſi legatarius duobus heredibus relictis deceſſerit, poſſe quemque eorum partem ſuam vel agnoſcere coherede ſuam repudiante, vel repudiare coherede ſuam agnoſcente. *l. legatarius. 38. de leg. 1.* Cæterùm, quemadmodum nec vnus ex heredibus legatarij poſſet partem ſuam pro parte agnoſcere, & pro parte repudiare: quia iam diuiſio illa fieret ab homine, non à lege: Ita nec vni ex heredibus emptoris magis, quàm emptori ipſi permittendum eſt, vt per pactum reſoluere emptionem pro parte poſſit. & inducere diuiſionem voluntatis in eo actu, qui ſui natura indiuiduus ſit contra *leg. eum, qui 18. in fin. de his quæ vt indign. leg. cùm quæritur 16. de adminiſtr. tutor. leg. ſi ita ſtipulat. 39. §. 1. de op. liber. l. 7. de bon. libert.* Neque verò ipſe etiam Pomponius negare potuit, quod nos volumus, emptionem pro parte reſolui non poſſe: ſed mira ſubtilitate tentauit alterius partis emptionem intelligi tacitè repetitam, quaſi quæ non tam ex priore conſenſu defendenda ſit, quàm ex poſteriore. Quod tamen ſanè improbabile eſt. Pactum enim quod interponitur, vt prior emptio pro parte reſoluatur, quæ non niſi in totum reſolui poteſt,

quu

quomodo poteſt eam vim habere, vt aliam prioris partem repetat, & veluti nouæ conuentionis iure ſtabiliat? arg. *l. 14. de adim. l. l. 3. §. ſi emancipatus de cont. tab. l. 59. §. vltim. de manum. teſtam.* Itaque pars nulla emptionis neque repetita dici poteſt, vt vult Pomponius, neque renouata vi in priore ſpecie: quia non id egerunt paciſcentes, vt renouarent contractum, ſed ab emptione pro parte prorſus recederent. Elegans autem illa quoque ratio eſt, quam ex Iuliano adiicit Vlpianus, quoniam, inquit, & ex alio contractu paciſcendo alter ex heredibus potuit ſibi acquirere exceptionem, quæ non eſſet coheredi profutura. Quidni ergo poterit etiam paciſcendo circa eundem contractum diſcedere in totum ab emptione, id eſt pro hereditaria ſua portione?

Ratio dubitandi. Obligatio, & actio ex ea deſcendens cauſam habuit à defuncto, & ab eo tranſiit in omnes heredes: Ergo & exceptio contra eam actionem competens, communis eſſe debet omnibus heredibus.

Ratio decidendi. Tunc exceptio communis eſt heredibus, cùm naſcitur ex facto defuncti: At non etiam ſi naſcatur ex facto vnius ex heredibus, quia coheres non magis coheredi, quàm alij vlli paciſcendo exceptionem acquirere poteſt *lege ſi vnus ex argentariis 27. §. pacta infrà hoc tit.*

c *Vtrumque ita vellè placet, & quod Iulianus, & quod Pomponius.* Tota hæc illatio imperiti illius interpretis eſt, qui totum hunc §. malè accipiens, legit in præcedentibus *reprobo*, vbi nos contendimus reponendum eſſe *probo.* Nam proculdubio poſteriorem Pomponij ſententiam Vlpianus reprobat, vt à nobis latè explicatum eſt. Similes pleræque illationes ſunt in libris noſtris ab imperitis interpretibus additæ, quæ iuris locos alioqui faciles, inexplicabiles reddiderunt, quorum nonnulli iam à nobis obſeruati ſunt, inter quos. *lege ſi pignore. 22. §. ſi prædo. verſic. proderit igitur infra de pignor. act. lege debitor ſub pignore 59. verſicul. remanet ergo infrà ad Senatuſconſultum Trebellianum.* In ſumma, & ratio & ſententia Iuliani pugnat apertè cum poſteriore ſententia Pomponij: Non poteſt igitur vtraque vera eſſe, adeóque nec poſterior illa Pomponij ſententia, quin prior falſa ſit, quam tamen Vlpianus nec immeritò vocat: non inſubtilem.

¶ Ait prætor: *Pacta conuenta* [u], *quæ neque dolo malo* [x], *neque aduerſus leges, plebiſcita, Senatuſconſulta* [y], *edicta principum: neque quo fraus cui eorum fiat* [z], *facta erunt ſeruabo.* [a]

Ad §. 7. Ait Prætor.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. in princ. ſ. hoc tit.* iunge *l. pacta 6. C. eod.*

u *Pacta conuenta.* Eſt hoc epithetum pacti perpetuum vt ſit conuentum, ſiue ſit nudum, ſiue non nudum. *l. 1. §. conuentionis §. & hac leg. §. ſed cùm nulla leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* at non ſimiliter vt ſit nudum, quicquid dixerit Iacobus Cuiacius. Et verò pertinet hoc edictum ad pacta omnia conuenta, & nuda, & non nuda: quoniam omnia ſeruat & tuetur prætor, aliquando data exceptione, aliquando data etiam actione. *l. inter coheredes 44. §. 1. famil. erciſc.* ſecundùm ea quæ de pactis incontinenti, vel ex interuallo appoſitis ſcripſimus in præcedentibus.

x *Neque dolo malo.* Ratio dubitandi. Etiam dolo malo inita ſtipulatio valet, paritque actionem licèt repellatur exceptione doli mali. *l. 2. §. circa & tot tit. de doli mal. excep. l. ſi quis cùm aliter 36. de verb. obli. l. 5. C. de inut. ſtipu.* Ergo nec pacto nocere debet, quod initum ſit dolo malo.

Ratio decidendi. Stipulatio habet iuris vinculum, quo promiſſor omnimodo adſtringitur, etiamſi dolus malus interuenerit ſtipulatoris. At in pactis non ius vllum verſatur, ſed factum dumtaxat *lege ſi vnus 27. §. pactus infrà hoc titul.* Ideóque non defenduntur pacta, niſi æquitate prætoria, quæ porrò æquitas nunquam fauere poteſt ei cuius aliquis dolus malus perturbatur. *leg. penultima in fin. ad Trebellianum leg. 1. de doli mali except. leg. Stichum 95. §. naturalis de ſolut.* Dolus enim toto iure noſtro, ſed præſertim à prætore, qui cuſtos eſt æquitatis, & omnibus edicti partibus vindicatur.

y *Neque aduerſus leges, plebiſcita, Senatuſconſulta.* Ratio dubitandi. Prætor poteſt corrigere, & emendare pro arbitrio ius ciuile *leg. ius autem ciuile 7. §. 1. de iuſtitia, & iure.* Ergo non eo minùs pacta ſeruare debet, quòd inita ſint contra leges, aut plebiſcita, aut S. C. aut Principum edicta, Præſertim cùm edicti æquitas ſit generalis: quia nihil tam congruum eſt fidei humanæ, quam pacta ſeruari. *l. 1. ſ. hoc tit.*

Ratio decidendi. Potuit prætor corrigere ius ciuile, non faciendo contra leges, ſed faciendo præter leges, vt nos explicauimus ad illum locum ex *leg. nec non & ſi quis 28. §. quod eius. ex quib. cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. § ſi rei. ſ. de public. in rem act.* Nec ſanè æquum eſt ſeruari pacta, quæ ſunt legibus, aut plebiſcitis, aut ſenatuſconſultis, aut conſtitutionibus Principum improbata: Ne priuatorum pactionibus iuri publico derogetur. *l. ius publicum 38. ſ. hoc tit.* & priuatorum cautiones legum autoritate cenſeantur. *l. vlt. de ſuis & leg.* Legum enim eſt legibus imperare.

z *Neque quò fraus cui eorum fiat.* Quod enim fit in fraudem legum grauius, & odioſius eſt, quàm quod apertè fit contra leges. *l. contra legem 29. & ſeq. de legib. l. vlt. in fin. de rit. nupt.*

a *Seruabo.* Data ſcilicet exceptione: Sed tamen etiam interdum data actione, vt in pactis incontinenti poſt contractum appoſitis. Itèm in pacto de conſtituta pecunia, & de hypotheca. Ex his enim omnibus datur actio. Sic adiudicationes, quæ fiunt in iudiciis mixtis, tuetur prætor, aut actionem dando, aut exceptionem. *dicta lege inter coheredes 44. §. 1. famil. erciſc.* Sed ex pacto nudo quod non expreſsè, ac ſpecialiter confirmatum ſit iuriſdictione prætoria, nunquam prætor dat actionem: metu ſcilicet multiplicandarum litium, quas execratur. Replerentur enim omnia litibus, ſi ius ita eſſet, vt ex quolibet pacto nudo agi poſſet. Ex quo apparet, non poſſe verum eſſe, quod vulgò iactitant. Hodie pacta nuda iure canonico parere actionem ex *c. 1. extr. tit.* Nec enim legiſlator pontificius minùs quam ciuilis id agit, quantum poteſt, vt litium materiam diminuat: quæ ſicuti non data ex pactis actione minuitur, ita data ex iiſdem exceptione non augetur: cùm litem faciat actio, non exceptio: quæ actionem præſupponit. Et verò quid aliud potuit legiſlator pontificius conſtituere fauorabilius, quàm vt pacta ſint ſeruanda? Atqui hoc ipſum prætor iam conſtituerat, nec tamen ex pacto dederat actionem: ergo neque iure pontificio ex pacto nudo agi hodie poſſe credendum eſt.

8 ¶ Pactorum quædam in rem ſunt, quædam in perſonam. ¶ In rem ſunt, quotiens generaliter paciſcor ne petam: in perſonam, quotiens, ne à perſona petam: id eſt, *ne à Lucio Titio petam.* ¶ Verùm autem in rem, an in perſonam pactum factum eſt, non minùs ex verbis [b], quàm ex mente conuenientium æſtimandum eſt: plerumque enim [c] (vt & Pedius ait) perſona pacto inſeritur, non vt perſonale pactum fiat, ſed vt demonſtretur [d], cum quo pactum factum eſt.

Ad §. 8. Pactorum.

Ratio dubitandi. Non poteſt fieri pactum, quin ad perſonas paciſcentium referatur: quia inter alios inita pacta, aliis non præiudicant, neque proſunt. *leg. ſi vnus 27. §. pacta in fin. hoc titul.* Ergo pacta omnia ſunt in perſonam.

Ratio decidendi. Alio ſenſu dicimus pactum aliquod eſſe in rem, aut in perſonam. In rem enim pactum appellamus, quoties paciſcor generaliter, ne petam: non demonſtrata perſona, à qua non petam. In perſonam verò quoties paciſcor ne à certa perſona petam, vt puta à Lucio Titio.

b *Non minus ex verbis*, mallem legere *non magis*. Nam vt ſequentia explicant, fieri facile poteſt, vt perſona aliqua pacti verbis inſeratur: nec tamen paciſcentium mens illa ſit, vt pactum fiat perſonale, ſed illa potiùs vt demonſtretur perſona, cum qua pactum interceſſit. Exemplum eſt in *l. tale pactum 40. hoc titul.* Si pactum ita conceptum ſit, *Profiteor te non teneri.* Nam ad heredes quoque pertinet, ad quos tamen non pertineret, ſi eſſet perſonale. Sic & in *leg. hoc genus legati 106. de cond. & dem.* ſcriptum eſt *nihilominùs* pro eo quod legendum eſt *nihilomagis.* vt ibi dicam.

c *Plerumque enim.* Hoc verbo ſignificatur regulam eſſe in contrarium id eſt pactum, quo perſona etiam vnius ex paciſcentibus demonſtrata ſit, in dubio eſſe in perſonam non in rem. *l. qui futurum 56. §. 1. ſupr. eod. quamuis Bart.* & alij vulgò contra ſentiant.

d *Sed vt demonſtretur.* Ex hoc apparet multùm intereſſe an dictio aliqua proferatur demonſtratiuè, an verò reſtrictiuè ac limitatiuè. Et placet interpretibus noſtris magis eſſe in dubio, vt demonſtratiuè quid dictum videatur, quàm reſtrictiuè. Sed vix eſt vt hac de re aliquid generale conſtitui poſſit. Nam pro perſonarum, & rerum, de quibus agitur, varietate aliter atque aliter ſtatuendum eſt.

9 ¶ *Dolo malo*, ait prætor pactum ſe non ſeruaturum. Dolus malus fit calliditate, & fallacia, & vt ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumſcribendi alterius cauſa, aliud agitur, & aliud agi ſimulatur.

Ad §. 9. Dolo malo.

Ratio dubitandi. Plerique contractus ſunt, in quibus licet contrahentibus naturaliter ſe decipere, & circumſcribere: vt in emptione, venditione, locatione, *l. in cauſa 16. §. Idem Pomponius. de minor. l. Item ſi pretio 23. §. vltim. & l. ſequ. locat.* Non ergo quicquid fit circumſcribendi alterius cauſa, dolo malo adſcribi debet, ſed potiùs dolo bono, qui contrahentibus permiſſus eſt. *l. 1. §. dolum* j. *de dolo.*

Ratio dec. Permittitur quidem ementibus & vendentibus ſe in pretio circumſcribere, ſecundùm naturam cõtractus *l. ſi voluntate 8. C. de reſciud. vend.* itémque locatori & conductori in conſtituenda mercedis quantitate: ſed nunquã machinatio & fallacia licita eſt. *d. l. & ideò 23. loca.* quia bonam fidem in omnibus contractibus, & conuentionibus præſtari æquum eſt. *lege 4. Codice de obligationibus & actionibus.*

e *Aliud agi ſimulatur.* Plus autem ſemper valet, quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur. *lege 1. & toto titulo Codice plus valer. quod agit leg. ſemper de regulis iuris* Simulata verò habentur pro infectis. *lege ſi ex pretio 6. Codice ſi cert. pet.* quia conſenſu & voluntate deſtituuntur.

Ratio dubitandi. Non entium & non apparentium. Idem eſt iudicium. *l. duo ſunt Titij. 39. de Teſtament. tutel. §. ſi aduerſus Inſtitut. de nupt.* Atqui non poteſt dolus probari, cùm in animo & ſecreto voluntatis conſiſtat.

Et tamen probari ſemper debet, cùm nunquam præſumatur. *leg. quotiens opera 18. §. qui dolo l. ſequenti §. 1. de probat.* Ergo nihil prodeſt dicere pactum aliquod de dolo malo initum eſſe.

Ratio decidendi. Probari dolus poteſt ex manifeſtis iudiciis. *lege dolum 6. Codice de dolo.* vt & cætera omnia, quæ in animo conſiſtunt. *lege 5. §. à barbaris de re milit.*

10 ¶ Sed ſi fraudandi cauſa pactum factum dicatur: nihil prætor adiicit, ſed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum eſſe, aut ſuperuacuum: iniquum, ſi quod ſemel remiſit creditor debitori ſuo bona fide, iterum hoc conetur deſtruere: ſuperuacuum, ſi deceptus hoc fecerit: ineſt enim dolo & fraus.

Ad §. 10. Sed ſi fraudandi.

Ratio dubitandi. Non magis fraudem, quàm dolum permittere prætor debet. Quamuis enim fraus ſine pœna eſſe poſſit, nunquam tamen ſine pœna eſſe deberet, ſicut nec pœna ſine fraude eſſe poteſt: cùm nec aliud fraus ipſa ſit, quàm pœnæ quædam præparatio. *l. aliud fraus 131. de verborum ſignificatione.* Ergo debuit prætor ea quoque pacta improbare, quæ fraudandi cauſa interpoſita dicerentur & probarentur.

Ratio decidendi. Non potuit prætor de eo quicquam edicere, niſi vel iniquè, vel ſuperuacuè. Nam vel ponendum eſt re vera deceptum eſſe eum, qui dicit pactum fraudandi cauſa interpoſitum fuiſſe: vel deceptum non eſſe. Si deceptus fuit, atque ita dolus interuenit, fruſtrà prætor quicquam edixiſſet de fraude, quoniam dolo & fraus ineſt: de dolo autem edictum eſt, Pacta dolo inita non eſſe ſeruanda. Si verò deceptus non fuit, ergo bona fide negotium geſtum eſt, quo admiſſo audiri non debet creditor, qui quod ſemel debitori ſuo remiſit bona fide, conatur iterum deſtruere. Ex quo Labeonis & Vlpiani dilemmate apparet, non aliam fraudem in pactis coërceri quàm quæ dolum malum adnexum habeat: quoniam quæ non habet, dolus bonus & ſolertia potiùs quàm fraus dici debet. *dicta lege 1. §. dolum malum. de dolo malo.*

11 ¶ Siue autem ab initio dolo malo pactum factum eſt, ſiue poſt pactum dolo malo aliquid factum eſt, nocebit exceptio propter hæc verba edicti, *neque fiat.*

Ad §. 11. Siue autem.

Ratio dubitandi. Ea demum pacta prætor non ſeruaturum ſe profitetur, quæ dolo malo inita ſunt. *§. ait prætor ſupra ead. le.* Ergo probandum eſt interueniſſe dolum eo ipſo tempore, quo pactum fiebat, vt qualitas iuncta verb. intelligatur ſecundùm tempus verbi. *l. 4. §. ſi extraneus de nox. act.*

Ratio decidendi. Nihil intereſt quod ad effectum, & æquitatem rei attinet, an dolus interueniat ab initio, an ex poſtfacto: ſed illud potiſſimum inſpici debet, An eo tempore, quo de pacto diſputatur. An exceptionem patere debeat, dolus aliquis malus probetur: ſicut & cùm agitur de doli exceptione aduerſus ſtipulatorem obiicienda. *l. 2. §. circa de doli. mal. exce. l. ſi quis cùm aliter 36. de verb. oblig.* Neque repugnant verba edicti. Sic enim habent, *Neque quò fraus cui eorum fiat.* Fieret enim fraus edicto prætoris, qua parte edicit ſe pacta dolo inita non ſeruaturum

rum, ſi ſufficeret dolum ab initio nullum admiſſum eſſe, impunitus verò eſſet is, qui ex poſtfacto ſuperueniret. Sic & in *leg. ſumma cum ratione* 21. §. *penultimo de pecul.*

12 ¶ Quòd fere nouiſſima parte pactorum ita ſolet inſeri, *rogauit Titius, ſpopondit Mæuius*: hæc verba non tantùm pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis. Ideóque ex ſtipulatu naſcitur actio: niſi contrarium ſpecialiter adprobetur: quòd non animo ſtipulantium hoc factum eſt: ſed tantùm paciſcentium.

Ad §. 12. *Quod ferè.*

Ratio dubitandi. Non quicunque dicit *ſpondeo*, obligatur ex ſponſo, ſed is demum, qui animo ſtipulandi ſpopondit, inquit Varro *lib. 5. de ling. latin.* Nec enim ſtipulatio fit ſine animo ſtipulandi. Ergo verba illa *rogauit Titius, ſpopondit Mæuius*, in dubio accipienda ſunt pro pacto potiùs, quàm pro ſtipulatione: ídque fauore promiſſoris, vt minùs obligetur. *l. Arrianus ait* 47. *de oblig. & act. l. inter pares.* 38. *de re iudic. l. fauorabiliores* 125. *de regul. iur.* præſertim cùm poſſit imputari ſtipulatori: cur non apertiùs expreſſerit animum ſtipulandi. arg. *l. veteribus* 39. *hoc tit.*

Ratio decidendi. Pactum differt à ſtipulatione, non tantum animo paciſcendi, aut ſtipulandi: ſed etiam formula, & ſolemnitate verborum: quia pacti verba non ſunt ſolemnia: quomodo ſunt ſtipulationis. Hinc fit vt cùm ea verba vſurpata ſunt, quæ ſtipulationis ſolemnitati conuenire poſſint, cogitatum videatur de ſtipulatione potiùs, quàm de pacto ineundo. Qua enim ratione commodiùs aſſequi poſſimus, quid contrahentes voluerint, quàm ex verborum, quibus vſi ſunt, proprietate. *l. Labeo ait* 7. §. 1. *de ſupellectil. leg. l. illo aut illo* 25. §. 1. *& l. non aliter* 69. *de leg. 3.* Nam & moris olim fuit ſingulis ferè negotiis adhibere ſtipulationes, ídque nouiſſima parte pactorum. *l. Titia, quæ ex alio* 134. §. 1. *de verborum obligatione.* vt obligationis vinculum tanto ſtrictiùs contraheretur. *l. ſi ita* 6. *de nouat.* Sunt enim ſtipulationes inductæ ad firmanda pacta vt ſcribit Paulus *libro 5. ſententiarum titulo* 7. *& li. 2. titulo* 22. §. *vltimo.* Vt proinde nihil ſit neceſſe, quod hîc Vlpianus ait *pactorum*, interpretari cum Cuiacio *inſtrumentorum* Nec enim pacti nomine inſtrumentum vnquam ſignificatur, vt nec in *l. pacto conuento* 15. ℸ. *tit. prox.* Vnde dicimus ſtipulationes conuentionales pendere ex negotio contracto. *l. 5. verſic. conuentionales de verborum obligatione.* Adeò vt ſi ſimpliciter ſcriptum ſit aliquem promiſiſſe, dummodo inter præſentes negotium geſtum ſit, & inter eos, qui ſtipulationem contrahere potuerunt, ſtipulatio contracta eſſe intelligatur. *leg. 1. Cod de contr. & committ. ſtipul.* quemadmodum & ſi ſcriptum ſit aliquem fideiuſſiſſe, quia nemo poteſt obligari ex fideiuſſione, niſi per ſtipulationem. *dicta lege ſtipulationum* 5. §. *ſatis acceptio. l. ſciendum eſt* 30. *de verborum obligatione. leg. blanditus.* 12. *Codice de fideiuſ.* Quid ergo ſi aliquid ſit quod impediat ſtipulationem? Non ideò deperditur conuentio iure pacti, quia paciſcendi animus non fuit, ſed ſtipulandi. *leg. 1. §. cum qui de conſt. pecun. leg. 8. in princip. de acceptil.* Sicut enim ſtipulatio non fit ſine animo ſtipulandi, ita nec pactum ſine animo paciſcendi. Illud vnum igitur ſemper inſpiciendum eſt, quid actum ſit. *lege in ſtipulationib* 34. *de reg. iur.*

13 ¶ Si paciſcar, *ne pro iudicati, vel incenſarum ædium* [g] *agatur*, hoc pactum valet.

Ad §. 13. *Si paciſcatur, ne iudicati.*

f *Ne iudicati.*) Ratio dubitandi. Publicè intereſt rem iudicatam mandari executioni. *l. à diuo Pio.* 15. *de re iudic.* propter rerum iudicatarum autoritatem. *leg. ſi fundus* 16. §. *ſi pluris, de pignor. leg. ſeruo inuito.* 65. §. *cum prætor. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo non valet pactum ne iudicati agatur, tanquam quod ſit contrarium publicæ vtilitati & rerum iudicatarum autoritati. Ratio decidendi. Permiſſum eſt cuilibet iuri ſuo præſertim iam quæſito renuntiare. *leg. pactum inter heredem.* 46. ℸ. *hoc tit. lege penultima Codice eodem.* nec rei iudicatæ autoritas in eo verſatur, vt omnimodo mandetur executioni, id eſt, etiamſi victor nolit, ſed vt mandari poſſit ſi victor velit, etiamſi is qui condemnatus eſt reluctetur. *leg. ſi iudex.* 41. *infrà de minor.* Euidenter enim iniquum eſſet rem iudicatam eum afficere, pro quo iudicatum eſſet. *l. euidenter.* 16. *de except. rei iudic.* Nec verendum eſt, ne priuatorum conuentio iuſſui prætoris, aut ſententiæ iudicis antepoſita videatur. Quid enim aliud agebat prætor, aut iudex, quàm vt controuerſias eorum dirimeret? *l. 1. §. ind. quæritur. de oper. noui nunciat.* Nam & cùm inter litigatores conuenit, quid pronunciari debeat, idipſum à iudice pronunciandum eſt. *l. ſi conuenerit* 26. *de re iudic.* Dices, Poſt rem iudicatam, ſi neque appellatum ſit, neque appellari ampliùs poſſit, neque tranſigi poſſe, ſi modò conſtet iudicatum eſſe. *l. & poſt rem.* 7. *in princ. & l. poſt rem.* 11. ℸ. *tit. prox.* Ergo neque paciſci, cùm tranſactio nihil ſit niſi pactum, vt dicemus ad titulum ſequentem. Reſpondeo tranſactionem omnem eſſe pactum, ſed non omne pactum eſſe tranſactionem. Tranſactio pactum eſt, quod non fit niſi de re dubia. *lege 1. illatione tituli.* Res autem non poteſt eſſe dubia poſt ſententiam, quæ tranſiit in rem iudicatam, cùm res iudicata pro veritate habeatur, *lege ingenuum.* 25. *de ſtatu hominum: lege res iudicata* 217. *de regulis iuris.* At pactum, *ne iudicati agatur*, præſupponit è contrario rem dubiam non eſſe, ſed iudicatam, ſibíque imputare debet is, pro quo fuerat iudicatum, ſi partam ſibi ex cauſa iudicati perſecutionem, vel rei iudicatæ exceptionem ſibi voluit adimere. *dicta lege ſi iudex* 41. *lege minor annis* 40. *in principio de minor.* Non enim eo minùs ſatisfactum eſt publicæ vtilitati, quæ nihil hac parte niſi litium finiendarum fauorem intuetur, cùm æquè ſit & maneat lis finita, nocituráque ſit exceptio rei iudicatæ illi, qui pactus eſt ne iudicati agat, ſi ex eadem cauſa iterum agere volet. Aliud enim eſt paciſci ne iudicati agatur, Aliud verò partam ex cauſa iudicati perſecutionem ad initium alterius petitionis redigere vt in *dicta lege. minor annis* 40. *de minor.*

g *Vel incenſarum ædium.* Ratio dubitandi. Publicè intereſt incendiarios morte puniri, adeóque igni necari. *lege qui ædes* 9. *de incenſarum ruin. naufrag. Paulus libro 5. ſententiarum. titulo* 3. §. *vltimo.* Ergo pactum ne incenſarum ædium nomine agatur ad publicam læſionem pertinet, & conſequenter non valet. §. *proximè infrà.*

Ratio decidendi. Pactum quidem non valet, quantum ad læſionem vindictæ publicæ, ſed valet inter priuatos ad remittendam actionem ei competentem, cuius ædes incenſæ fuerunt. Nec tantùm ſi per culpam dumtaxat incenſæ ſunt, ſed etiamſi dolo malo: quia dolum malum iam præteritum remitti, déque eo paciſci nihil prohibet, vt ſi conueniat ne furti agatur, quemadmodum ſcriptum eſt in §. *ſequenti*, *iunct. lege ſi vnus.* 27. §. *pacta. lege inter debitorem.* 42. *lege epiſtola* 52. §. *penultimo. hoc tit.* 2.

14 ¶ Si paciſcat, *ne operis noui nuntiationem exſequar*: quidam putant non valere pactionem, quaſi in ea re prætoris imperium verſetur: Labeo autem diſtinguit: vt, ſi ex re familiari operis noui nunciatio ſit facta, liceat paciſci: ſi de republica, non liceat, quæ diſtinctio vera eſt. ¶ Et in cæteris igitur omnibus ad edictum prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. ¶ Nam & *de furto* paciſci lex permittit.

Ad §. 14. Si paciſcar, ne operis

Ratio dubitandi. In operis noui nunciatione verſatur imperium prætoris: ergo pactum ne operis noui nunciationem exequar, non poteſt valere, quaſi quod ſit contra autoritatem prætoris. Ratio decidendi. Prætor non ſe interponit in operis noui nunciatione, niſi vt priuatorum controuerſias dirimat. Si ergo ab iis controuerſiis litigatores ſponte recedant per pactum, ratum id habere prætor debet. *lege 1. §. inde quæritur de operis noui nunciat.* Cùm tamen operis noui nunciatio duplicem cauſam habere poſſit, priuatam vnam, & hanc vel naturalem, vel impoſititiam: publicam alteram. *leg. de pupillo 5. §. & bellè Sextus eodem titulo.* diſtinguendum eſt cum Labeone, an de re familiari, & priuata noui operis nunciatio facta ſit an de republica: vt priore caſu valeat pactum, tanquam quod ad rem familiarem non ad publicam læſionem pertineat: poſteriore verò non valeat, ne pacto priuatorum reſpublica lædatur, quoties legum, vel ſenatuſconſultorum, vel conſtitutionum principalium tuendarum gratia nunciationem fieri contingit. *d. §. & bellè.* Eadémque diſtinctio in cæteris quoque cauſis omnibus, ad prætoris edictum pertinentibus locum habet. Nam & de furto, inquit Vlpianus paciſci lex permittit, ſcilicet de priuata iniuria per furtum irrogata, non de publica vindicta quæ furto debetur, ſi de furto criminaliter agatur, inſtante procuratore principis, eodémque publico accuſatore, quod olim non erat, quia furtum priuatum crimen eſt non publicum. *lege vltima de furto.* Intellige autem de furto iam facto, non de futuro, vt dicemus ad *leg. ſi tibi decem. 17. §. 1. & lege ſi vnus. 27. §. pacta. infrà hoc titulo.*

15 ¶ Sed & ſi quis paciſcatur, *ne depoſiti agat*: ſecundùm Pomponium valet pactum.
¶ Item ſi quis pactus ſit, *vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtet.* [g] Pomponius ait, pactionem valere: nec, quaſi contra iuris formam, non eſſe ſeruandam.

Ad §. 15. Sed etſi quis.

Ratio dubitandi. Illud nulla pactione fieri poteſt, ne dolus præſtetur: quia is cui futurus dolus remitteretur, ad delinquendum inuitaretur. *lege ſi vnus. 27. §. illud nulla infrà eodem.* Atqui pacta ſunt conuenire, ne de dolo futuro agatur, &, ne agatur depoſiti, quia depoſitarius ex natura contractus non tenetur niſi de dolo, cùm depoſitarij fiat. *leg. 1. §. in conducto. leg. quod Nerua. 32. depoſ. leg. contractus. 23. de regulis iuris.* Ergo non poteſt valere pactum, ne depoſiti agatur, tanquam quod ſit contra bonos mores, ac ſi conueniſſet, ne de dolo ageretur. *dicta lege 1. §. illud non probabis. depoſ.* Nihil enim refert quid ex æquipollentibus fiat. *lege certum eſt. 6. de rebus creditis. lege vltima. §. 1. mandat. lege fideicommiſſa. 11. §. ſi cui ita. de legat. 3.* ne alioqui leges verbis magis, quàm rebus impoſitæ videantur. *leg. 2. in fine. Codice com. de leg. leg. vt nullo modo 28. Codice de regulis iuris.*

Ratio decidendi. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent *leg. nonnunquam 52. de cond. & dem. leg. expreſſa nocent. 195. de regulis iuris.* Expreſſa mentio doli facit pactum inutile, quod alioqui valeret.

g *Vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtet.* Ratio dubitandi. Pactum hoc contra iuris formam eſt, quia ex forma iuris depoſitarius non tenetur præſtare caſum fortuitum, quem nec alius quiſquam præſtat. *leg. quæ fortuitis. 6. Codice c. de pignorat. action. leg. contractus. 23. in fin. de regulis iuris.* Adeóque nec tenetur de culpa, ſed tantùm de dolo. *dicta lege contractus. 23. dicta lege 1. §. in conducto & dicta lege quod Nerua. 32. depoſit.* Ergo ſeruandum non eſt, quia poteſtas & autoritas iuris in contrahentium arbitrio non eſt, quæ nec in arbitrio eſt iudicantis. *le. ordine decurionum. 15. ad municip. lege vltima de ſuis & legit.* Ratio decidendi. Contractus formam & legem accipiunt ex conuentione. *leg. 1. §. ſi conuenit. depoſit.* Multúmque intereſt, an pactum ſit contra formam iuris, an præter formam iuris. Priore caſu non valeret, vt dixi ad §. *ait prætor. hac lege* Poſteriore valet. In propoſito autem, pactum, hoc, vt depoſitarius omnem caſum & omne periculum præſtet, præter ius tantùm eſt, non contra ius. Iuris enim ratio facit dumtaxat vt depoſitarius de caſu fortuito non teneatur, at neque de culpa, niſi lata. At non vt de caſu fortuito teneri non poſſit, ſi ita conuenerit. *d. l. 1. §. ſi conuenit de poſ.*

16 ¶ Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet: nec legari: nec iuſiurandum de hoc adactum, nec quis agat [h], ſeruandum. Marcellus lib. 2. Digeſtorum ſcribit. & ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, pro quibus paciſci non licet [i]: ſeruanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.

Ad §. 16. Et generaliter.

Totus hic paragraphus ni fallor, Triboniani eſt. Adeò diſconuenit & præcedentibus, & ſequentibus, in quibus omnibus agitur de pactis vtilibus, & validis, cui conſequens erat, vt ſubiecta generalis ſententia eſſet affirmatiua, non negatiua. Sed neque verum eſt, quod hîc dicitur, quoties pactum à iure communi remotum eſt, id non valere. Remota enim ſunt à iure communi illa omnia, de quibus proximè diximus, Ne depoſiti agatur, Vt depoſitarius omne periculum præſtet, nec eo minùs tamen valent, quia ſunt præter ius, non contra ius, vt explicauimus. Pacta porrò quæ præter ius ſunt, non poteſt fieri, vt non ſint remota à iure communi. Dixit tamen Tribon. *remota*, pro eo quod voluit, & debuit dicere, *improbata*. Et hoc ſenſu verum ſanè eſt, pactum, quod à iure communi improbatum ſit, putà, ne de futuro dolo agatur, vſque adeò ſeruandum non eſſe, nec *ligare*: (Sic enim lego, non vt vulgò inuerſis literis *legari*, aut *ligas*, vt Cuiacius.) vt nec iuſiurandum de hoc adactum, id eſt, ad quod præſtandum quis adactus ſit, niſi malis legere *exactum*, ſeruandum ſit. Generale enim iure ciuili, vt contra leges vel ius autoritatem præſtitum iuſiurandum, nullius ſit momenti. *lege ſi quis inquilinos. 112. §. penultimo, & vltimo de legat. 1. leg non dubium. 4. in fin. Codice de legibus.* Quod tamen iure pontificio diuerſum eſt. Omne enim iuſiurandum obligatorium eſt, quod non repugnat bonis moribus, quódque ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ. *c. cùm contingat extr. de iureiur. c. non eſt obligatorium de regulis iuris in 6.* Exempla ſunt in *c. 2. de pact.*

pact. in 6. & in c. debitores. de iureiur. Nempè quia iuſiurandum, quod poteſt ſeruari citra diſpendium ſalutis æternæ, non poteſt ſine periurio, & ſalutis æternæ diſpendio violari.

h *Ne quis agat.* Hæc verba vel ſuperflua ſunt, vel manca. Ponit enim Tribonianus adactum aut exactum eſſe iuſiurandum de hoc, id eſt, de pacto, quod proximè dixerat remotum à iure communi: non autem, *de hoc*. Ergo vel nullius ſenſus hæc adiectio eſt, vel manca, & ita ſupplenda, vt legamus, *vt ne quis de dolo agat*: vt ſit hoc exemplum pacti a iure improbati.

i *De his, pro quibus paciſci non licet.* Hæc quoque locutio Triboniani manum prodit. Scribendum enim erat *de quibus*, non *pro quibus*. Idem quod ſequitur, *ſeruanda non eſt*. Iam enim tam ſæpè in præcedentibus dictum erat *ſeruandam, ſeruari ſeruandum*, vt debuerit hoc verbum hîc ſaltem immutari, non toties, ac tam inſulsè repeti. At quod ſequitur, ſed *omnimodo reſcindenda*, Tribonianum prodit apertiùs, cui & dictio illa *omnimodo* familiariſſima eſt, & loquendi formula tam impropria, vt reſcindendam dixerit ſtipulationem, quæ ipſo iure non tenet. Quomodo enim poteſt tenere ſtipulatio interpoſita contra leges, & de his de quibus paciſci non liceat? putà quæ aliquid habeant turpe, aut ſi non bonis moribus, ſaltem legibus prohibitum. *lege generaliter 26 lege veluti 27. lege ſi ſtipuler. 35. in princ. & §. 1. lege ſtipulatio hoc modo. 61. lege inter ſtipulantem. 83. §. ſacram de verborum obligatione.* Quæ verò ipſo iure non tenet ſtipulatio, quomodo reſcindenda eſt, aut reſcindi poteſt? Scio non eſſe nouum, vt ſtipulatio teneat, & tamen ſubmoueri ſtipulator poſſit per doli exceptionem, vt ſi dolo malo, vel per vim adhibita ſit. *lege vel metu 5. Codice de inut. ſtipul.* Sed vt ipſo iure non teneat, & tamen omnimodo reſcindenda ſit, fieri nullo modo nullóque caſu poteſt: quia omnis reſciſſio in neceſſarium antecedens præſuppoit tenere actum, qui reſcinditur. *lege præſes prouincia. 12. & lege ſequenti, lege ſub prætextu. 19. lege ſanum mente 27. lege quamuis eum. 39. Codice de tranſactionib. lege ad reſcindendum. 4. cum duabus ſequentibus. Codice de reſcind. vend.*

17 ¶ Si ante aditam hereditatem paciſcatur quis cum creditoribus, *vt minus ſoluatur*: pactum valiturum eſt.

Ad §. 17. Si ante aditam.

Ratio dubitandi. Ante aditam hereditatem nullum eſt ius heredis, nec vllam habet legitimam perſonam contrahendi cum creditoribus & legatariis: ſiquidem tum demum quaſi contrahere intelligitur, cùm adit hereditatem. *lege 3. §. vltimo quibus ex cauſis in poſſ. eat. lege ſi quis abſenti. 5. §. heres quoque de obligationib. & action.* Ergo non valet pactum, tanquam quod ſit præpoſterum. Prius enim, vt quis heres ſit, quàm vt quaſi heres poſſit paciſci cum creditoribus, aut legatariis. Ratio decidendi. Pactum huiuſmodi iuſtum eſt, & iuſtam cauſam habet, vt ea ratione exonerata partim hereditas faciliùs inueniat heredem: cùm fieri poſſit, vt heres minùs ſoluturus propter pactum facilior ſit ad hereditatem adeundam, quam alioqui tanquam oneribus imparem, aut ſuſpectam repudiaret. *l. 4. ad SC. Treb.* Sicut & plerumque adit heres mandatu creditorum, eóſque habet mandati actione obligatos, vt in *leg. ſi hereditatem 32. mandat. & §. prox. ſeq. verſ. idem & id extraneo.*

18 ¶ Sed ſi ſeruus ſit, qui paciſcitur, priuſquàm libertatem, & hereditatem adipiſcatur, quia ſub conditione heres ſcriptus fuerat: non profuturum pactum, Vindius ſcribit. Marcellus autem in libro decimooctauo Digeſtorum.

ET ſuum heredem, & ſeruum neceſſarium purè ſcriptos, paciſcentes, priuſquàm ſe immiſceant [k], putat rectè paciſci, quod verum eſt. ¶ Idem & in extraneo [l] herede, qui ſi mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. ¶ Sed ſi quis, vt ſuprà retulimus, in ſeruitute pactus eſt, negat Marcellus, quoniam non ſolet ei proficere, ſi quid in ſeruitute egit, poſt libertatem: quod in pacti exceptione admittendum eſt. ¶ Sed an vel doli ei proſit exceptio [m], quæritur. Marcellus in ſimilibus ſpeciebus, licèt antea dubitauit, tamen admiſit: vt putà filiusfamilias heres inſtitutus, pactus eſt cum creditoribus & emãcipatus adiit hereditatem, & dicit doli eum poſſe vti exceptione. ¶ Idem probat, & ſi filius viuo patre, cum creditoribus paternis pactus ſit: nam & hîc doli exceptionem profuturam [n]. ¶ Imò & in ſeruo doli exceptio non eſt reſpuenda.

Ad §. 18. Sed ſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Valet pactum inter heredem & creditores, aut legatarios, vt minùs ſoluatur, etiamſi interpoſitum ſit ante aditam hæreditatem. §. *proximè præcedenti.* Quid enim poteſt facere, quòd heres inſtitutus ſit ſub conditione, an purè: cùm non magis heres ſit heres purè inſtitutus, quàm qui ſub conditione, quandiu hereditas non eſt adita. *lege pretia rerum. 63. ad legem Falcidiam.* Ergo valet etiam tale pactum initum à ſeruo inſtituto ſub conditione, priuſquam libertatem & hereditatem adipiſcatur.

Ratio decidendi. In herede voluntario nihil intereſt ſanè an inſtitutus ſit purè, an ſub conditione: quia neutro caſu heres eſt ante aditam hereditatem. Sed in ſeruo herede neceſſariò inſtituto ea diſtinctio omninò neceſſaria eſt, quia ſi purè inſtitutus eſſet ipſo iure liber & heres inueniretur, & ideò non poſſet dubitari quin pactum valeret, tanquam quod factum eſſet poſt acquiſitam hereditatem: etiam ſi ſeruus nondum ſe immiſcuiſſet, vt ſequitur in *hac lege.* vbi additur idem eſſe in ſuo, quod in neceſſario herede. Vtrique enim commune illud eſt vt heres ſit ipſo iure, ſtatim, & citra aditionem *leg. neceſſarius. 57. de acquirenda hereditate. leg. in ſuis heredibus. 14. de ſuis & legitimis.* At cùm vel ſuus, vel neceſſarius heres inſtitutus fuit ſub conditione, ſuus quidem primi grados ſub poteſtatiua. *leg. 4. de hered. inſtit.* neceſſarius verò ſub qualibet, non poteſt vlli eorum acquiri hereditas, niſi impleta demum conditione. Porrò cùm impleta conditio eſt, liber factus non poteſt iuuari eo pacto, quod iniit in ſeruitute, ſicut neque ex eo quod in ſeruitute geſſit, poteſt conueniri poſt libertatem *toto titulo Codice an ſeruus ex ſuo fac. poſt manum. ten.* quia nouus homo poſt manumiſſionem eſſe videtur. *leg. ſeruus legatus. 27 in fin de adim. leg. ſi Pamphilo ſeruo 10. de opt. legat.* Non poteſt igitur exceptio pacti ei prodeſſe, cum in pactis factum verſetur. *leg. ſi vnus 27. §. pactus. infrà h. tit.*

k *Priuſquàm ſe immiſceant.* Ratio dubitandi. Sicut heres extraneus adeundo hereditatem intelligitur quaſi contrahere cum creditoribus & legatariis. *leg. 3. §. vltimo quibus ex cauſis in poſſ. eat.* ita & ſuus aut neceſſarius heres immiſcendo. *leg. 4. eo tit. leg. cum bonis. 87. de acq. hered.*

red. Ergo non melior conditio eſſe debet neceſſarij heredis, qui ſe nondum immiſcuit, quam eius qui ſub conditione heres ſcriptus, nec ſi velit ſe immiſcere poteſt ante impletam conditionem.

Ratio decidendi. Immixtio quidem facit in ſuo vel neceſſario herede, vt cum creditoribus & legatariis quaſi contrahere videatur: ſed non ideò tamen neceſſaria eſt, vt obligentur. Nullo enim ad hoc opus eſt contractu: quandoquidem ipſo iure ſtatim ſunt heredes, ſi modò purè ſint inſtituti. Nec quod ſe poſſunt abſtinere quicquam facit. *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Cùm non ſit ſine herede, qui ſuum heredem habet etiam ſe abſtinentem. *lege cùm quaſi abſente* 30. *§. ſed etſi ſuus. de fideicommiſſ. libert.* Multò minùs ille qui habet neceſſarium heredem, quamuis bona non attingentem. Beneficium enim ſeparatione, quod neceſſarios heres habet à prætore, non facit quominùs habeatur ille heres etiam à prætore *leg. 1. §. vlt. de ſeparat. & d. l. neceſſariis. 57 in fin. de acquir. hered.* quod in beneficio abſtentionis in perſona ſui heredis non idem eſt. *l. ſi filius.* 12. *de interrog. in iure fac.*

l *Idem cùm extraneo.* Dixi ad *§. prox. praecd.*

m *Sed an vel doli ei profit exceptio.* quæ nimirum ſolet eſſe ſubſidiaria exceptionis pacti. *l. reſcriptum.* 10. *§. vlt. ∫. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Doli exceptio ſolet obiici, quoties alioquin eueniret vt alicui dolus ſuus per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prodeſſet. *leg. 1. de doli except.* Atqui in propoſito is, qui cum ſeruo in ſeruitute conſtituto pactus eſt, ſi neget ſibi debere pactum nocere, capiat occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem: ex eo nempè quòd ſeruus poſt adeptam libertatem alius homo eſſe videatur. *d. l. ſeruus legatus. 27. in fin. de adim. legat.* cùm tamen re vera idem homo ſit, qui pactus fuit. Ergo etiamſi pacti exceptio locum habere non poſſet, doli tamen dari deberet.

Ratio decidendi. Doli exceptio non aliunde hîc naſci poteſt, quàm vnde naſcitur exceptio pacti, id eſt ex facto quod interceſſit, cùm inita conuentio fuit tempore ſeruitutis. Atqui ex eo facto ſeruos poſt libertatem neque teneri, neque inoari poteſt, quia ex ante geſto neque locrum, neque damnum ei irrogandum eſt, vt diximus ad *principium huius §.* Ergo non magis doli, quàm pacti exceptionem habere poteſt. Idque ita eſſe apparet etiam ex eo quod Marcellus in ſimili quæſtione propoſita de filiofamilias antea dubitauerit, & tandem vix hoc admiſerit, vt danda ei eſſet exceptio doli, ſi fortè filiusfamilias heres inſtitutus pactus ſit cum creditoribus hereditariis, & emancipatus adierit hereditatem. Et tamen nemo dixerit eandem iuris rationem locum habere in filiofamilias, quæ locum habet in ſeruo. Etſi enim filiusfamilias cùm emancipatur in imaginariam ſeruilem conditionem deducitur, vt proinde ſeruo non malè comparari videatur. *lege tertia §. vltimo de capit. minut.* non poteſt tamen dici feciſſe pactum in ſeruitute. Fecit enim in libertate, ac priuſquàm in ſeruitutem imaginariam deduceretur. Non tam igitur mirum eſt dari exceptionem doli; quàm illud potiùs, Cur non poſſit ei dari exceptio pacti, & quaſi ea deficiente recurrendum ſit ad exceptionem doli? Sed reſpondendum eſt, Pacti exceptionem non poſſe accommodari poſt emancipationem, non quaſi alius homo ſit, cùm etiam pacti tempore liber fuerit, vt vnus eſt, ſed quia paciſcendo eo tempore quo erat in patris poteſtate id egiſſe videtur, vt patri ſuo, non vt ſibi commodum & vtilitatem pacti acquireret. Nam & ſi filiusfamilias ſub conditione ſtipulatus poſtea emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit, quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur quo contrahimus. *leg. ſi filiusfamilias. 78. de verborum obligat.* Quidni ergo & in pactis idem erit; præſertim purè interpoſitis? Ideóque benè Marcellus caſum illum, quo filiusfamilias heres inſtitutus pactus eſſet cum creditoribus, & emancipatus adiiſſet hereditatem, cõparabat cũ eo caſu, quo filius viuo adhuc patre cum creditoribus paternis paciſceretur: Nemo enim poſſit dubitare, quin filiusfamilias viuo patre paciſcendo cum creditoribus paternis, patri ſuo non ſibi acquirat exceptionem. *lege ſi tibi decem.* 17. *§. vltimo cum legibus ſequentibus. infra hoc titul.* Ergo & filiusfamilias heres inſtitutus, ſi paciſcatur cum hereditariis creditoribus, patri tamen non ſibi pactus creditur: quia & creditores illi paterni fore ſperabantur, tametſi contigerit adiri hereditatem poſt emancipationem, & ita filio ipſi acquiri. Proinde pacti exceptionem habere non poteſt, ſed doli tamen habet, quia dolo facit creditor, qui cum eodem homine re vera pactus, nunc venire vult aduerſus propriam conuentionem. Nam & commodum pacti ex hereditaria cauſa interpoſiti nomine hereditatem ipſam ſequi debet? Aut quo iure remaneat penes patrem, qui nihil vnquam debuit, nec debiturus eſt? Hæc cùm ita ſint, quod ſequitur apud Vlpianum, *Imò & in ſeruo doli exceptio non eſt reſpuenda*, non poteſt eſſe Vlpiani, aut Marcelli, ſed neceſſariò vel imperito interpreti, vel Triboniano adſcribendum eſt. Nam ſi vix potuit adduci Marcellus, vt crederet doli exceptionem dandam filio emancipato ex pactione interpoſita, dum eſſet in patris ſui poteſtate, quanto minùs credidit eam exceptionem ſeruo manumiſſo dandam eſſe, ex pacto interpoſito in ſeruitute? Et ſanè ratio illa Marcelli generalis eſt, *quoniam non ſolet ei proficere, ſi quid in ſeruitute egit, poſt libertatem:* nec minùs concludit circa doli, quàm circa pacti exceptionem, neutram ſeruo manumiſſo dandam eſſe. Et quamuis ſtatim ſequatur, *quod in pacti exceptione admittendum eſt:* attamen non dubito quin ab iis verbis incipiat gloſ. Triboniani, vt locum aperiret quæſtioni quam ſubnectit, De doli exceptione: quaſi nihil de eo Marcellus ſcripſiſſet. Nam & moris eſt Triboniano, vt quod in aliqua ſpecie quantumuis diſſimili à prudentibus reſponſum, vel ab Imperatore aliquo reſcriptum eſt, trahat audacter ad alias ſpecies, quaſi ſimiles, vt ab eo factum obſeruauimus in *l. Pamponius 86. de acquirend. hereditate l. Pamphilo 29. de legat. 3. leg. apud Iulianum 1. §. vtrùm leg. cogi poterit 16. §. penultimo & vltimo leg. mulier qua duobus in princip. ad Senatuſconſultum Trebellianum. & alibi quàm ſæpè.* Idem verò hîc illi contigit. Quod enim Marcellus in duobus caſibus reſponderat de pacto inito per filiumfamilias, dum eſſet in poteſtate, putat ille ſimili eſſe quæſtioni propoſitæ, de pacto inito per ſeruum in ſeruitute, quod ſignificant verba illa, *Marcellus in ſimilibus ſpeciebus*, cùm tamen omnia ſint diſſimilia, vt oſtendimus. Pactum enim cum ſeruo factum, videtur factum cum nullo, quia ſeruus pro nullo habetur etiam iure prætorio. *lege 7. de falſ.* quod de filiofamilias non ſimiliter dici poteſt.

n *Nam & hîc doli exceptionem profuturam.* Sed cur non pacti? Cùm ponendum ſit filium hunc, qui viuo patre pactus fuerat cum paternis creditoribus, patri poſtea heredem extitiſſe? Cur enim aut quomodo poſſet filius habere exceptionem doli, ſi non conueniretur? Aut quo iure poſſet conueniri à creditoribus paternis ſi non eſſet ipſe heres patris? Cùm verò patris heres eſt, quidni habere debeat pacti exceptionem quam alius quilibet patris heres haberet? *leg. 21. infrà hoc titulo.* Reſpondeo debere locum intelligi de pacto filiifamilias, quod ſic collatum fuerit in perſonam patris, vt in eius perſonam fuerit perſonale, cuiuſmodi pacta quæ ſunt, ea certum eſt ad heredem non tranſire. *l. idem in duobus. 25. §. 1. infrà.* Ergo nec ad filium tanquam heredem patris. Sed tamen non eo minùs doli exceptionem ſubſidiariam filio accommodari æquum eſt, quæ alij cuilibet heredi non accommodaretur, cùm ille ipſe ſit, qui pactus ſuit, & in cuius perſona vtrumque concurrit, vt ſit & paciſcens, & heres illius, cui commodum pacti fuerat quæſitum. argum. *dicta lege. idem in duobus. 25. in fin. leg. reſcriptum. 10. §. vlt. & dicta lege & heredi 21. in pr. & §. 1. eodem.* niſi malis

Marcellum

Marcellum intelligere de pacto inito cum creditore de non petendo ab ipſo filio, poſt mortem patris: quo caſu nemo dixerit pacti exceptionem poſſe acquiri patri, aut heredi patris. At ne quidem filio, cùm quod filius paciſcitur perinde habeatur ac ſi pater ipſe pactus eſſet *lege 45. in pr. & §. ſi quis ita. de verborum obligatione.* quaſi vox filij ſit vox patris. *§. ſi quis alij. in fin. de inutil. ſtip.* Sola igitur doli exceptio poteſt filio quamuis heredi patris ſupereſſe. Et hanc interpretationem longè probabiliorem arbitor.

19 ¶ Hodie [o] tamen ita demum pactio huiuſmodi creditoribus obeſt, ſi conuenerint in vnum [p], & communi conſenſu declarauerint, quota parte debiti contenti ſint: ſi verò diſſentiant, tunc prætoris partes neceſſariæ ſunt [q], qui decreto ſuo ſequetur maioris partis voluntatem [r].

Ad §. 19. Hodie tamen.

o *Hodie.* id eſt poſt reſcriptum D. Marci, quod ſic loquitur, quaſi omnes creditores debeant & in vnum locum, & in vnam ſententiam conuenire. *leg. reſcriptum. 10 ℥. eod.*

p *Si conuenerint in vnum.* Ratio dubitandi. Cuilibet creditori licitum eſt de iure ſuo paciſci, ita vt ſibi ſoli non etiam cæteris creditoribus vel proſit, vel noceat. *l. pactum inter 46. infrà hoc titulo lege penultima Codice eodem.* Quid enim attinet aliorum conſenſum expectare, quibus neque prodeſſe alterius pactum debeat, neque nocere? *leg. ſi vnus. 27. §. pacta. in fin. infr. eod.* Ratio decidendi. Id quidem olim obtinebat: ſed poſtea viſum fuit D. Marco melius fore, ſi prouideretur, vt communi creditorum omnium conſenſu res ageretur: ne tam facilè, aut heres, aut aliquis ex creditoribus decipiatur in quæſtione illa facti: Quid & quantum ſit in hereditate. Vnita enim creditorum omnium diligentia certiùs explorari poſſunt vires hereditatis, vt è contrario credendum eſt diligentiorem fore, heredem in ſibi cauendo, & proſpiciendo, cùm videbit ſibi rem eſſe cum creditoribus omnibus, eandémque quod ad omnes paciſcendi rationem ſeruandam eſſe. Plerumque autem neceſſarium eſt creditoribus & legatariis ita paciſci cum herede, vt is aliquo præmio inuitetur ad adeundam hereditatem. Miſſio namque in poſſeſſionem, & venditio bonorum, cuius remedio alioqui ſuccurrendum eſſet creditoribus, ex edicto. *De reb aut iudi. poſſ. vel venum.* longas moras, magnóſque circuitus habere ſolet: ita vt creditores ſibi vtilius eſſe putent deferre conditionem heredi, vt in *leg. cum hereditate. 55. de acq. her.* adeóque interdum ei mandare, vt ipſorum periculo adeat. *§. proximè præcedenti. verſ. idem & in extraneo leg. ſi hereditatem. 32. inf. in ad.* Legatariis autem hoc magis neceſſarium olim erat, itémque fideicommiſſariis, qui omnium ſibi relictorum iacturam facturi erant, ſi hereditas non adiretur. *§. quantitas. in fin. Inſtitut. de l. Fal.* Hodie non eſt neceſſarium, cum ex *Nou. Iuſt. Conſt. 1. de hered. & Falcid.* permiſſum ſit etiam legatariis hereditatem adire, herede recuſante.

q *Prætoris partes neceſſariæ erunt.* ne alioqui creditores inter ſe diſſentientes ſe inuicem impediant. Difficile enim eſt, vt cogi poſſint ad conſentiendum, qui vltrò diſſentire nolunt. *l. huiuſmodi. 84. § fin. de leg. 1. leg. quotiens duob. 34. de vſufr. l. intereſt enim. 5. de libert. cauſ.*

r *Sequetur maioris partis voluntatem.* Ratio dubitandi. Quod ad omnes pertinet, vt ſingulos ab omnibus, & ſingulis approbari debet. *lege vltima. Codice de aut. præſt. lege in concredendo. 8. & lege ſi autem plures. 10. de aqua pluu. arc.* Ergo cùm per huiuſmodi pactum agatur de minuendo iure creditorum omnium, voluntas ſingulorum exquirenda, & quod ad ſingulos ſequenda eſt. Ratio decidendi. Omnium quidem, & ſingulorum voluntatem exquirere prætor debet, eorum ſcilicet quorum exquiri poteſt, id eſt, qui ſunt præſentes, & quorum præſentia poſſit alios habere in ipſorum ſententiam. *lege item ſi vnus. 17. §. vltimo de recept. qui arbit. lege vltima. §. vbi autem. verſic. niſi adhuc. Codice de bon. quæ libert.* Sed non omnium voluntatem ſequi prætor poteſt, cum inter ſe diſſentiunt: ne alioqui impediant prætorem, ſicut mutuò ſe impediunt. Itaque cogit nos rei neceſſitas hoc caſu, vt quod à maiori parte factum eſt, ab omnibus factum videatur, vt & in *lege 3. & 4. quod cuiuſque vniu. nom.* Sic & in edicto De *reb. aut iud. poſſ.* cùm vnus ex creditoribus mittitur in poſſeſſione bonorum debitoris, omnium creditorum etiam abſentium nomine miſſus intelligitur, vt non tam perſonæ ſolius petentis, quam creditoribus omnibus, & in rem permiſſum videatur bona debitoris poſſidere *l. cum vnus ex creditoribus. 12. de reb. aut iud. poſſid.* Adeò id agit prætor, vt creditoribus omnibus ex æquo conſulatur.

8. PAPINIANVS libro 10. Reſponſorum.

MAiorem eſſe partem, pro modo debiti, non pro numero perſonarum [a] placuit, quòd ſit: æquales ſint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum [b] præferendus eſt: in numero autem pari creditorum auctoritatem eius ſequetur prætor, qui dignitate inter eos præcellit [c]: ſin autem omnia vndique in vnam æqualitatem concurrant, humanior ſententia [d] à prætore eligenda eſt: hoc enim ex Diui Marci reſcripto colligi poteſt.

Ad l. Maiorem 8.

a *Non pro numero perſonarum.* Ratio dubitandi. Prætor cogitur ſequi maioris partis voluntatem. *§. vltimo ſuprà leg. prox.* Atqui voluntas non eſt crediti, ſed perſonarum creditorum. Maior ergo pars æſtimanda eſt pro numero perſonarum, non pro debiti quantitate. Ratio decidendi. Iniquum eſſet voluntatem vnius ex modica fortè portiuncula creditoris præiudicium facere cæteris creditoribus. *leg. ſi autem plures. 10. de aqua pluuia arc. eod.* Ergo inter creditores æquum eſt illum præferri, qui maioris pecuniæ ſit creditor, vt & in *leg. cùm bona veneunt. 16. de rebus autorit. iudic. poſſid. aliàs leg. 1. de priuil. credit. leg. ſi plures heredes. 14. depoſiti* Quid ergo ſi vnus tantæ pecuniæ ſit creditor, quanta cæteris omnibus creditoribus ſimul coniunctis non debeatur? An faciet ille ſolus maiorem partem creditorum? Eſt quidem hoc durinſculum, quod ad ſonum verborum: ſed tamen faciet, quia facit maiorem partem crediti.

b *Plurium numerus creditorum.* Nam vbi cætera ſint paria, nihil eſt quod melius dicere poſſimus, quàm præualere numerum creditorum. Cùm enim plus ſuo quiſque iudicio tribuat, quàm alieno, tandem eò decurrere cogimur, vt quoties de re aliqua plures ſententiam dicere neceſſe eſt, numerandæ ſint ſententiæ non ponderandæ. Quod iam olim Plinio durum quidem, ſed tamen neceſſariò tolerandum videbatur.

c *Qui dignitate inter eos præcellet.* Cæteris enim paribus plus autoritatis habere debet, qui plus habet dignitatis. vnde ſolent iſta coniungi, vt in *l. 3. §. eiuſdem verſ. alias dignitas & autoritas. iunct. l. ob carmen famoſum. 21. §. vlt. ℥. de teſtib.*

d *Humanior ſententia.* Ea eſt res quæ meliorem conditionem defert heredi, vt quanto minus creditoribus ſoluturus

turus

tutus eſt, tanto faciliùs inuitetur ad hereditatis aditionem. Generaliter enim humanior & benignior interpretatio in dubio capienda eſt. *l. eo quæ in partes. 192. §. 1. de regul. iur.* Alio ſenſu dicitur ſententia humanior, quæ fauet teſtamento, vt in *l. ſi par iudicantium. 10. de inoffic. teſt. aut quæ libertati. l. leg. Iunia. 24. de manum. l. inter pares. 38. de re iud.*

9. PAVLVS libro 62. ad Edictum.

SI plures ſint, qui eandem actionem habent, vnius loco habentur. ¶ Vt putà plures ſunt rei ſtipulandi, vel plures argentarij quorum nomina ſimul facta ſunt: vnius loco numerabuntur, quia vnum debitum eſt. ¶ Et cùm tutores [a] pupilli creditoris plures conueniſſent vnius loco numerantur: quia vnius pupilli nomine conuenerant. ¶ Necnon & vnus tutor plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium [b], ſi conuenerit, placuit vnius loco eſſe: nam *difficile eſt, vt vnus homo duorum vicem ſuſtineat:* nam nec is, qui plures actiones habet aduerſus eum, qui vnam actionem habet, plurium perſonarum loco accipitur.

Ad l. Si plures 9.

Ratio dubitandi. Cùm plures ſint rei debendi, licèt vnum dumtaxat ſit debitum, & vna obligatio. *l. 3. §. 1. de duobus reis.* nihilominùs in cuiuſque perſona propria ſingulorum conſiſtit obligatio. *l. eandem rem. 9. §. 1 eodem titulo.* Ergo ſingulorum perſonæ ſunt numerandæ, non omnes pro vno habendi. Ratio decidendi. Plurium correorum ſtipulandi vnicum debitum eſt, & vnica obligatio, quæ tollitur vnica ſolutione. *dicta lege tertia. § primo. & paſſim illo titulo.* Non ergo quot perſonæ ſint creditorum, ſed quot debita ſint inſpiciendum eſt. Idem iuris eſt in pluribus argentariis, quorum nomina ſimul facta ſunt. Omnes enim vnius loco numerabuntur, quia ſimiliter vnum debitum eſt: Eáque nominum obligatio dicebatur, cùm ex menſæ ſcriptura pecunia numerabatur.

a *Et cùm tutores.* Ratio dubitandi. Plures tutores vnius pupilli, eiuſdémque creditoris, licèt vnam eandémque perſonam repræſentent, re vera tamen plures ſunt, & omnes tutelam gerere coguntur, ne qui non geſſerunt, ex facto aliorum qui geſſerunt conueniantur. *lege 1. & 2. Codice ſi tutor vel curator non geſſer. lege vltima Codice de autorit. præſt.* Ergo non vnius, ſed plurium loco haberi debent.

Ratio decidendi, Vnius loco numerantur, quia vnius pupilli nomine conuenerunt: nec niſi vnum creditum, & vnus creditor eſt. Nam ſi plures quoque creditores vnius loco ſunt, cùm vnum creditum eſt vt in correis credendi, & pluribus argentariis diximus, quanto magis idem dicendum eſt: cùm neque plura ſunt credita, neque plures creditores vt in tutoribus?

b *Plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium.* Credo locum eſſe corruptum, & pro *nomine*, legendum eſſe *non*, hoc modo, & ſenſu, vt vnus tutor plurium pupillorum, quamuis non vnum debitum, ſed multiplex & ex alia atque alia cauſa prætendentium, ſi conuenerit cum cæteris creditoribus ad paciſcendum cum herede, vnius loco ſit. Nam ſi poneres plures illos pupillos non niſi vnum idémque debitum prætendere, purà quod eſſent ipſi correi credendi, vel heredes correorum credendi, poterat ſufficere ratio, quam Paulus in pluribus correis credendi, & argentariis expreſſerat: quòd vnum ſit debitum, & vna obligatio. Eſſétque caſus multo minus dubitabilis in tutore, cuius perſona re vera vnica eſt, quam in correis credendi, qui re vera plures ſunt: nec proinde eſſet bona ratio, quam Paulus adfert, quod difficile ſit vt vnus homo duorum vicem ſuſtineat. Nam & in ipſis pupillis, qui re vera plures ſunt, ipſa perſonarum diuerſitas non faceret, quin vnius perſonæ loco haberentur, ſi vnicum debitum eſſet. Cur non ergo liceat tutori ſuſtinere perſonas plurium, qui ipſi plures vnius loco habeantur? Aut cur non ipſe quoque hoc caſu multo magis vnius loco habeatur? Idque & Cuiacius fatetur, qui rationem hanc Pauli remotiorem & truncatam eſſe ſcribit. At cùm ponimus plura eſſe debita, quæ plurium pupillorum nomine prætendantur ab vno eodémque tutore, non alia ratio facere poteſt, vt vnus ille tutor vnius loco ſit, quàm quia difficile eſt vt vnus homo plurium vicem ſuſtineat. Ratio dubitandi. Imò fit plerumque vt vnus & idem homo plurium perſonas planè diſtinctas gerat. *lege ſi paterfamilias. 15. §. 2. verſic. facit enim hoc quaſi quilibet, non quaſi auus. ſupr. de adoptionibus. lege idem. 6. in principio quod cuiuſque vniuerſitatis nom. lege debitor. 59. §. vltimo. ibi non quaſi heres, ſed quaſi mater. ad Senatuſconſultum Trebellianum. lege ſi reus 13. de duobus reis. lege ſi duo. 93. ante finem de ſolut.* Et hoc ipſum euenire neceſſe eſt, quoties vnus & idem tutor plures diuerſáſque plurium pupillorum tutelas gerit. *§. idem tria. Inſtitut. de excuſat. tutor. leg. accipientis. 15. de autor. tutor.* Ratio decidendi. In his quæ vel ex perſonis pupillorum, vel ex cauſa patrimonij æſtimanda ſunt, plurium ſanè perſonas ſuſtinet, qui plurium pupillorum tutor eſt: aut qui alia de cauſa duplex ius habet. Sed in his quæ ab ipſa tutoris perſona dependent, non poteſt fieri, vt cùm vna tantùm perſona ſit, plurium vicem ſuſtineat. Eiuſmodi verò eſt id de quo tractamus: quia pertinet ad exquirendam ſequendámque voluntatem tutoris, quaſi creditoris: porrò vna tantùm non multiplex tutoris huius voluntas eſſe poteſt: neque verò probè poſſit aliter, quod ad vnum ex pupillis, aliter quod alium ſentire, cùm & in ſeipſo teneatur ſeruare pactum, quod ipſe cum aliis fecerit, ſi fortè idem ille ſit etiam proprio nomine creditor. *lege cùm in eo eſſet. 44. infrà hoc titulo lege cùm hereditas. 59. de adminiſtratione tutorum.* Pro vno igitur haberi debet, non pro pluribus, non ſolùm ſi plures tutelas gerat, ſed etſi proprio nomine creditor proponatur. Adeò difficile eſt, vt vnus homo duorum vicem ſuſtineat. Idque confirmat Paulus eleganti ratione. *Nam nec is*, inquit, *qui plures actiones habet, plurium perſonarum loco accipitur aduerſus eum*, id eſt, in comparationem eius, *qui vnam tantùm actionem habet.* Sic enim locus hic conſtruendus & explicandus eſt. argum. *lege cùm bona 16. de rebus autoritate iudicis poſſidendis, aliàs lege 1. de priuilegio creditorum.* Cur verò plurium perſonarum loco non habetur is, cui plures competunt actiones ex variis cauſis proficiſcentes? Non alia vtique ratione, quàm quia plurium vicem ſuſtinere non poteſt. *lege pupillus. de autoritate tutorum. lege nemo. 14. §. 1. Codice de adſeſſ. lege conſtitutio 27. Codice de procurat.* Idem ergo eſt etiamſi non tantùm plurium pupillorum, ſed etiam plures tutelas quis gerat. Progreditur Paulus à minùs difficilibus ad difficiliora, id eſt, ab eo caſu, quo ſit vnum debitum, ad eum caſum, quo ſint plura debita. Errori verò, quem emendamos cauſam dare illud potuit, quod veteres exſcriptores ſcribebant *nomine* his quatuor literis. *noie*. quæ non multum diſtant à tribus illis, quibus exprimitur dictio *non*. Putauit autem librarius defuturum aliquid præcedentibus verbis *plurium pupillorum*, niſi adderetur *nomine*, nec animaduertit referri ea verba ad præcedentem dictionem *tutor*, & ab ea recipere conſtructionem.

s ¶ Cum

1 ¶ Cumulum debiti & ad plures ſummas referemus, ſi vni fortè minutæ ſummæ centum aureorum debeantur: alij verò vna ſumma aureorum quinquaginta: nam in hunc caſum ſpectabimus ſummas plures: quia illæ excedunt in vnam ſummam coadunatæ.

Ad §. 1. Cumulum.

Ratio dubitandi. Non fit coaceruatio ſummarum quoties diſputatur de modo iuriſdictionis. *l. ſi idem cum eod. 11. ſupr. de iuriſdict.* Ergo neque in hoc caſu fieri debet, cum quæritur, cui ex creditoribus maior pecuniæ quantitas debeatur. Ratio decidendi. Sunt iſti caſus valdè differentes. Nam in *dicta legè ſi idem* 11. non fit coaceruatio ſummarum, ne fiat incompetens iuriſdictio, quæ alioquin eſſet competens, & quam publicè intereſt manere competentem potius, quam fieri incompetentem. Hîc verò fit coaceruatio, quia tractatur de iure creditorum minuendo in vniuerſum, id eſt, quantum ad ea omnia, quæ ſingulis creditoribus debentur. Maiorem ergo rationem haberi conuenit illius, cui maior pecuniæ quantitas debetur, quia magis eiuſdem intereſt. Porrò plus debetur ei quoque, cui plures ſummæ debentur, & maiorem ille iacturam ex ſummarum omnium deminutione ſenſurus eſt, tantam ſcilicet, quantam ſentiret ſi vnica debiti ſumma eſſet. Omnes igitur ſummas coaceruari æquum eſt, vt eius cui plus debetur, præcipua ratio habeatur.

2 ¶ Summæ autem applicare debemus etiam vſuras.

Ad §. 2. Summæ autem.

Ratio dubitandi. Vſuræ vt plurimum non tam obligationis iure debentur, aut ab obligatione proficiſcuntur, quam officio iudicis applicantur. *lege quæro 54. in princip. infrà locat.* Vnde fit vt ſublata obligatione & ſorte principali, ipſæ quoque deberi, aut potiùs peti poſſe deſinant: quia officio iudicis nullus poteſt locus ſupereſſe, ſi nulla ſuperſit actio circa quam exerceatur. *lege qui per concluſionem 49. §. 1. de act. empt. leg. centum Capuæ 8. de eo quod cert. loc. leg. 4. Codice depoſ. lege vltima in fine pr. Codice de vſu. rei iud.* Ratio decidendi. Vſuræ tum quoque cùm officio iudicis præſtantur, debentur quam acceſſiones ſortis, & ſummæ principalis: adeò vt pignus pro ſorte ipſa obligatum, etiam pro vſuris obligatum intelligatur. *l. Lucius Titius. 18. qui pot. in pig. hab.* Vſurarum ergo rationem haberi quoque oportet, earúmque coaceruationem fieri, cùm quæritur quantum debeatur: & quis ex creditoribus maioris quantitatis ſit creditor. Nam & cùm ſolutio fit ſi conueniat vt ea in ſortem & in vſuras cedat, priùs tamen in vſuras cedit, quam in ſortem. *l. in his verò 5. §. & l. ſeq. de ſolut.* quamuis dici ſoleat vſuras non tam propter lucrum petentium, quam propter moram non ſoluentium infligendas eſſe. *l. cum quidam 17. §. ſi pupillo. de vſur.*

2. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

REſcriptum autem Diui Marci ſic loquitur, quaſi omnes creditores debeant conuenire. Quid ergo ſi quidam abſentes ſint [a]? num exemplum præſentium abſentes ſequi debeant? Sed an & priuilegiariis abſentibus [b] hæc pactio noceat, eleganter tractatur, ſi modo valet pactio contra abſentes. Et recepto, an formam à Diuo Marco datam Diuum Pium reſcripſiſſe, fiſcum quoque in his caſibus, in quibus hypothecas non habet [c], & cæteros priuilegiarios exemplum creditorum ſequi [d] oportere. Hæc enim omnia [e] in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conſeruanda ſunt.

Ad l. Reſcriptum 10.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§. vlt. l. iuriſgentium. 7. t. eo. vbi dixi.*

a *Quid ergo ſi quidem abſentes ſint.* Ratio dubitandi. Res inter alios acta aliis nocere nec poteſt, nec debet. *l. 1. & toto titulo. Codice res int. alios act. aliis non nocer.* niſi ſaltem fuerint euocati, qui abſentes erant, & noluerint venire: ita vt eorum contumaciam pro præſentia haberi oporteat. *leg. etiamſi patre. 29. §. vltimo de minor. Auth. quia prouincia verſ. ſed ſi nec ipſe. Codice vbi de crim. agi oport.* Ergo nihil iis abſentibus & inauditis fieri debet, vt quod omnes tangit, ab omnibus adprobetur. *lege vltima Codice de autorit. præſt.* præſertim cùm eorum præſentia potuerit alios in aliam trahere ſententiam. *leg. item ſi vnus. 17. §. vltimo de recept. qui arbit. recept.* Ratio decidendi. Non debet quorundam abſentia nocere præſentibus, & id agentibus quantum poſſint, vt ſibi conſulant nec ſibi tantùm, ſed creditoribus quoque omnibus, etiam abſentibus: vt vel nullam, vel quoad fieri poterit minimam debiti iacturam patiantur. Quis enim credat præſentes ſibi nocere voluiſſe, vt abſentibus quoque nocerent? Cùm id agi Diuus Marcus voluerit, vt creditorum omnium eadem conditio conſtitueretur. Imputare ergo ſibi debent, qui abſentes fuerunt, cur non diligentiores fuerint, & vigilantiores. Iura ſiquidem ſcripta ſunt vigilantibus. *l. quod autem. 6. §. ſciendum. & l. pupillus 24. in fin. quæ in frau. credit. leg. non enim 16. ex qui. cau. maior. leg. ſumma. 21. de pecul.* vt ſit aliqua inter deſides, & vigilantes differentia. *lege 2. Codice de annal. except.* Sauè non dubito quin abſentes & euocandi ſint, & per aliquod tempus expectandi, ſi periculum non ſit in mora, & conſtet eos non tam propria negligentia, quam rerum ſuarum neceſſitate, iuſtâve ignorantia impediri, ne adſint. Quo facto ſi abſentes eſſe perſeuerent, exemplum præſentium ſequi coguntur, nec vlla fit iis iniuria, ſed fauor potiùs, cùm eis indulgetur, vt à præſentibus facta conuentio ipſis quoque proſit, & ex pacto alieno res ipſorum in toto collocentur: quod ex iuris ratione eſſe non deberet. *leg ſi vnus 27. §. pacta in fin. infr. eodem.* Denique in rem non in perſonam paciſci intelliguntur ij, qui cum præſentes ſunt, vt & cùm vnus ex creditoribus mittitur in poſſeſſionem bonorum debitoris. *l. cum vnus. 12. de reb. autor. iud. poſſid.*

b *Sed an & priuilegiariis abſentibus.* Priuilegiarij ſunt quibus debetur ex cauſa tam fauorabili, vt cæteris creditoribus chirographariis, & perſonalem tantùm actionem habentibus ſint præferendi: puta ex cauſa dotis, depoſiti funerariæ, & aliis, de quibus *in poſteriore parte titu. De reb. autor. iudic. poſſid.* vnde ſumptus & effictus eſt in *vulg. editione titul. De priuil. leg. credit.* Ratio dubitandi. Priuilegiarij creditores cæteris fauorabiliores ſunt, ideóque nimirum priuilegiarij appellantur: Ergo non eſt cæteris creditoribus quantumuis præſentibus permittendum, vt priuilegiatis noceant, ſiue in totum, ſiue in aliquam vel minimam debiti partem, ne alteri per alterum iniqua conditio inſeratur. *leg. non debet. 74. de regulis iuris.* Ratio decidendi. Pactum creditorum præſentium non minuit aut tollit priuilegium abſentium. *lege 58. §. 1. mandat.* ſed minuit dumtaxat quantitatem iis debitam, ad eum modum, quo & eam quæ præſentibus debetur. Cæterum vſque ad conuentam quantitatem priuilegiariis prius ſatisfiet,

riſſet, poſt eos cæteris. Nihil ergo cauſæ eſt cur non priuilegiarij quoque cæterorum exemplum ſequi debeant: nimirum ſi non malint contenti eſſe ſuo priuilegio. *dicta lege* 58. §. 1. Alioqui non eſt permittendum, vt inuitis iis auferatur vlla ex parte priuilegium, quod habent: cùm dici poſſit, quanto poſterior quis eſt in ordine debiti portione: quaſi putet parum aut nihil ſua intereſſe, vt maiore ex parte remittat debitum, cuius nullam ſperet conſequi poſſe portionem ob priuilegiarios creditores à quibus anteuertatur. Contrà verò intereſſe priuilegiariorum, vt vel nulla, vel minima debiti portio remittatur: cùm propter priuilegium, quod habent, parum abſit, vt non æque ſint ſecuri, ac ſi haberent hypothecam. Et ob has nimirum rationes fatendum eſt cum Vlpiano maiorem fuiſſe dubitandi cauſam in priuilegiariis creditoribus, quàm in cæteris. Sed non idcirco aliud ius in iis conſtituendum fuit eo caſu quo malint Prætoris decretum deſiderare, quàm priuilegio ſuo eſſe contenti. *dicta lege ſi præcedente mandato.* 58. §. 1. quia tanto digniores ſunt cæteri non priuilegiarij, quibus ſuccurratur, id eſt, quibus permittatur ſibi conſulere, & paciſci priuilegiariis quoque abſentibus, dum ne quid dolo malo fiat. Nam etſi priuilegiarij adeſſent, ac prætoris decretum cum cæteris deſiderarent: non tamen maior eorum autoritas eſſe deberet, quàm aliorum quibus maior quantitas licèt poſterioribus in ordine deberetur. Imò tanto minor, quanto minùs ipſorum, quàm cæterorum intereſſe videretur. Sed tamen locus hic totus à Triboniano corruptus eſt, vt poſtea dicemus.

c *In his caſibus, in quibus hypothecas non habet.* Ratio dubitandi. Fiſcus ſemper habet ius taciti pignoris. *lege aufertur ei.* 46. §. *fiſcus. de iure fiſci. lege* 2. *Codice in quibus cauſis pignoris tacite. lege vltima, Codice de priuilegio fiſci.* Ergo nullus caſus eſt in quo non habeat hypothecam, ſaltem tacitam. Ratio decidendi. Fiſcus in omnibus ſuis contractibus habet ius tacitæ hypothecæ, ſed non quoties in alicuius priuati ius ſuccedit, licèt ex quo tempore ſucceſſit, incipiat ſuum habere priuilegium quod ad cæteros creditores poſtea superuenientes *leg. fiſcus cum in priuati.* 6. *de iure fiſci iunct. l. in facto* 60. §. 1. *de cond. & demonſtr.*

d *Exemplum creditorum ſequi.* Eleganter Vlpianus ita loquitur, vt intelligamus non tam pactum, quàm exemplum creditorum præſentium abſentibus nocere. Itaque ſi abſentes, qui poſtea ſuperueniunt, ſolidum petant, non poſſunt repelli exceptione pacti cum præſentibus interpoſiti, quomodo repellerentur ſi ipſi pacti eſſent: ne ſcilicet violetur iuris & ciuilis & prætorij regula, quæ non patitur, vt conuentio cum alio inita, alij noceat vel proſit. *l. ſi vnus* 26. §. *pacta verſ. ante omnia* ĵ. *eod.*

e *Hæc enim omnia.* Totus hic verſiculus mihi ſuſpectus eſt, ſicut & quod paulò ante ſcriptum eſt, *in his caſibus, in quibus hypothecas non habet*: mihique videtur ſapere Tribonianum. Primùm quia rarò Iureconſulti noſtri de hypotheca loquuntur, cùm poſſunt vti nomine pignoris, etiamſi de pignore tacito ſentiant, præſertim cùm de fiſco loquuntur, vt *in dicta lege aufertur ei.* 46. §. *fiſcus de iure fiſci. dicta lege vltima Codice de priuilegio fiſc.* At de hypothecis in plurali nunquam, maximè verò, ſi de vno creditore tractent. Deinde quod hic dicitur, *conſeruanda ſunt*, pro *ſeruanda*, vel *obſeruanda*, mihi certè nouum & inauditum eſt. Præterea quia incipit Tribonianus à quæſtione, vt ſolet, nec certi quicquam audet reſpondere, quaſi non modò dubius, ſed etiam mentienti ſimilis, aut mox mentituro. Poſtremo, quia falſum eſt reſcriptum Diui Marci ad creditores hypothecarios non pertinere. Quidni enim fieri poteſt, vt ij quoque deſiderent decretum prætoris, ſi fortè putent ſua intereſſe vt adeatur hereditas, & habeant quem pro parte debiti actione perſonali conueniri poſſint potiùs, quàm vt quaſi Seruiana experiantur contra pignorum poſſeſſores. Præſertim hodie, poſtquã nouo Iuſtiniani iure inductum eſt, vt tertius pignorum poſſeſſor habeat exceptionem ordinis, & non factæ excuſſionis. *Authent. hoc ſi debitor. Codice de pign.* Idque fieri quotidie videmus, cùm argentarius aliquis foro cedit, vt etiam ij de portione debiti remittenda paciſci cogantur, qui habent obligata pignori omnia debitoris bona. Exemplum eſt in *dicta lege ſi præcedente.* 58. §. 1. ĵ. *mandat.* vbi non dubitatur quin creditor, qui pignus acceperat, ſi adfuiſſet cum cæteris qui decretum prætoris deſiderauerant, & portionem debiti tulerant, potuiſſet repelli exceptione pacti, ſi totum petere poſtea vellet. Illud ſanè verum eſt, quod ibidem ſcribitur, potuiſſe illum ſi adfuiſſet non deſiderare decretum prætoris: nempè ſi pignore ſuo contentus eſſe maluiſſet. Et hoc ſenſu defendi poteſt formam à Diuo Marco præſcriptam ad creditores pignoratitios non pertinere. Sed eodem modo dicendum erit nec ad priuilegiarios pertinere, quia non magis permittendum eſt creditoribus præſentibus, vt abſentium priuilegia tollant vel minuant, quàm vt pignoris ius, ſi quod habent iis auferant. *dicta lege ſi præcedente.* 58. §. 1. vbi ob hanc cauſam Paulus eandem pignoris & priuilegij rationem hac parte conſtituit. Ergo falſum eſt quòd hîc ſcribitur ante formam à Diuo Marco præſcriptam, Diuum Pium reſcripſiſſe fiſcum quoque in iis caſibus in quibus hypothecas non habet, & cæteros priuilegiarios exemplum creditorum, ſequi oportere: niſi fortè cum Iacobo Cuiacio dicere volumus, Paulum cuius ea lex eſt ignoraſſe reſcriptum D. Pij ab Vlp. hîc relatum. Quod tamen prorſus improbabile eſt: ſicut & quod idem vir doctiſſimus ſeparat rationem iuris à reſcripto Imperatoris. Etſi enim non ſemper Imperatorũ reſcripta cũ ratione iuris conſentiũt, tamẽ poſtquã aliquid Imperatoris reſcripto conſtitutũ eſt, cùm reſcripta faciant partem iuris, non eſt dubitandum reſpondere contra rationem iuris, quicquid aduerſus reſcripta Imperatorum reſpondetur, nec magis hoc quam illud prudentibus vnquam licuiſſe: imo multo minùs, quia de iuris ratione dubitari interdum poteſt, at de veritate reſcripti, quod omnibus notum ſit probabiliter dubitare non poteſt is qui ſe Iuriſconſultum audeat dicere. An ergo dicemus reſcriptum illud Diui Pij, cuius hîc meminit Vlpianus, planè commentitium eſſe, & Triboniani ingenio excogitatum? Non quidem auſim tam iniquus eſſe in Tribonianum, ſed hoc tamen poſſum verè dicere, corruptum ab eo fuiſſe reſcriptum Imperatoris, vt & alia tam multa, & ad alios caſus de quibus Imperator nunquam cogitauerat, protractum. Nam cùm Diuus Pius hoc tantum reſcripſiſſet, fiſcum quoque in caſibus in quibus hypothecam aut potiùs pignus non habet, exemplum creditorum ſequi oportere, addidit ille de ſuo vt ſolet, *& cæteros priuilegiarios.* Motus, vt credibile eſt, ex eo quod Paulus in ſententiis ſcribit, Priuilegium fiſci præcipuum eſſe, vt cæteris creditoribus omnibus præferatur, quibus etiam reſpublica creditrix præferretur. *lege penultima* §. 1. *de reb. autorit. iud. poſſid.* quæ tamen nunquam fiſco præfertur, niſi eo caſu quo etiam priuati præferrentur *lege ſi pignus.* 8. *qui pot. in pignus hab.* Inde namque factum eſt, vt non dubitauerit Tribonianus, quod Diuus Pius contra fiſcum reſcripſerat, producere ad cæteros priuilegiarios creditores: nec animaduertit reſcriptum Diui Pij ad eum caſum reſtringi debere, quo fiſcus priuilegium nullum habeat, id eſt, quo ſit ille creditor non iure fiſci, ſed iure priuati creditoris chirographarij, in cuius locum ſucceſſerit. Alioqui non poſſet fiſcus taciti pignoris ius non habere. *dicta lege aufertur ei* 46. §. *fiſcus de iure fiſci.* Porrò cùm fiſcus in ius tantùm priuati & chirographarij nec priuilegiarij creditoris locum ſucceſſit, non eſt ipſe priuilegiarius, niſi quantum ad poſteriores creditores, id eſt, qui poſtea ſuperuenerunt. *dicta lege fiſcus.* 6. *eodem titulo.* quorum quippe reſpectu licet reperiatur prior tempore, non ideo tamen ſemper potior eſſet [illegible], ſi priuilegium non haberet, quia creditorum [illegible] perſonalium priuilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſa. *lege priuilegia.*

legia.32 de rebus autem iud. poſſid. Ergo non fuerunt hac parte creditores priuilegiarij comparandi fiſco priuilegium nullum habenti. Et verò nihil in reſcripto dictum fuiſſe de creditoribus priuilegiariis ex eo apparet, quod ſubiicitur, *exemplum creditorum ſequi oportere.* Nam ſi creditoribus priuilegiariis aliquid reſcriptum fuiſſet, ſubiiciendum erat *exemplum cæterorum*, aut *exemplum præſentium* non vt ſcriptum eſt, *exemplum creditorum.* Quaſi verò & cæteri priuilegiarij non ſint creditores. Atqui inquies, etiam fiſcus eſt creditor, cùm ſucceſſit in locum creditoris. Fateor, ſed cùm habeat magis proprium & ſpeciale nomen *fiſci*, nihil abſurdi eſt, ſi quis reſcripti verbi vſus dicat, *fiſcum exemplum creditorum ſequi oportere*: cùm tamen abſurdum fuerit dicere, *alios creditores priuilegiarios qui abſentes fuerunt, exemplum creditorum ſequi oportere.*

1 ¶ Si pacto ſubiecta ſit pœna ſtipulatio quæritur, vtrùm pacti exceptio locum habeat, an ex ſtipulatu actio. Sabinus putat, quod eſt verius vtraque via vti poſſe, prout elegerit qui ſtipulatus eſt. Si tamen ex cauſa pacti exceptione vtatur, æquum erit, accepto eum ſtipulationem ferre [a].

Ad §. 1. Si pacto.

Ratio dubitandi. Qui fidem pacti rupit, non ſolùm exceptione pacti ſummouetur, ſed & pœnam quam ſi contra placitum fecerit ſtipulanti rectè promiſit, præſtare cogendus eſt *l.pen. ℸ. de tranſact.* Alioqui ſtipulatio pœnalis vel inutiliter adiecta videbitur, cum circa eam æquè futurum erat, vt pacti exceptionem ſtipulator habiturus eſſet: aut quod abſurdius erit, in damnum ipſius ſtipulatoris ſi adimat ei exceptionem pacti eo caſu, quo velit ille pœnam perſequi ex ſtipulatione. Stipulatio enim pœnalis interponitur, quo magis, non quo minus pactum teneat. *l. ſi pacto. 14. C. h. tit. iunct. l. 3. §. ſi emancipatus de bon. poſſ. cont. tabu. l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Vnde etiam eſt quod dici ſolet ſtipulatione pœnali non nouari præcedentem obligationem. *d. l. ſi pacto. 14. C. h. tit. l. prædia. 18. de act. emp. l. ſi quis à ſocio 41. l. duo ſocietatem 71. pro ſocio l. qui Romæ. 122. §. Flauius de verb. obl.* ne ſtipulatio fauore ſolius ſtipulatoris interpoſita in ipſius odiũ retorqueatur contra. *l. nulla 25. ſupr. de legib. l. 6. C. eod.*

Ratio decidendi. Multùm intereſt an ſtipulatio pœnalis pacto ſubiecta ſit, cum illa clauſula, *rato manente pacto*, an verò ſimpliciter, & nulla retinendi pacti facta mentione. Priore caſu locum habet, quod diximus ex *dicta lege penultima de tranſact. leg. ita ſtipulatus ſum. 115. §. vltimo verſ. quod ſine dubio. de verborum obligatione. leg. cùm proponas. 17. Codice de tranſact.* Poſteriore verò non item, quia non ſolet ſtipulatio pœnalis ſubiungi pacto vt ſtipulator & commodum pacti per exceptionem & pœnam in ſtipulationem deductam per actionem conſequatur, ſed vt alterutrum conueniat. *leg. 12. §. ſi mulier. de pac. do.* id eſt, vel vt metu pœnæ fiat quod pacto comprehenſum eſt, vel vt ſi non fiat præſtetur pœna. *dicta lege ſi pacto 14. Codice hoc titulo. lege vltima reſponſum. 15. lege vbi pactum. 40. Codice de tranſact.* Ita fit vt neque pœnalis ſtipulatio fruſtra interpoſita dici poſſit, neque ad nouandum pactum. Tantùm abeſt, vt nouare poſſet ſtipulationem, ſi qua præceſſiſſet. Vtique enim facilior eſſet pacti, quàm ſtipulationis nouatio. Aliud eſt, ſtipulatio non ſit pœnalis, ſed tamen comprehendat certam ſummam pro taxatione eius quod intereſt, ne ſtipulator probandum habeat quanti ſua interſit ex conſilio. *I.C. in lege vltima. de præt. ſtip.* præcedente ſcilicet ſtipulatione quæ factum contineat, & ex qua præſtandum ſit id quod intereſt. Tunc enim fit quaſi nouatio prioris obligationis poſteriore eam in ſe transferente. *lege obligatione. 44. §. vltimo de oblig. & act.* Quo loco abutuntur nimis euidenter, qui ex eo inferunt, pœnali ſtipulatione nouari præcedentem obligationem: nec illi minùs, qui laborant, vt ad locum illum quaſi pro ea ſententia valdè pugnantem reſpondeant, cùm ibi nulla prorſus fiat mentio pœnæ, cuius tamen adiectio ſola facit vt poſſit debeátque ſtipulatio dici pœnalis, & conſequenter vt impediatur, ſiue nouatio, ſiue quaſi nouatio. Pœna enim eſſet, damnúmque ſtipulatoris, non promiſſoris, ſi per pœnalem ſtipulationem obligatio præcedens nouaretur. Et quiſquis dicit nouari is aut quid pœnæ, aut quid nouatio ſit, aut neutrum potiùs intelligit. Eſt etiam tertius caſus, in quo neque pœnalis ſtipulatio vlla eſt, neque tamen nouatio fit, licèt certa quantitas in ſtipulationem deducatur: nempè ſi nulla præcedat obligatio, ſed ſtipulatio incipiat à conditione hoc modo, *ſi Pamphilum non dederis, centum mihi dare ſpondes.* Hoc enim Pamphilus non in obligatione, ſed tantùm in præſtatione eſt: homine verò non ſoluto, pecunia tantùm debetur, quoniam voluntas contrahentium illa fuit, vt vel homo ſolueretur, vel pecunia peteretur. *leg. ſi ita ſtipulatus ſum. 115. §. fin. de verb. oblig.*

a *Æquum erit accepto eum ſtipulationem ferre.* Oppoſita nimirum contra ſtipulatorem doli exceptione, aut in factum, ſi vtrumque petat, nec alterutro contentus eſſe velit. *leg. 4. §. Labeo ait ~. de doli except. iunct. dicta lege ſi pater. 12. §. ſi mulier de pact. dotal.* Ergo cùm ſit neceſſaria exceptio doli, non negat Vlpianus, imò præſupponit ipſo iure commiſſam eſſe ſtipulationem pœnalem, atque ita non pugnat cum Scæuola in *leg. qui Romæ 122. §. vltimo de verborum obligatione.* vbi ait, non eo minùs committi ſtipulationem pœnalem ipſo iure, quod commodum ſtipulator ſenſerit pacti, cui ſubiecta fuerat ſtipulatio. Nec mirandum eſt Scæuolam nihil addere de ſummouendo per doli exceptionem ſtipulatore, quia nec de eo fuerat interrogatus. Rurſum ex eo quod dicimus, Eum, qui pœnam ex ſtipulatione conſecutus eſt, ſummouendum eſſe exceptione doli, ſi ex priſtina obligatione, tanquam quæ nouata non fuerit agere velit: intelligimus, ſi bonæ fidei contractus fuit in quo pœnalis ſtipulatio interuenerit, ipſo iure tutum eſſe eum, qui pœnam præſtiterit, vt nec vlla egeat doli exceptione, non magis quàm ſi nouatio prioris obligationis per ſtipulationem pœnalem facta eſſet. Nempè ſi tantum ſit in pœna, quanti eius intereſuit: *leg. ſi quis à ſocio 41. pro ſocio. l. prædia 28. de act. empt.* quia bonæ fidei iudiciis exceptiones doli cæteræque omnes inſunt. *leg. 3. de reſcindenda venditione. leg. ſed & ſi ideo 21. ſolut. matrim. leg. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum de legat. 1.* Dices, Quid ergo intereſt an nouatio facta ſit, necne, ſi propter ſtipulationem pœnalem prior obligatio bonæ fidei tollitur ipſo iure? Reſpondeo non tolli per ſtipulationem pœnalem, ſed per electionem & conſecutionem pœnæ: at ne tum quidem tolli abſolutè, ſed ita demum ſi tantùm ſit in pœna, quanti interfuit actoris. Alioqui ſupereſt actio priſtina, ad id quod plus intereſt actoris. *dicta lege prædia 28.* quæ tamen nulla ſupereſſet, ſi nouatio facta eſſet. Ex quo etiam apparet falſam eſſe opinionem Zaſij *reſp. 4.* diſtinguentis, An obligationi faciendi ſubiecta ſit ſtipulatio pœnalis, an obligationi dandi, vt priore caſu nouatio fiat, non etiam poſteriore. Nam in ſpecie *dicta lege prædia 28.* conuenerat in venditione prædiorum, vt emptor aliquid faceret ac ni faceret pœnam ab eo ſtipulatus venditor fuerat: nec eo magis tamen nouatio vlla facta eſſe intelligitur. Nec illa rurſus diſtinctio placet, quàm hic poſuit Cuiacius: an pactum cui ſubiecta eſt pœnalis ſtipulatio factum fuerit de pecunia non petenda, an de re aliqua præſtanda. Vt ſi fuerit de re præſtanda, & ei ſubdatur ſtipulatio pœnæ, vel etiam ius quod intereſt, aut pati debeat promiſſor ſecum agi ex pacto nudo, aut inuitus teneatur ex ſtipulatu. Quam ait ille ſententiam eſſe *leg. nulla. 5. Codice de cont. & commit. ſtipul.* Nam ſubiice pacto nudo ſtipulationem quantum voles, nunquam tamen aſſequêris,

quêtis, vt ex pacto nudo agi poſſit, nec ſi promiſſor conſentiat, ſed ex ſtipulatione agendum neceſſariò eſt *dicta lege. ſi pacto. 14. & leg. pœens. 27. Codice hoc.* & quidem non ad id quod pacto comprehenſum eſt, vt fiat: ſed ad quod in ſtipulationem deductum eſt. Quid enim aliud eſt quod ex ſtipulatione peti poſſit? Neque tamen ſtatim conſequens eſt, vt actor præcisè & omninò conſequatur quantitatem in ſtipulatum deductam. Remanet enim promiſſori libera facultas præſtandi quod promiſit, & euitandi pœnam vſque ad litem conteſtatam. *leg. ſi inſulam 84. de verborum obligatione.* Et ita verum eſt quod ait *dicta lege ſi pacto. 4. Codice hoc titulo.* ſtipulatorem agentem ex ſtipulatione alterutrum conſecuturum, vel vt fiat quod nudo pacto conuenit, vel vt pœna præſtetur, non quaſi vtrumque alternatiuè ſit æquè in obligatione, & in petitione: (ſola námque pœna in ciuili obligatione & in petitione eſt.) ſed quia non poteſt præcisè pœna peti, vt nec præcisè in ſtipulationem deducta fuit, ſed ſub illa conditione, Si placitis non ſtetur. Quæ conditio licèt exiſtere videatur, & re vera exiſtat ſtatim atque petitum etiam extra ius fuit id quod deductum erat in pactum, nec reus pacto ſatisfecit, ita vt ex eo die incipiat poſſe agi ex ſtipulatu: quandiu tamen lis non eſt, id eſt, quandiu ſecuta non fuit litis conteſtatio, (nam ſine conteſtatione lis non eſt, controuerſia tantùm eſt. *leg ſed et ſi leg. 25. §. ſi ante. inf. de petit. hered.*) poteſt promiſſor moram purgare, quod facere non poteſt poſt litem motam & conteſtatam. Itaque non niſi poſt moram & conteſtatam litem verum eſt abſolutè conditionem ſtipulationis extitiſſe, quantum ſcilicet ad effectum exigendæ omnimodò quantitatis in ſtipulatum deductæ. An ergo conteſtatio poterit fieri ex ſtipulatione nondum commiſſa? An potiùs ſtipulatio ſeipſam committat? vt alij volunt, Minimè. Priùs enim eſt vt commiſſa ſit ſtipulatio, quàm vt agi ex ea litiſque conteſtatio ſequi poſſit. Dicendum igitur eſt in ſpecie *dicta lege nuda* moueri litem non ex ſtipulatione, ſed ex ipſo pacto nudo, quippe quod licèt non ſit efficax ad agendum neque ad actionem à prætore impetrandam, ſatis tamen efficax eſt ad mouendam & conteſtandam litem apud prætorem: quia licèt nemo poſſit agere ſine actione *lege 6. §. vltime de neg. geſt.* tamen & petere & litem mouere, & conteſtari poteſt etiam ſine actione. Si quidem nec actio datur à prætore, niſi poſt conteſtationem. Et hoc vnum eſt in quo decipiuntur omnes noſtri interpretes, confundentes hæc duo *petere & agere*, quaſi non magis poſſit quid peti mouendo & conteſtando litem, quàm agi ſine actione, Imò verò petere poteſt etiam is qui nullum ius, nullam actionem habet: Petere, inquam, de facto, quod ſufficit ad implendam conditionem pœnalis ſtipulationis, quæ conditio ſicuti facti eſt, ita de facto intelligi debet, non de iure, vt dicam ad *leg. penult. inf. titul.* Et verò cum actio non detur, niſi per litem conteſtatam, fruſtrà eſt quærere an actio aliena competat tempore conteſtationis, quam vtique non eſt neceſſe competere, vt promiſſor in ius vocari poſſit, aut litem conteſtari, cùm is qui aduerſarium in ius vocat, aut conteſtatur, non cùm agat adhuc quàm actionem inſtituere & petere incipiat, quod meri facti eſt *§. omnium. Inſtitut. de pœn. temer. litig. leg. amplius. 15. rem rat. hab.*

2 ¶ Plerumque ſolemus dicere, doli exceptionem ſubſidium eſſe pacti exceptionis, quoſdam denique, qui exceptione pacti vti non poſſunt, doli exceptione vſuros, & Iulianus ſcribit, & alij plerique conſentiunt: vt putà ſi procurator meus paciſcatur [a], exceptio doli mihi proderit, vt Trebatio videtur: quia putat, ſicuti pactum procuratoris [b] mihi nocet, ita & prodeſſe.

Ad §. 2. Plerumque.

Ratio dubitandi. Quoties pactum interponitur, neceſſe eſt vt vel valeat, vel non valeat. Si valet exceptio pacti danda eſt. *l. iuriſgentium 7. §. ſed cum nulla ſupr. eo.* Si non valet neque doli exceptio danda eſt: quia non facit dolo, qui non vult ſeruare pactum inutile *l. 1. § eum qui de conſt. pecun.* Ergo nullo caſu exceptio doli poteſt eſſe ſubſidiaria exceptionis pacti. Ratio decidendi. Latiùs patet doli exceptio, quam pacti: quia ius pactorum certis regulis continetur, inter quas illa vna eſt, vt pactum vnius alteri neque prodeſſe poſſit, neque nocere. *leg. ſi vnus. 27. §. pacta verſ. ante omnia. ff. hoc titulo.* At exceptio doli nullis niſi æquitatis naturalis finibus coërcetur, habétque locum quoties per occaſionem iuris ciuilis, aut prætorij, venit quis contra naturalem æquitatem: putà contra factum ſuum. *leg. 1. de doli except.* Non eſt igitur nouum vt pacti exceptio locum habere non poſſit, licèt pactum valeat, & tamen locus eſſe debeat exceptioni doli. Exempla peti poſſunt ex *dicta lege iuriſgentium. 7. §. penultimo. ſuprà eodem.* Addit hîc aliud exemplum Vlpian. Si procurator meus paciſcatur tecum ne petas. Nam ex hoc pacto non poteſt quidem exceptio pacti mihi acquiri, ſed acquiretur exceptio doli: hactenuſque mihi proderit pactum procuratoris mei, quia non minùs dolo facis, cùm venis aduerſus pactum à meo procuratore initum, quàm ſi mecum pactus eſſes: licèt verum etiam ſit pactum cum alio, quàm cum me initum eſſe, ideóque pacti exceptionem mihi dandam non eſſe. Alia exempla duo ſunt in *l. ſi cum emptore.*

a *Si procurator meus paciſcatur.* Ratio dubitandi. Ex procuratoris mei ſtipulatione acquiritur mihi interdum actio, ſaltem vtilis, etiam circa ceſſionem. *leg. in cauſa 27. in fin. de procurat.* Ergo multò magis ex pacto procuratoris mei acquiretur mihi exceptio pacti, ſaltem vtilis, quia facilius eſt vt exceptio, quàm vt actio acquiratur. *leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt. leg. 1. in princip. de pign.* Ratio decidendi. Per procuratoris perſonam, cùm ſit libera, nihil omnino acquiri nobis poteſt, excepta cauſa poſſeſſionis, in qua hoc ſpeciali iure vtilitatis cauſa receptum eſt. *l. 1. & 2. C. per quas perſ. nobis acquir. l. per procuratorem. 8. C. de acq. poſ.* Ergo neque actio, neque exceptio. Præterquàm cùm tractatur de ſtipulatione prætoria quæ cùm per procuratorem meum interponi poſſit, mihi quoque vtilem actionem poteſt acquirere. *dicta lege in cauſa 27. in fin. & lege ſequenti de procur.* Alioqui ceſſione opus eſt, in eámque rem mandati actione. *leg. poſſeſſio. 49. §. vltimo de acquir. poſſeſſ.* At pactum prætorium nullum eſt, ſaltem eo ſenſu, quo prætorias ſtipulationes appellamus, nulláque pacti exceptio vtilis. Nam cum vtilis dicatur actio, quæ datur ex æquitate, pacti autem exceptio, vt & alia quælibet non niſi ex æquitate dari poſſit, non poteſt ea diſtinctio directæ & vtilis exceptionis induci, ſed quæ ad agendum dicitur vtilis actio ex ſtipulatu ea ad excipiendum dicitur exceptio doli, vel in factum, quæ ſubſidiaria eſt non tantùm exceptionis pacti, ſed etiam aliarum omnium exceptionum.

b *Pactu procuratoris.* Ratio dubitandi. Si procuratoris mei pactum mihi prodeſſet: Ergo ex pacto mei procuratoris danda mihi eſſet pacti exceptio, quod tamen proximè negauimus. Et rurſum ſi mihi non prodeſt, tanquam inter alios initum. Ergo non eſt mihi ex eo danda doli exceptio, quod tamen hîc Vlpianus adfirmat. Ratio decidendi. Prodeſt mihi pactum procuratoris mei, ſed hactenus tantùm, vt pariat & acquirat mihi exceptionem pacti: quia verum eſt pactum inter alios initum eſſe. Sic & illud intelligendum eſt, quod hîc dicitur procuratoris mei pactum mihi nocere. Hactenus ſcilicet vt ob id pactum repelli debeam exceptione non pacti, ſed doli. Nempe ſi procurator meus fuit ad negotia, ſiue ei

mandaui

mandaui ſpecialiter vt paciſceretur, ſiue rerum mearum omnium procurator fuit, non etiam ſi ad actionem, id eſt ad lites tantùm, vt ſequitur in *lege nam & nocere*. 12. & *lege ſequenti*. ℐ. *eo*. Aliud eſſet ſi pactum initum eſſet cum ſeruo meo. *lege ſi conſenſit*. 7. §. *ſed ſi quibus mod. pign. vel hyp. ſol.*

11. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

QVia & ſolui ei poteſt.

Ad leg. Quia & ſolui 11.

Ratio dubitandi. Adiecto ſolutionis cauſa rectè ſoluitur, etiam inuito ſtipulatore, quia certam conditionē ab initio habuit ſtipulatio, quam poſtea immutare ſtipulator non potuit. *l. vero procuratori*. 12. §. alia cauſa eſt. *l. aliud. eſt* 106. *de ſol.* Idem eſt ſi poſt ſtipulationem mandauerim debitori meo, vt tibi ſolueret, niſi quod hoc caſu poſſum re integra reuocare mandatum *dicta lege. aliud eſt* 106. ſed & ei qui in mea poteſtate eſt ſolui poteſt, quod mihi debetur, ſi non tam obligationis quàm ſolutionis gratia pater filij perſonam in ſtipulatione comprehendiſſe videatur, vt in *l. eum, qui ita* 56. §. *qui ſibi de ver. oblig.* aut ſi pecunia ab eo credita ſit. *l. non ideo*. 25. *de nouat.* Et tamen nemini iſtorum licet paſcicendo conditionem meam facere deteriorem, ſicuti nec nouando. *l. cui rectè* 10. *l. non ideo*. 25. *l. ſi is cui decem*. 26. *de nouat.* Ergo non eſt bona ratio, qua hîc Paulus vtitur, vt pactum procuratoris mei nocere mihi debeat, quia & ei ſolui poteſt. Ratio decidendi & conſecutio non ſemper generaliter vera eſt affirmatiuè, ſed negatiuè; id eſt, non vt paſcici poſſit quilibet, cui ſolui poteſt, ſed vt non poſſit paciſci is, cui nec ſolui poteſt. At in procuratore bonorum vniuerſorum, de quo hîc agitur, bona ratio eſt ſemper & affirmatiuè & negatiuè: quia eiuſdem poteſtatis & autoritatis eſt paciſci, & accipere ſolutionem, cùm proficiſcatur vtrumque ex voluntate illius qui procuratorem dedit. Nam qui omnibus ſuis negotiis aliquem præponit, intelligitur etiam debitoribus ſuis mandare, vt procuratori ſoluant. *lege qui hominem*. 34. §. *ſi Titium de ſolut.* aut cum eo paciſcantur: dum ne quid dolo malo, & diminuendi patrimonij gratia fiat. *lege contra*. 28. §. *ſi filius* ℐ. *hoc titul. leg.* 17. §. *vltim. de iureiur.* ſicut & vt ipſe creditoribus ſoluat. *l. quodlibet*. 87. *de ſol. dicam ad leg. mandato*. 60. *de procur.*

12. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

NAm & nocere conſtat: ſiue ei mandaui, vt paciſceretur [a], ſiue omnium rerum mearum procurator [b] fuit: vt & Puteolanus lib. 1. adſeſſoriorum ſcribit: cùm placuit: eum etiam rem in iudicium deducere.

Ad l. Nam & nocere. 12.

a *Siue ei mandaui vt paciſceretur.* Ratio dubitandi. Quod fit mandato meo, præſertim ſpeciali, perinde habendum eſt ac ſi à meipſo factum eſſet: quia nihil intereſt an per me quid faciam, an per alium. *leg.* 5. §. *quod ſi quis de adminiſtr. tutor. leg. ſi quis id*. 7. §. *vlt. ſuprà de iuriſdict. leg.* 1. *de eo per quem fac. erit.* Ergo hoc caſu danda mihi eſt ex pacto procuratoris mei exceptio, non tantùm doli, ſed etiam pacti. Ratio decidendi. Quod quis facit tanquam procurator eum obligat illi cuius procurator eſt, putà vt actionem vel exceptionem quam eo facto ſuo acquiſiit præſtare domino teneatur. *leg. poſſeſſio quoque* 49. §. *vltimo de acquir. poſſeſſ.* ſed non facere poteſt, vt quod à procuratore geſtum eſt, à mandante re vera geſtum dici poſſit. Alioqui dicendum eſſet ex procuratoris mei ſtipulatione, cui ſpecialiter mandaſſem, vt meo nomine ſtipularetur directam actionem ſine ceſſione mihi acquiſitum iri, quod tamen nemo vnquam dixit, ne Tribonianus quidem. Cùm igitur pacti exceptio poſſit acquiri meo procuratori, non eſt quod mihi acquiratur, licet mandauerim ei ſpecialiter vt paciſcatur. Sed eſt mihi neceſſaria exceptio doli, vt dictum eſt in §. *vltimo leg. reſcriptum* 10. *ſuprà.* Ea verò mihi acquiritur non per procuratorem, cui ſufficit exceptio pacti, ſed ex dolo aduerſarij mei, qui contra propriam conuentionem cum procuratore meo initam vult venire. Nam & inde eſt quod doli exceptio latiùs patet quàm pacti, quia hæc non niſi ex pacto noſtro, illa verò ex aduerſarij dolo naſcitur.

b *Siue omnium rerum mearum procurator.* Ratio dubitandi. Procurator omnium bonorum non poteſt transigere decidendi cauſa, niſi ſpecialiter id ei mandatum ſit. *leg. mandato*. 60. *infrà de procur.* Ergo neque paciſci cum tranſactio nihil ſit niſi pactum. *leg.* 1. *& paſſ. infrà tit. prox.*

Ratio decidendi. Imò poteſt tranſigere, cùm poſſit etiam iuſiurandum deferre. *dicta lege iuſiurandum*. 17. §. *vltim. de iureiur.* Nam & iuſiurandum ex delatione præſtitum, vim tranſactionis obtinet. *lege* 2. *eodem titulo.* niſi tranſactio fiat dolo malo & deminuendi cauſa, vt ſcriptum eſt in *l. Lucius Titius*. 46. §. *vltimo de adminiſtratione tutorum. leg.* 7. §. 1. *qui mo. pign. vel hyp. ſoluti.* Nec pugnat *dicta lex mandato* 60. vbi ob hanc cauſam pro *decidendi*, legendum eſſe *diminuendi* adfirmauit Cuiacius ad §. *ſi cui libera Inſtitut. de rerum diuiſione.* De quo dicam latiùs ad *d. l. mandato* 60. *de procur.*

c *Eum etiam rem in iudicium deducere.* Ratio dubitandi. Rem in iudicium deducere ſolus dominus poteſt, ne alioqui nullius momenti ſit res iudicata, tanquam inter alios iudicata. Vnde eſt quod vt iudicium ratum fiat ſolent interponi cautiones de rato, *lege prima*, *Codice de procuratoribus.* Atqui procurator etiam negotiorum omnium non eſt dominus, cùm ne quidem litis dominus fiat, niſi per conteſtationem. *lege procuratoribus* 22. *lege nulla*. 23. *Codice eodem titulo de procurat.* Ergo rem in iudicium deducere non poteſt. Ratio decidendi. Non poteſt, eam in iudicium deducere ſuo nomine, quia dominus rei non eſt, ſed eius nomine cuius procurator eſt, poteſt, adeò vt nec cogatur cauere de rato, cùm proferat mandatum, ſi modò neque de veritate neque de validitate mandati dubitetur. *dicta lege* 1. *Codice de procurat.* Nam & in eam maximè rem inductus eſt vſus procuratorum, vt per eos non tantùm res noſtras defendere, ſed etiam actiones exercere poſſemus. *l.* 1. ℐ. *eo. ill. tit.*

13. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

SEd ſi tantùm ad actionem procurator factus ſit, conuentio facta domino non nocet: quia nec ſolui poſſit [a].

Ad l. ſed ſi tantùm 13.

Ratio dubitandi. Ei, qui in ius vocatur permittendum eſt, vt dum in ius venitur, poſſit tranſigere: ne inuitus iudicium ſuſcipere cogatur. *leg. neque impuberes*. 22. *de in ius vocand. leg. ſi reus*. 73. *infra de procur.* & *leg. ſi debitori meo* 21. *de iudic.* iunct. *leg.* 1. §. *inde quæritur. de operis noui*

noni nuntiat. Ergo cui permittitur aduerſarium in ius vocare, multo magis permittitur paciſci, & tranſigere de lite. Quomodo dicimus de iudice, Eum qui condemnandi ius habet, multo magis abſoluendi ius habere. *l.3. de re iudic. l.nemo qui. 37. de regulis iuris. l. cùm fideicommiſſum. 7. de confeſſ.*

Ratio decidendi. Poteſt quidem is qui in ius vocatus eſt paciſci, vel traoſigere de lite, ſi velit, ſed cum eo, qui rei & negotij dominus eſt, oon cum procuratore ad litem duotaxat dato. Nec ſi factus ille ſit dominus litis per cooteſtationem, quia aliud eſt dominum eſſe litis, aliud verò dominum eſſe negotij. Indéque eſt, quod nec ſolutionem accipere poteſt: quia nec iudicati actionem habet. *l.hoc iure.86. de ſolut.* Egreditur enim ea res mandati terminos, qui diligenter ſunt cuſtodiendi. *l. diligenter igitur. 5. mand.*

a *Quia nec ſolui poſſit.* Ratio dubitandi. Fit dominus litis per conteſtationem. *l.procuratoribus.22. & l.nulla.23. C. de procur.* Ergo & ſolutionem accipere tanquam dominus poteſt: prærtertim cùm exactio nihil aliud ſit, quàm effectus actionis & emolumentum. *l. nam is nullam. 6. de dolo. lege vltima quæ in fraudem credit.* vt proinde fruſtra videatur alicui maodari actio: niſi etiam exactio mandetur. Ratio decidendi. Procurator datus ad agendum ſit quidem dominus litis per conteſtationem, ſed non dominus rei & cauſæ & negotij. Ergo ſolutionem accipere non poteſt, vt nec habere iudicati actionem. *dicta lege hoc iure. 86. de ſolut.* quia cùm per rem iudicatam lis finiatur, ſi neque appellatio interceſſerit, neque appellari amplius poſſit. *leg. & poſt rem. 7. infr. tit. 1. leg. eleganter. 23. iuncta leg. in ſumma.65. § 1. de condict. indebit.* conſequens eſt vt mandatum quoque finiatur, quod ad litem fuerat coarctatum: ac proinde vt ſi eo tempore procurator ſolutionem accipiat, verum ſit accipere ſine mandato. Sed & ſi durante lite accipiat, idem erit, ſed alia ratione: id eſt, non quia finitum ſit mandatum, ſed quoniam fines mandati hoc excedit. *dicta lege diligenter. 5. mandati.* Nec quod in exactione conſiſtat emolumentum actionis ad rem faciat. Alia enim cauſa eſt actionis, alia exactionis: nec quemadmodum is qui dat mandatum ad aliquid conſequens, cenſetur mandare illa etiam omnia quæ ſunt antecedentia: ita poſſis è contrario dicere, mandato antecedenti videri mandata etiam conſequentia omnia, quoniam vt dicunt logici, poſito antecedenti noo ſtatim ponitur conſequens, quomodo è conuerſo poſito conſequenti ponitur neceſſarium antecedens *leg. ad rem mobilem. 56. leg. ad legatum 62. de procur. l. 2. de iuriſd.*

1 ¶ Sed ſi in rem ſuam datus ſit procurator, loco domini habetur, & ideo ſeruandum erit pactum conuentum [b].

Ad §. 1. Sed ſi in rem ſuam.

Ratio dubitandi. Etiam procurator in rem ſuam verè procurator eſt, & alieno nomine agit quod agit. *leg. qui ſtipendia 9. Codice de procuratoribus.* ideóque nec impedire poteſt, quominus is qui directas actiones mandauit, ipſe quoque re integra eas exercere poſſit. *leg. 3. Codice de nouat.* & eum cuius procurator eſt, cogitur inuicem defendere, niſi fortè ex oeceſſitate fuerit factus. *lege ſi quis 31. fin. infrà de procuratoribus.* Ergo eadem iſtius, quæ aliorum procuratorum ad lites ratio eſſe debet, vt paciſci oon poſſit. Ratio decideodi. Quamuis hic quoque procurator ſit, hoc tamen ampliùs iuris habet, quàm cæteri procuratores: quòd non alieno negotio fungi intelligitur, ſed ſuo proprio *dicta lege qui ſtipendia. 9. Codice de procuratoribus.* quia tametſi agat alieno nomine, agit tameo ad propriam ſuam vtilitatem, & propriam litem agitat. *leg.25. infrà eodem. ill. titul.* ideóque non ſolùm paciſci, ſed etiam iuſiurandum deferre poteſt. *dicta lege iuſiurandum. 17. §. vltimo de iureiurando.* procuratorem alium facere etiam ante litem conteſtatam, quod alij procuratores noo poſſunt. *lege nulla. 23. Codice de procuratoribus.* item accipere ſolutionem, & agere iudicati, ſicut & conueniri. *lege 4. in fin. princ. de re iudic.* quod etiam in cæteris procuratoribus diuerſum eſt. *leg. ſi procurator. 28. de procuratoribus.* Denique procurator in rem ſuam factus reuocari non poteſt, nec eius morte finitur mandatum, quia non debet carere propria lite. *dicta lege quæ omnia. 25. eo.* Idque eſt quod hîc Paulus ait, domini loco eum haberi.

b *Seruandum erit pactum conuentum.* vt ſcilicet noceat & procuratori ipſi per exceptionem pacti, & ei qui procuratorem conſtituit, per exceptionem doli. Sic enim hoc accipiendum eſt.

14. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

ITem magiſtri ſocietatem [a] pactum & prodeſſe, & obeſſe conſtat.

Ad l. Item magiſtri. 14.

a *Magiſtri ſocietatem.* mallem legere *ſocietatis.* Magiſter ſocietatis ille eſt, cui præcipua cura incumbit eorum, quæ ad ſocietatem pertinent. Vnde & *magiſtratus* dicti ſunt, quaſi magiſtri reipublicæ, cuius nimirum præcipua cura iis incumbit. *leg.cui præcipua 57. de verborum ſignificatione.* Ratio dubitandi. In re communi nihil poteſt facere ſocius ignorante ſocio, vel inuito: imò etſi diſſentiant, potior eſt cauſa prohibentis. *leg. Sabinus 28. comm. diuid. leg. in re communi 26. urb. præd.* Inuitus autem intelligitor etiam qui non contradicit, ſi modò non conſentiat. *leg.5. eod. titul. leg. filiusfamilias 8. §. inuitus. infrà de procurat. leg. in eo iure 45. §. deinde. de ritu nupt.* Ergo neque magiſter ſocietatis paciſci poteſt ignorantibus ſociis, cùm & ipſe ſocius ſit, nec habeat dominium in rebus communibus, niſi pro ſua parte.

Ratio decidendi. Magiſter ſocietatis non tantùm ſocius eſt, ſed plus quàm ſocius, quia ſociorum omnium procurator eſſe intelligitur, & mandatum ab iis habere, vt gerat omnia quæ pertinent ad ſocietatem, cui ab ipſis præpoſitus fuit. Ergo proderit ſociis pactum, noo ad exceptionem pacti, ſed ad exceptionem doli, eodémque modo iis oberit. *l. nam & nocere 12. ſupr. eo.* Scilicet ſi pactum ſit de re ad ſocietatem pertinente. Nam extra hanc cauſam magiſter ſocietatis neque ſocius, neque ſociorum procurator videri poteſt: quanquam nec ſocium eſſe ſufficeret: vt vnius pactum alteri noceret. *l. ſi vnus 27. in pr.].*

15. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

TVtoris quoque (vt ſcribit Iulianus) pactum pupillo prodeſt.

Ad l. Tutoris 15.

Ratio dubitandi. Tutoris pactum pupillo nocere non poteſt: quia tutoribus conceſſum eſt tantùm exigere pecuniam à debitoribus pupilli, vt ipſo iure liberentur, non etiam donare, aut diminuendi cauſa cum iis tranſigere. *l. Lucius Titius 46. §. vltimo de adminiſtratione tutorum.* Ergo neque prodeſſe poteſt. Quorum enim pacta nobis prodeſſe ſolent, eorum ſolent & nocere: vt proximè dictum eſt de pacto inito per procuratorem generalem,

vel per magiſtrum ſocietatis. *leg. reſcriptum* 10. §. *vltimo, & ſeqq. eod.* Ratio decidendi. Tutores pupillis dantur, vt eis proſint, non vt noceant, & dominorum loco habentur cùm benè adminiſtrant, & ex pupilli vtilitate, non etiam ſi rem pupillarem dilapident. *l.* 4. § *illa etiam quaeſtio. de doli except. leg. qui fundum.* 7. §. *ſi tutor. pro empt. leg. interdum* 56. §. *qui tutelam. de furt. leg. tutor* 8. *de bonorum poſſeſſione.* Facilius ergo & æquius eſt, vt pactum tutoris proſit pupillo, quàm vt ei noceat. *leg. contra iuris* 28. §. 1. vbi de curatore furioſi, aut prodigi hoc ipſum ſcriptum eſt. infrà eodem. Proinde verum non eſt, quod ſcribit Cuiacius ad *legem item* 4. *ſupr.* eandem rationem eſſe tutorum & curatorum, quæ eſt procuratorum ad negotia, & magiſtrorum ſocietatem. Horum enim pacta tam nocent quàm proſunt per doli exceptionem, vt diximus. Illorum non item: quia licèt tutore ſint plus quàm procuratores, cùm etiam dominorum loco habeantur: non tamen à pupillo ipſo mandatum habere intelliguntur, vt neque curatores à minore, vel à prodigo, vel a furioſo, ſed a lege. Lex autem dat iis gerendi facultatem vt benè gerant, non vt patrimonium fidei ſuæ commiſſum diminuant. *dicta lege Lucius Titius* 46. §. *vltimo, de adminiſtratione tutorum.* Atqui, inquies, etiam tutoris dolus nocet pupillo, adeóque ſiue pupillo cautum ſit, ſiue non: & ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non ſit. Vnde enim diuinat is, qui cum tutore contrahit? inquit Vlp. *in d.* § *illa etiam quaeſtio.* Sed de eo dicam ad illum locum & ad *le.* 15. *j. de dolo.*

16. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

SI cum emptore hereditatis pactum ſit factum, & venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo reſcriptum eſt à D. Pio, vtiles actiones [a] emptori hereditatis dandas, meritò aduerſus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius vti poteſt.

Ad l. Si cum emptore 16.

Ratio dubitandi. Venditor hereditatis, ſicut non poteſt vendere hereditatem, quin iam antea factus ſit heres, ita & poſt venditionem heres remanet: adeò vt & conuenire poſſit debitores hereditarios, & à creditoribus hereditariis viciſſim ſolus conueniri. *leg.* 2. *Codice de her. vel act. vend.* Qui enim ſemel heres fuit ſemper heres manet. *leg. ait prætor* 7. §. *ſed quod Papin. de minor. leg. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtitut.* Ergo pactum cum emptore hereditatis factum non debet nocere venditori agenti ex propria perſona, tanquam inter alios factum. *leg. ſi vnus* 27. §. *pacta in fine huius tituli.* Faciliùs enim eſſet vt pactum initum cum venditore, noceret emptori, quàm è contrario: quia emptor ius habet à venditore, non venditor ab emptore. *leg. ſæpè conſtitutum.* 63. *de re iud. l. ſi à te* 9. §. *vlt. de excep. rei iud.*

Ratio decidendi. Vel ponimus directas actiones emptori à venditore mandatas fuiſſe, vel non fuiſſe. Si mandatæ fuerunt, hoc ipſo intelligitur emptori conſtitutus procurator in rem ſuam: ideóque pactum cum eo initum nocere debet ei, qui mandauit, ſaltem per exceptionem doli. *leg. ſed ſi tantùm* 13. §. 1. *ſuprà.* Si mandatæ non fuerunt directæ adhuc verum eſt emptorem habere vtiles ex propria perſona poſt reſcriptum Diui Pij: quarum poteſtate potuit, etiam inuito venditore, agere contra debitores hereditarios. Cur non ergo potuerunt debitores hereditarij cum eo paciſci, cui vt etiam ſoluerent cogi à prætore potuerunt? argum. *leg. quod autem* 6. §. *apud Labeonem. quæ in fraud. cred.* Proinde danda iis erit exceptio doli aduerſus venditorem, ſi agat contra formam pacti: quia facto ſuo dedit cauſam neceſſitati pactionis cum emptore ineundæ, quam alioqui debitores hereditarij non cum alio, quàm cum venditore ipſo, eodémque herede inire aut noluiſſent, aut potuiſſent. *lege ſicut* 8. §. *ſi procurator* 2. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſolu.* Nec proinde rem facit quod venditor heres maneat, directáſque actiones retineat. Nam etſi in iis exercendis vellet concurrere cum emptore, habente vtiles tantùm ex propria perſona, poſt reſcriptum Diui Pij, emptor ei præferretur. *lege procuratore* 55. *de procuratoribus.* Ergo & potentius eſſe debet pactum initum cum emptore, quàm ſi initum eſſet cum venditore. vtiles enim actiones ſemper potentiores ſunt directis. ſi quidem directæ ſunt plerumque ſine re, vtiles verò nunquam ſunt ſine re: ideóque vtiles appellantur, tanquam quæ totam rei vtilitatem habeant. Aliud igitur erit ſi heres non hereditatem, ſed rem aliquam hereditariam vendiderit. *dicta lege ſi à te hereditatem* 9. §. *vltimo de except. rei iudic.* quia reſcriptum Diui Pij non dedit vtiles actiones emptori alicuius rei hereditariæ, ſed emptori hereditatis, qui licèt ſit ſucceſſor ſingularis, tamen emptor vniuerſitatis eſſe intelligitur, in qua vniuerſitate actiones eſſe poſſunt, non etiam in re aliqua ſingulari, niſi ponas venditum fuiſſe nomen aliquod hereditarium, quia cùm ipſum in actione conſiſtat, dubium non eſt quin ex venditione nominis competat etiam vtilis actio emptori, protracto ſcilicet ad hunc etiam caſum reſcripto Diui Pij, quod non fuerat locutum, niſi de emptore hereditatis, *leg. emptor* 5. *lege poſtquam* 7. *leg. ex nominis* 8. *Codice de hered. vel action. vend.* ſicut & protractum eſt ad legatarium nominis. *leg. ex legato* 18. *Codice de legat.* & ad maritum, qui nomen aliquod in dotem acceperit. *lege* 2. *Codice de obligat. & action.* & ad eum cui nomen datum eſt in ſolutum. *lege vltima. Codice quand. fiſc. vel priuat.* Idem nominatim conſtitutum eſt in contutoribus, quorum vnus ſolidum ſoluerit pupillo, nec ab eo tamen mandatas aduerſus contutorem acceperit actiones. *leg.* 1. §. *nunc tractemus de tutel. & rat. diſtr.* Sed ad illum caſum non poteſt hæc lex pertinere: quia pupillus, cui ab alio ex tutoribus ſatisfactum eſt in ſolidum, nihil iuris habet nullámque actionem directam, quam poſſit ne quidem ſummo iure exercere, contra alium tutorem qui nihil ſoluit cum ſolutione totius debiti ab vno ex tutoribus facta, omnes ipſo iure liberati ſint à pupillo. Proinde non poteſt dari caſus, in quo poſſit ex pacto inito cum tutore, qui vtilem actionem habuit dari exceptio doli aduerſus pupillum, quandoquidem ea exceptio præſupponit, vt & cæteræ omnes, actionem aliquam: quæ hîc nulla eſt. At in cæteris omnibus caſibus hæc lex locum habebit, quia ſiue nomen aliquod venditum ſit, ſiue donatum, ſiue legatum, ſiue in ſolutum, aut in dotem datum, ſuperſunt actiones directæ, quæ ſi exerceantur, quomodo poſſunt exerceri ipſo iure, inducunt neceſſitatem opponendæ exceptionis doli, propter pactum initum cum eo, qui ex propria perſona habuit vtiles. An verò ſimiliter dicemus, Ex pacto inito cum venditore aut alio, qui directas habuit repellendum exceptione doli eum, qui habet vtiles? Alia quæſtio eſt, de qua dicemus ad *leg. infrà tit. prox.*

a *Vtiles actiones.* Intellige actiuas, non paſſiuas: ad differentiam fideicommiſſarij, vniuerſalis in quem ex ſenatuſconſulto Trebelliano tranſeunt actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant: id eſt tam paſſiuæ quàm actiuæ. *leg.* 1. *leg. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano infrà ad SC Trebell.* Ratio dubitandi. Quemadmodum fideicommiſſarius loco heredis eſt *lege* 2. *eodem titulo.* ita & emptor hereditatis. *leg.* 2. §. *cùm quis de hered. vel act. vend. leg. ſi ei* 9. *commu. præd.* Ergo quemadmodum fideicommiſſarius poteſt vtilibus actionibus conueniri à creditoribus hereditariis, ita & emptor hereditatis. Ratio decidendi. In fideicommiſſario illud obtinet ex auto-

ritate Senatuſconſultum Trebelliani, quo id ipſum nominatim ita conſtitutum eſt, non vi & poteſtate reſtitutionis: quia & reſtitutio hereditatis non poſſet transferre in fideicommiſſarium, niſi quod fuiſſet in bonis defuncti, in quo numero non ſunt actiones paſſiuæ, quas ideò æris alieni appellatione ſolemus ſignificare. *l. æs alienum* 213. §. *æs alienum de verborum ſignificatione.* At in emptore hereditatis nihil tale à Diuo Pio, aut ab alio nunquam conſtitutum eſt. Sola autem venditio hereditatis non poteſt eam vim habere, quia licèt hereditas ſit nomen iuris, & vniuerſitatis, titulus tamen emptionis eſt ſingularis. Actiones autem ſiue actiuæ, ſiue paſſiuæ nunquam ſequuntur ſingularem ſucceſſionem. *lege vltima.* §. 1. *de contr. empt. lege* 1. §. *ſi heres. ad Trebellianum.* Paſſiuæ autem multò minùs, quia non fuerunt, vt dixi in bonis defuncti, nec tranſeunt in heredem, niſi ex poteſtate legis 12. tab. quæ tamen de ſolo herede locuta eſt, non etiam de emptore hereditatis. Heres igitur ſolus remanet obligatus oneribus hereditariis, licèt emptor, quem ipſe in locum ſuum ſubſtituit teneatur actione ex vendito indemnitatem ei præſtare. *d.* §. *cùm quis & d. l.* 2. *Codice de hered. vel act. vend.*

1 ¶ Sed & ſi inter dominum rei venditæ, & emptorem conueniſſet, *vt homo qui, emptus erat, redderetur ei, qui pro domino rem vendidit*: petenti ei pretium, doli exceptio nocebit [a].

Ad §. 1. *Sed etſi.*

Ratio dubitandi. Venditio quæ fuit impleta ex parte venditoris ſecuta traditione, non poteſt reſolui nuda voluntate, ne quidem eorum ipſorum qui contraxerunt, ſed retrotraditione opus eſt, vt ab emptione diſcedatur. *lege ab emptione* 58. ¶. *hoc titulo.* Atqui nulla hîc facta fuerat retrotraditio, ſed adhibita dumtaxat conuentio, vt homo qui à procuratore venditus erat, procuratori redderetur: eáque conuentio non à procuratore ipſo, qui vendiderat, ſed à domino, qui non vendiderat, facta proponebatur. Ergo emptio ſubſiſtebat conſequenter pretium per procuratorem peti poterat actione ex vendito. *leg. ex empto* 11. *de act. empt.* nec dolo facere videri debet, qui iure ſuo vtitur. *leg. ſi duorum* 52. *eod. leg. nullus videtur* 55. *leg. nullus videtur* 55. *leg. factum cuique* 155. §. 1. *de regulis iuris.* Ratio decidendi. Negotium huius venditionis, licèt à procuratore geſtum ſit, tamen non ad procuratorem pertinet, ſed ad dominum pro quo ille vendidit. Domini ergo voluntas exquirenda eſt magis, quàm procuratoris. Atqui dominus voluit, & pactus eſt cum emptore, vt homo venditus redderetur. Ergo dolo facit procurator, ſi pretium venditionis pergat petere contra voluntatem illius, cuius procurator eſt. Apertè enim ſenſit dominus, vt pretium peti non poſſet, licèt nihil de pretio dixerit: quia bona fides non patitur, vt venditor & rem & precium habeat, adeò vt neque per conuentionem id fieri poſſit. *dicta lege ex empto* 11. §. *vltimo. & lege bona fides* 50. *de act. empt.* Nihilque intereſt, quod ad exceptionem doli attinet, an venditio ipſo iure re ſoluta ſit, an re ſoluenda. Intereſt ſanè, quantum ad hoc, vt ſciatur, an vendenti actio ipſo iure competat, & ſalua ſit procuratori an non.

a *Doli exceptio nocebit.* Sed cur non pacti? An quia pactum hoc cum alio factum ſit, vt putat Cuiacius. Eſt quidem vera hæc ratio: quoniam alia eſt perſona domini, alia procuratoris. Sed non eſt germana. Dicendum igitur eſt, quia nec ſi dominus ipſe, qui pactus eſt, peteret precium: repelli tamen poſſet exceptione pacti: cùm in pacto nihil dictum ſit de precio, ſed tantùm de homine reddendo. Eſſet itaque doli exceptio neceſſaria contra dominum, quaſi dolo malo facientem in eo, quod & rem, & pretium habere vellet. Multò magis neceſſaria eſt contra procuratorem, qui ipſe pactus non fuit. At non erit neceſſaria in emptorem replicatio venditori, vt homo reddatur: quia nec aliter doli exceptionem habere poteſt emptor, quàm ſi re ipſa hominem reddat. cùm alioqui ex pacto de homine reddēdo non poſſet dari actio, vt redderetur. Quod non ſatis benè videtur obſeruatum à Cuiacio. Illud melius quod ait in hac lege duo proponi exempla, in quibus exceptio doli ſubſidiaria ſit exceptioni pacti: quod & nos iam adnotauimus ad *leg. reſcriptum.* 10.

17. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI tibi decem dem: & paciſcar, *vt viginti mihi debeantur*: non naſcitur obligatio vltra decem. re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit.

Ad l. Si decem 17.

Ratio dubitandi. Nihil tam fidei humanæ congruum eſt, quàm pacta ſeruari. *leg.* 1. *leg. iuris gentium* 7. §. *ait prætor. ſupra eo.* Ergo etiam pactum ſeruandum eſt, cùm neque ſit contra leges, neque contra bonos mores: debeátque ſibi imputare is qui ita pactus fuit. Nec enim vlla fit volenti iniuria, *lege in diem* 9. §. 1. *de aqua & aqua pluu. arc.* Ratio decidendi. Pactum hoc licèt non ſit contra leges, neque contra bonos mores, tamen eſt contra naturam & ſubſtantiam contractus mutui, qui cùm re perficiatur, non poteſt parere obligationem, niſi quatenus re vera datum & numeratum eſt. *leg. rogaſti* 11. §. *penultimo de rebus creditis. leg. cùm vltra* 9. *Codice de nonnu. pecun.* Atqui non fuerunt hîc numerata niſi decem: ergo nec per pactum fieri poteſt, vt viginti debeantur. Quare neque ad rem pertinebit, ſi quis dicat pacta incontinenti facta, etiam poſt contractum ſtricti iuris ineſſe contractui, vt pariant actionem. *lege lecta* 40. *de rebus creditis. leg. Titius* 34. *de præſc. verb.* Id enim non pertinet ad pacta, quæ fiunt contra naturam & ſubſtantiam contractus: & tamen de ea re, quæ non poſſit facere vt negotium in alium contractum degeneret. Talia enim pacta, quæ contractum nec formare, nec infirmare, nec transformare poſſunt, neceſſe eſt penitus infirmari: vt dixi ad *leg. iuriſgentium* 7. § *quinimò ſuprà ex leg. cùm precariò* 12. *infrà de precar.* Atqui nullus contractus eſt, quò poſſit induci, vt decem dumtaxat numeratis viginti debeantur. Niſi ponas ſtipulationem interueniſſe: quo caſu erit quidem vtilis ſtipulatio, vt ipſo iure viginti poſſint peti: ſed vſque ad decem dumtaxat cauſam aliquam habere intelligetur. *lege in diem* 5. *& lege ſequenti de noua.* ſupra eam quantitatem videbitur facta ſine cauſa: quæ res dabit promiſſori exceptionem doli contra ſtipulatorem. *lege* 2. §. *circa de doli except.* Nam quod putat Cuiacius, quicquid excedit numeratam quantitatem, iure donationis peti poſſe poſtquam placuit Iuſtiniano in *leg. ſi quis argentum* 35. §. *penultimo. Codice de donat.* donationem perfici nudo conſenſu, non puto probabile, ſi non aliunde animus donandi probetur. Nec enim ſolet quiſquam accipere mutuam pecuniam, niſi qua indigeat. Nemo autem in neceſſitate & indigentia liberalis eſt. *leg. rem legatam* 18. *de adim. legat.* Non idem eſt, ſi is, cui decem dumtaxat debebantur, pactus ſit ne viginti petas. Vtile enim erit pactum in decem: ſicut & ſi, cùm viginti deberentur pactus ſit ne decem petat. *lig. ſi vnus* 27. §. *ſi cùm decem.* vbi *dicam infrà eodem.* Nam etſi mutua tibi dem viginti, & paciſcar, vt non debeas niſi decem: ipſo iure ampliùs quàm decem non debebis. *dicta lege rogaſti* 11. §. *ſi tibi de*

rebus

rebus creditis. Vt enim quis alteri obligetur, non ſufficit id fieri, ex quo poſſit naſci obligatio, ſed præterea neceſſe eſt vtraque ex parte interuenire voluntatem contrahendæ obligationis cùm actus non operentur vltra intentionem agentium vulg. *lege non omnis 19. eo.* & contrario non ſufficit adeſſe vtrinque voluntaté contrahendæ obligationis, niſi etiã id interueniat, ex quo poſſit naſci obligatio: quia obligationes iuſtæ & ciuiles non niſi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos non eſt nuda voluntas earum contrahendarum. Ergo effectus iſti, quamuis non modò diuerſi, ſed etiam contrarij ex eodem iuris fonte, & principio proficiſcuntur.

1 ¶ Quædam actiones per pactum ipſo iure tolluntur, vt iniuriarum, item furti.

Ad §. 1. Quædam actiones.

Ratio dubitandi. Actiones omnes ſunt iuris cùm actio definiatur ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur. *leg. nihil aliud 51. de oblig. & act. leg. 2. §. deinde ex his legibus. ſuprà de origine iuris.* At in pactis non ius, ſed factum verſatur. *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. infrà eodem.* Ergo fieri non poteſt, vt per pactum actio aliqua ipſo iure tollatur. Ratio decidendi. In pactis nudis factum non ius verſatur: ſed aliud eſt in legitimis, id eſt, lege aliqua comprobatis. In iis enim etiam legis poteſtas, autoritas verſatur: vt dixi ad *leg. 6. ī. eod.* Eiuſmodi ſunt pacta furti, & iniuriarum; id eſt, ne de furto iam facto, aut ne de iniuria iam illata agatur: quia lex 12. tabula. expreſſim ea confirmauit. Non quod hæc quoque delicta, vt & cætera omnia, impunita non remanere non intersit reipublicæ, *leg. ita vulneratus 51. ad legem Aquiliam. leg. Stichum 95. §. 1. de ſolut. leg. ſi à reo 70. §. vltimo de fideiuſ. leg. per omnes 6. Codice de defenſ. ciuit.* ſed quia cùm ſint frequentiſſima inter ciues, pertinet etiam ad reipublicæ vtilitatem, vt ciuilis concordiæ retinendæ gratia, poſſint inter eos remitti per pactum. Hominem enim beneficio affici intereſt hominis, pœnæ autem non irrogatæ indignatio ſolam duritiam continet, neque conuenit bono viro credere, quidquam intereſſe illius qui pactus eſt, de non agendo ſiue furti, ſiue iniuriæ nomine quòd animo ſæuientis ſatisfactum non fuit. *l. ſi venditor 6. §. 1. l. ſeruus 7. de ſeru. exportand.*

2 ¶ De pignore iure honorario naſcitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem [a], quotiens paciſcor ne petam.

Ad §. 2. De pignore.

Ratio dubitandi. Ex pacto niſi quod legitimum ſit actio naſci non poteſt. *leg. iuriſgentium 7. §. ſed cùm nulla. & §. quinimò ſuprà hoc titulo.* Atqui pactum de pignore non eſt legitimum, cùm nulla lege adiuuetur, ſed tantùm à prætore, qui vtique non potuit facere legem. *§. quos autem Inſtitut. de bonorum poſſeſſione.* Ergo ex pacto pignoris, quam nos hypothecam vocamus, naſci actio non poteſt. Ratio decidendi. Ex pacto pignoris nulla poteſt naſci actio ciuilis, quia pactum nudum eſt: naſcitur tamen prætoria, & iure honorario, quia pactum hoc in eam rem fuit à prætore confirmatum, vtilitatis cauſa eùm non facilè fieri ſemper poſſet, vt rei, de qua obliganda tractatur, poſſeſſio ſit præſens ad hoc, vt transferri queat in creditorem, quæ natura veri pignoris eſt. *leg. cùm & ſortis 35. §. 1. de pign. act.* Nec enim vetendum fuit, ne replerentur omnia litibus, ſi prætor ex huiuſmodi pacto actionem daret; cùm non poſſit contrahi vinculum pignoris, niſi præcedente alia principali obligatione. Quæ ratio etiam fecit, vt ex pacto conſtitutæ pecuniæ prætor det actionem. *l. j. de conſt pecun.* vt dixi ad *d. l. legitima.* Iunge *l. j. de pign. act.*

a *Tollitur autem per exceptionem.* Ratio dubit. Obligationes, quæ ſolo conſenſu contrahuntur contrario conſenſu, ipſo etiam iure diſſoluuntur. *leg. prout 80. de ſolut. l. nihil tam naturale 35. de regulis iuris. leg. ab emptione 58. infrà hoc titulo. leg. pacta conuenta 72. de contr. empt.* atqui contrahitur hypotheca ſolo conſenſu, adeóque nudo pacto, vt proximè dictum eſt. Ergo & contrario conſenſu, nudóque pacto diſſoluitur. *leg. 2. Codice de remiſſ. pign.* Non eſt igitur neceſſaria exceptio ad tollendum pignoris vinculum, ſi creditor paciſcatur, ne res ſit obligata. Et hoc eſſe videtur, quod ait *leg. maior 23. Codice de pignor.* maiorem annis vigintiquinque pignoris conuentionem remiſſam perſequi non poſſe. Ratio decidendi. Ex pacto pignoris non tantùm obligatio naſcitur, ſed etiam actio, quia pactum habet vinculum iuris prætorij, cùm ſit a prætore approbatum ad producendam actionem prætoriam. Ergo non poteſt tolli per pactum ſimplex de non petendo, in quo pacti genere non ius, ſed factum verſatur. *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. infrà hoc titulo.* Nam ſi pactum quod non parit niſi exceptionem, non poteſt tolli ipſo iure per pactum contrarium: quia in pactis non ius vt in ſtipulationibus, ſed factum verſatur, quantò minùs poterit tolli pactum ſpecialiter à prætore adprobatum, & quod parit actionem? Proprium ſiquidem eſt pactorum legitimorum, vt poſſint ipſo iure tollere actionem ciuilem: quia ſunt ſpecialiter confirmata per illam ipſam legem, à qua proficiſcitur actio. Eodem igitur modo pactum de hypotheca diſſoluenda ſpecialiter à prætore confirmatum eſſe oporteret, vt actionem prætoriam ex pacto pignoris competentem tollere poſſet ipſo iure prætorio. Tollitur ergo dumtaxat per exceptionem, & ita benè Cuiacius intelligit. *dicta lege maior 23. Codice de pignor.* ac meliùs quàm Accurſius, qui diſtinguit exceptionem iuris ab exceptione facti in *dicta lege 2. Codice de remiſſ. pignor.* Exceptionem facti appellans eam quæ de facto opponitur, quamuis non competat iure: Iuris verò ex diuerſo illam, quæ iure competit. Nam imò verò neceſſaria eſt exceptio pacti, vt hypothecaria ſummoueatur: tum quoque cùm rei obligatæ alienatio facta eſt, conſentiente creditore: *leg. ſicut 8. §. ſi procurator in fin. §. ſed ſi permiſerit, & §. ſi debitor quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit.* vnde eſt, quod tota illa lege, & paſſim toto titulo. ſic loquuntur Iureconſulti, vt dicant repellendum eſſe creditorem, qui pignoris alienationi conſenſit: vt ſignificent nihilominus ei competere ipſo iure actionem, ſed quæ per exceptionem elidatur, & elidenda neceſſariò ſit. Idque apertiùs oſtendit quod ait Marcianus in *dicta lege ſicut. §. ſi voluntate.* Si voluntaté creditoris fundus alienatus eſt, inuerecundè illum deſiderare, vt ſibi fundus applicetur. Iure ergo poteſt id deſiderare, ſed tamen cùm deſiderat, facit nimis inuerecundè & imprudenter, cùm aduerſus proprium factum veniat. Repellendus igitur eſt per doli exceptionem. Nec pugnat quod ſcriptum eſt in *dicta lege 2. Codice de remiſſ. pignor.* & alibi ſæpè, obligationem pignoris contrario conſenſu diſſolui. Sic enim accipi debet, vt diſſoluatur non ipſo iure, ſed per exceptionem ob rationes ſupradictas. Dices nondum eſſe ſatisfactum obiectioni. Nam cùm venditio nudo conſenſu perfecta eſt, parit actionem, & tamen contrario nudo conſenſu tollitur ipſo iure, & contractus venditionis, & ex eo nata actio. Cur non ergo idem in hypotheca quoque admittimus? An quod ſeparanda ſit hypotheca à cæteris obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur? Ita vult Cuiacius & verè. Sed nos quærimus non tam diuerſitatem, quàm

rationem

rationem diuerſitatis : quam ille nullam adfert. Nam quod ait hypothecam eſſe pactum pignoris, illas verò eſſe contractus, auget potiùs, quàm minuit difficultatem: cùm ſit faciliùs tolli pactum, quàm contractum per pactum. Reſpondendum eſt, quod iam dixi, Imò verò nunquam poſſe tolli ipſo iure pactum per pactum, multò minùs verò pactum legitimum, aut prætorium: id eſt, ſiue à lege, ſiue à prætore adprobatum per ſubſequens pactum nudum: cùm difficilius ſit, vt pactum nudum tollat actionem, quæ ex pacto vel legitimo vel prætorio naſcitur, quàm vt aliquam actionem ex ſe producat. At qui ex pacto nudo nulla naſci poteſt actio. Ergo neque alia tolli. In obligationibus autem, quæ nudo conſenſu contrahuntur, nihil ſimile eſt: quia licèt nullo conſenſu contrario diſſoluantur, tamen nudus ille conſenſus non nudum pactum eſt. (nec enim confertur in futurum, vt pacta.) ſed diſtractus perfectus nudo conſenſu, ſicut & contractus, & habens idem iuris auxilium ad obligationem diſſoluendam, quod habebat contractus ad obligationem inducendam. Mirum ergo non eſt actionem natam ex contractu perfecto, per ſolum conſenſum ipſo iure extingui, contrario conſenſu.

3 ¶ Si quis paciſcatur, *ne à ſe petatur*, ſed *vt ab herede petatur*: heredi exceptio non proderit.

Ad §. 3. Si quis.

Ratio dubitandi. Pacti exceptio ſolet tranſire in heredem, quia non minùs heredibus noſtris, quàm nobis ipſis paciſci ſolemus. *lege ſi pactum 9. de probat.* Ergo quamuis non poſſit heredi prodeſſe pactum ex verbis pacti, quibus ſcilicet nulla prorſus heredis mentio facta eſt, debet tamen tanquam heredi paciſcentis: præſertim cùm nec alia heredis, quam defuncti perſona eſſe intelligatur. *leg. cùm heres 11. de diuerſ. temp. præſcrips.* Ratio decidendi. Pactum defuncti quoties perſonale eſt non tranſit in heredem. *lege idem 25. §. 1. hoc titulo.* quia id actum inter paciſcentes intelligitur. Semper autem in pactis, non minùs quam in ſtipulationibus cæteríſque contractibus inſpiciendum quid actum ſit. *leg. niſi hoc actum 22. infrà eod. iunct. leg. 35. de regulis iuris.* Pactum autem hoc perſonale eſt, quia non fuit pactus defunctus in rem ne peteretur, ſed in perſonam, ne à ſe peteretur. Eſt enim pronomen illud demonſtratiuum perſonæ paciſcentis. Heredi ergo non poteſt pacti exceptio prodeſſe, quæ profuit defuncto. Ex quò apparet verba illa *: ſed vt ab herede petatur*, quæ in Pand. Flor. ſunt incluſa lineis tanquam ſuſpecta, omnino delenda eſſe. Ridicula enim eſſet dubitatio, an heredi prodeſſe deberet pactum, quo nominatim conueniſſet vt ab herede peteretur.

4 ¶ Si pactus ſim, *ne à me, néve à Titio petatur*: non proderit Titio, etiamſi heres extiterit: quia ex poſt facto id confirmari non poteſt. Hoc Iulianus ſcribit in patre, qui nactus erat [z], *ne à ſe, néve à filia peteretur* [a]: cùm filia patri heres extitiſſet.

Ad §. 4. Si pactus ſim.

Ratio dubitandi. Cùm pactus ſum, ne à me, néve à Titio petatur, non poteſt dici pactum perſonale, & ad perſonam meam coanguſtatum. Titij enim perſona expreſſim quoque adiectum eſt: Ergo quamuis Titio, tanquam Titio pacti exceptio per me acquiri non potuerit, quia extranea perſona fuit: ſi tamen poſtea heres meus fiat, debet ei prodeſſe, tanquam meo heredi: vt ei proſit quod in eius perſona vtrumque concurrit, quod & in pacto nominatus, & poſtmodum heres factus fuit. Quod ſi pacti exceptio ei prodeſſe non poſſet, ſaltem doli prodeſſe deberet, quaſi iam ipſo pacti tempore videar in Titium ſupremum iudicium contuliſſe, vt in *l. tale pactum 40. §. vltimo infrà eod.* Ratio decidendi. Titij perſona in hoc pacto adiecta fuit, non tanquam heredis futuri, ſed tãquam extranei: (nam nec heredi futuro nominatim paciſci aut ſtipulari quis poteſt, non magis quàm ſeruus hereditarius *leg. ſi vnus 27. §. vltimo. infrà eo. leg. ſeruus 16 leg. ſi ſeruus 18. de ſtip. ſer.*) ac proinde inutiliter: Ergo quamuis poſtea heres fiat, non poteſt conualeſcere pactum, quod ab initio non valuit, nec magis ad pacti quàm ad doli exceptionem inducendam. Generaliter enim Paulus ſcribit, *non proderit Titio.* Sublata námque Titij perſona relinquitur perſonale ex iis verbis *ne à me petatur*, vt dictum eſt *§. præced.*

z *In patre, qui pactus erat.* Ratio dubitandi. Si quando pater ſtipuletur filiæ, poſt mortem ſuam, acquirit ei vtilem actionem ex ſtipulatione, licèt filia non exiſtat heres patri. *leg. quodcumque 45. §. ſi quis ita de verborum obligatione. leg. pater 7. Codice de pactis. conuen. tam ſup. dot.* Hoc enim adfectioni perſonarum indulgetur. *lege Caius 45. in fin. ſolut. matr.* Ergo eadem ratione ſi pater paciſcatur filiæ, id eſt, ne à filia petatur, proderit pactum filiæ, vt habeat exceptionem pacti: tanto magis, quod facilius eſt acquirere ſibi aut alteri exceptionem, quàm actionem. *leg. 1. in pr. de pign. leg. 1. §. is autem de ſuperfic.* Ratio decidendi Per filiam acquiri poteſt patri, ſed non ſimiliter filiæ per patrem. *leg. cùm dos 7. §. ſi verò de pact. dot.* quia filiam pater habet in poteſtate, non patrem filia. *leg. 4. Codice de pact. conuent.* nec ſanè ratio iuris petitur, vt ex patris ſtipulatione vtilis actio magis, quàm directa filiæ acquiratur. Et quod in contrarium videtur ſcriptum in *dict. §. ſi ita quis. & dicta lege pater. & dicta lege Caius Triboniano*, haud dubiè adſcribi debet, vt à nobis alibi probatum fuit. Illa fortior dubitandi ratio eſt, quæ ſumi poteſt ex Africano in *dict. leg. pater 27. de pact. dot.* Ita concepta ſtipulatione, *mihi aut poſt mortem meam filiis meis dari*, licèt filiis nullam actionem quærere pater potuerit, poſſe tamen eos agere ex ſtipulatione, tanquam heredes patris, ſi ei ſint heredes, ídque ex iis verbis, *mihi dari*: quoniam qui ſibi dari ſtipulatur, heredibus quoque ſuis ſtipulari intelligitur. Quidni ergo eadem ratione proderit filiæ, eidémque heredi pactum patris, non ex qua parte pactus eſt filiæ, ſed quatenus ſibi ipſi pactus fuit, id eſt, ne à ſe peteretur. Reſpondeo eleganter differre hac in re pactum à ſtipulatione. Pactum, Inquam, de non petendo, à ſtipulatione dandi. Nam cùm in ſtipulationibus ius verſetur, in pactis verò factum. *leg. ſi vnus 27. §. pactus. infrà hoc titulo.* heredes autem ſint iuris omnium ſucceſſores, facilius eſt vt ſtipulationes, quam vt pacta tranſeant in heredes: & contrà difficilius eſt, vt ſtipulationes ſint perſonales, quàm vt pacta: quia quod defuncto dari debuit, ſi datum non ſit heredi, eius debetur, in quem tranſeunt omnes actiones. At quod pactus ſum ne à te petam, non ſimiliter poſſum videri pactus ne petam à tuo herede: ſi quidem cùm in pactis factum dumtaxat verſetur, illud vnum inſpiciendum eſt quid actum & factum ſit. Aliud porrò nihil actum aut factum eſt, quàm quod conuenit, ne à te peterетor. Non autem peto à te, cùm peto ab herede tuo. Cùm enim pactum de non petendo præſupponat actionem ad petendum, quam nec ipſo iure tollit, difficile eſt credere id actum fuiſſe, vt actio illa in perpetuum inutilis remaneret, ſi non expreſſim conuenerit de non petendo ab herede. Exemplo eius quod dicimus, Vſumfructum ciuitati aut reipublicæ relictum finiri anno centeſimo: ne alioqui maneat in perpetuum inutilis proprietas, ſemper abſcedente vſufructu. *leg. an vſusfructus 56. de vſufructu. leg. ſi vſusfructus 8. de vſufruct. legat.* Cui etiam ſimile illud

eſt,

eſt, quod Iuſtinianus conſtituit in *leg. antiquitas* 14. *Codice de vſuſfructu.* vt ſi cui fuerit legatus fundus, ita vt eius vſusfructus remaneat penes heredem, morte tamen primi heredis finiatur vſusfructus, nec ad heredis heredem transeat. Et ſanè, cùm paciſcor ne à te petam, nihil tamen eo nomine tibi debetur, id eſt, ne quidem libe[illegible]tio, vt proinde nihil habeas, quod ad heredem tuum poſſis tranſmittere, ſed habes tantùm exceptionem pacti, ſi petam contra pactum. Eam verò exceptionem heres tuus habere non poteſt, quia nihil à me fit contra pactum, ſi ab eo petam quomodo fieret ſi à te peterem: quia conuenit expreſſim ne à te petam, non item vt nun petam ab herede tuo. Ergo etiamſi pater pactus ſit, ne à ſe, néve à filia ſua petatur; & poſtea filiam heredem reliquerit, non poteſt pactum prodeſſe filiæ, neque tanquam filiæ in pacto nominatæ, quia inutilis fuit ea adiectio: neque tanquam heredi, quia ſublata filiæ mentione pactum reperitur merè perſonale, quod ad heredem non tranſit. Et quamuis admitteremus, quod ſupra negauimus, ex ſtipulatione patris poſſe vtilem actionem filiæ acquiri, non ideò tamen dicendum eſſet ex huiuſmodi pacto de non petendo acquiri vtilem exceptionem pacti, quia pacti exceptio vtilis nulla eſt, vt dixi ad *leg. reſcriptum.* 10. *§. vltimo ſupra eodem.* At eſt tamen aliqua exceptio doli ſubſidiaria exceptionis pacti, quæ inducitur ex æquitate ad ſummouendum actorem, quemadmodum datur ſtipulatori actio vtilis ex æquitate, ad agendum vt ibidem ſcripſi. An ergo in propoſito caſu dabimus filiæ exceptionem doli, ex pacto patris? Ita putat Cuiacius ex *le. & heredi* 21. *§. nos autem verſ. Iulianus* [illegible]. *eo.* conſtituens differentiam inter eum caſum, quo quis pactus ſit ne à ſe, néve à Titio petatur: & illum, quo quis pactus ſit ne à ſe néve à filio ſuo petatur. Nam cùm quis pactus eſt ne à ſe néve à Titio petatur, certum eſt Titio non prodeſſe pactum, ne quidem ad doli exceptionem: vt ſuprà explicauimus ex illis verbis huius *§. non proderit Titio.* Quanquam idem Cuiacius tentat dici poſſe, etiam Titio heredi poſtea facto doli exceptionem dandam eſſe quod probare non poſſum. Prodeſſet enim Titio pactum quod ei acquireret exceptionem doli non minùs, quàm ſi acquireret exceptionem pacti: cùm vtriuſque exceptionis eadem vtilitas ſit, idem effectus. Atqui prodeſſe negat Paulus, & iſtos caſus æquiparat. Ergo nec ſi pater pactus ſit ne à ſe, néve à filia ſua petatur, doli tamen exceptio filiæ dari poterit. Quid igitur reſpondebimus ad *d. verſ. Iulianus. leg. & heredi.* 21. *infrà eod.* dicam ibi.

a *Ne à ſe néve à filia peteretur.* Atqui ſi pater iurauerit filium dare non oportere, filio acquiritur omnimodo exceptio iuriſiurandi ex iureiurando patris. *l. qui iuraſſe* 26. *§. ſi pater. de iureiurando.* Ergo & pacti exceptio acquiretur filio, ex pacto patris. Eadem enim ſolet ratio eſſe pacti & iuriſiurandi. Reſpondet Cuiacius maiorem vim eſſe iuriſiurandi, quàm pacti. Quod ſanè ad rem noſtram non pertinet, cùm tam ex pacto, quam ex iureiurando naſcatur exceptio: nec magis iuſiurandum, quàm pactum vnius alteri prodeſſe poſſit aut nocere. *lege* 3. *§. penultimo. leg. quia non deberet* 10. *eod. ill. tit. iunct. leg. ſi vnus* 27. *§. pacta in fin. hoc titulo.* dicendum igitur eſt aliam hac parte rationem eſſe iuriſiurandi, aliam pacti: quia nunquam iurat pater filium ſuum dare non oportere, niſi cùm ex filij contractu conuenitur actione de peculio. Vt enim nihil pater debeat actione de peculio, neceſſe eſt vt iuret filium nihil debere. Ac proinde ad hoc vt patri proprium hoc iuſiurandum proſit, neceſſe eſt vt etiam proſit filio, quoniam fieri nequit, vt filium dare oporteat, quin pater ſaltem de peculio teneatur, cùm vtraque obligatio ex vno eodémque filiifamilias contractu proficiſcatur. *leg. ſi quis* 44. *de pecul.* At nihil prohibet pactum patris de non petendo à patre prodeſſe patri, nec prodeſſe filio, neque viuo neque mortuo patre, etiam cuius heres filius fuerit: cùm fiat ob debitum, quod incepit à patre, licèt tranſitum ſit in filium, tanquam heredem. Sed etſi ponas patrem conuentum actione de peculio paciſci, ne à ſe, néve à filio petatur, non ideò tamen debebit pactum prodeſſe filio: quia præſupponit debitum tàm in filij quàm in patris perſona, quo præſuppoſito, nihil eſt abſurdi, quod à patre non petatur, à filio peti. At iuſiurandum à patre præſtitum, quod filius nihil dare debeat, præſupponit, probátque ſimul nihil filium debere, nec alia de cauſa eiuſmodi iuſiurandum patri prodeſt, quàm quòd pro veritate habeatur quod iuratum eſt nihil filium dare oportere perinde ac ſi filius iuraſſet. Quid enim aliud iurare ipſe potuiſſet? Neceſſe igitur eſt, vt hoc iuſiurandum relatum ad perſonam, & ad debitum ſolius filij, filio quoque proſit, quemadmodum ſi à filio iuratum eſſet, idem iuſiurandum patri quoque prodeſſet. Alioqui abſurdum illud ſequetur, vt pro ve[illegible] habeatur Filiumfamilias eandem pecuniam & debere, & non debere. Quæ duo tamen cùm ſint contradictoria, ſimul vera eſſe non poſſunt. Magis ſubtile eſt, quod ſi filius obligatus ex proprio contractu paciſcatur, ne à ſe petatur, pactum hoc etiam patri prodeſt: adeóque heredi patris viuo filio ſi pater eiuſve heres de peculio vel de in rem verſo conueniatur. *lege adquirens* 19. *§.* 1. *infrà.* Eſt enim hoc caſu non mala iuſiurandi & pacti dummodo à filio non à patre interpoſiti comparatio. Adde quæ dicam ad *leg.* 23. *infrà.*

5 ¶ Pactum conuentum cum venditore factum, ſi in rem conſtituatur [a]: ſecundùm plurium ſententiam & emptori prodeſt, & hoc iure nos vti Pomponius ſcribit: ſecundùm Sabini autem ſententiam, etiam ſi in perſonam [b] conceptum eſt, & in emptorem valet. Qui hoc eſſe exiſtimat, ſi per donationem [c] ſucceſſio facta ſit.

Ad §. 5. Pactum conuentum.

Ratio dubitandi. Pactum inter alios factum aliis neque prodeſſe poteſt, neque nocere: ſaltem ad producendam exceptionem pacti. *lege ſi vnus.* 27. *§. pacta in fin. hoc titul.* Atqui alia eſt perſona venditoris, alia emptoris, cùm non poſſit idem eſſe emptor & venditor. *lege* 1. *de rerum permutatione. lege pupillus* 5. *§. item ipſe tutor. & autor. & conſ. tutor.* Ergo pactum de non petendo initum à venditore, licèt in rem conceptum ſit, non poteſt emptori prodeſſe. Ratio decidendi. Intereſt venditoris, vt pactum ab eo initum proſit etiam emptori: qui tanto maiore pretio empturus eſt hereditatem, tanquam hoc ipſo locupletiorem: Sic dicimus pactum debitoris prodeſſe fideiuſſori, quia intereſt debitoris non contra. *l. & heredi* 21. *§. vlt. & l. fideiuſſoris* 23. *infrà eod.*

a *Si in rem conſtituatur.* Senſus eſt negatiuus, ac ſi ſcriptum eſſet, *non aliter, quàm ſi in rem conſtituatur*: ad differentiam pacti à venditore concepti in perſonam ſuam, vt quadret quod ſtatim ſequitur, *ſecundùm plurium ſententiam.* Non enim quiſquam ex prudentibus fuit, qui contrà putauerit pactum à venditore conceptum in rem prodeſſe emptori non debere, ſed è contrario putauit Sabinus, prodeſſe emptori debere etiam quod in perſonam venditoris conceptum fuiſſet.

b *Etiamſi in perſonam.* Ratio dubitandi. Pactum perſonale ad alium non pertinet, ne quidem ad heredem; qui tamen in vniuerſum defuncti ius ſuccedit. *lege idem* 25. *§.* 1. *infrà eo.* Ergo multò minùs poterit tranſire ad emptorem, qui non niſi ſingularis ſucceſſor eſt. Quod enim non eſt tranſmiſſibile ad heredem, multò minùs eſt ceſſibile aut cedibile, vt loquuntur. *lege ex pluribus* 42.

de

de administratione tutorum. Ratio decidendi. Poteſt pactum perſonale etiam alij prodeſſe, ſi modo interſit paciſcentis, ſed viuo eo cuius perſona ſola pacto comprehenſa fuit: vt in *leg. & heredi* 21. ꝗ. *hoc titulo.* Et ita benè Cuiacius hanc Sabini ſententiam intelligit, vt non tantùm emptori, ſed etiam heredi emptoris proſit hoc pactum viuo tantùm venditore. Sicuti dicimus, inquit, cùm fructuarius vendidit vſumfructum. *leg. neceſſariò* 8. §. *vltimo de peric. & commod. rei vend.* Facilius ergo eſt, vt pactum hoc cedatur, quàm vt transmittatur à paciſcente in heredem ſuum, quia viuus nemo habet heredem. *l.* 1. *de hered. vend. l.* 1. *pro herede.* Sed tamen obſeruandum eſt hanc Sabini ſententiam à Paulo referri tantùm non etiam probari. Contraria enim ſententia non modò plurium fuit, ſed etiam obtinuit, eóque iure vtimur: vt ex Pomponio idem Paulus proximè ſcribit.

c *Et ſi per donationem.* Ratio dubitandi. Nihil videtur intereſſe donatoris, vt habeat donatoris exceptionem pacti: cùm non eo magis habiturus ſit donatarius regreſſum aduerſus donatorem. *leg.* 5. *verſ. quid tamen de liberi. legat.* Ergo non eadem debet ratio conſtitui donatarij & emptoris, vt nec in ſpecie. *lege quod ſi donauero.* 40. *tunc. lege præcedenti. de vſufructu.* Semper enim melior conditio eſſe ſolet eius, qui cauſam habet onerosam, quàm eius qui lucratiuam. *lege* 4. §. *ſi cùm legitima* 28. & §. *ſequenti de doli mali exceptione. leg. ſuper longi.* 11. *Codice de præſc. long. temp.* Ratio decidendi. Intereſt donatoris, vt eius liberalitas effectum habeat, quantum habere poteſt cùm donatarius ad *ἀντίδωρα* obligetur. *l. ſed etſi* 25. §. *conſuluit. de petit. hered.* Ergo ſaltem viuo donatore pactũ quod fuit conceptum in perſonam donatoris, debet prodeſſe donatario. Nec in eo vlla fit iniuria ei, qui pactus eſt cum donatore: cùm æquè fuiſſet ille ſubmouendus per exceptionem ſi donatio facta non eſſet.

6 ❡ Cùm poſſeſſor alienæ hæreditatis pactus eſt: heredi, ſi euicerit, neque nocere, neque prodeſſe, plerique putant.

Ad §. 6. Cùm poſſeſſor.

Ratio dubitandi. Pactum interpoſitum à poſſeſſore hereditatis, non aliam cauſam habet, quàm hereditatem Ergo hereditatem ſequi debet: Ne alioqui minùs iuris habeat verus heres, quàm iniuſtus hereditatis poſſeſſor, quod eſſet abſurdum. Idque ita ſcriptum videtur in *leg. ſi poſt* 21. *de conſt. pecun.* Ratio decidendi. Pactum inter alios factum aliis nec prodeſſe poteſt, nec nocere. *leg. ſi vnus* 27. §. *pacta in fin. hoc titulo.* Ergo pactum poſſeſſoris non poteſt vero heredi prodeſſe, aut obeſſe. Nec differentia poteſt admitti quam ſtatuit Cuiacius inter pactum, & conſtitutum vt conſtitutum, quia eſt acceſſio principalis obligationis, ſequatur verum heredem, penes quem eſt ſortis obligatio: Non etiam pactum, quod acceſſio dici nullo modò poteſt. Nam etſi non omne pactum conſtitutum eſt, tamen omne conſtitutum eſt pactum, & ſe habet conſtitutum ad pactum, tanquam ſpecies ad genus. Ergo quicquid dicitur de pacto tanquam de genere, dici debet etiam de conſtituto, tanquam de ſpecie: ac proinde vt ex conſtituto vni facto alius agere non poſſit. *leg.* 5. §. *item ſi mihi.* & §. *ſequenti de conſt. pec.* Et quod adfert Cuiacius conſtitutum eſſe acceſſionem principalis obligationis, verum quidem eſt, & concludit optimè quod ille vult, & ego admitto, conſtitutum ſequi ſortis obligationem hactenus, vt ſine ea eſſe non poſſit, & conſequenter vt heredi rogato de reſtituenda hereditate, aut poſſeſſori hereditatis conſtituta pecunia, eſt amplius non debeatur, poſtquam hereditas fideicommiſſario reſtituta, vel vero heredi adiudicata eſt: at non etiam vt ex eo pacto poſſit fideicommiſſarius, vel verus heres victor agere. Itaque quod contra ſcriptum eſt in *dicta lege ſi poſt in finem.* non dubito quin à Triboniano additum ſit aduerſus Pauli ſententiam, iuriſque rationem de quo alibi pluribus ſcripſi.

7 ❡ Filius, ſeruúſve, ſi paciſcantur, *ne à patre dominóve petatur.*

18. Gaius libro 1. ad Edictum Prouinciale.

(Siue de eo paciſcantur, quod cum ipſis: ſiue de eo, quod cum patre dominóve contractum eſt.)

19. Paulus libro 3. ad Edictum.

Adquirens exceptionem d. Idem eſt & in his, qui bona fide ſeruiunt.

Ad §. vltim. Filius. & Ad leg. in prin. 18. & 19.

Ratio dubitandi. Quemadmodum ea, quæ ſunt iuris, acquiruntur ſtatim & ipſo iure patri per filium familias, & domino per ſeruum, ita vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona filiifamilias aut ſerui conſiſtat *l. placet* 79. *de acqu. hered. l.* 1. *ſi quis à parente manum.* Ita & quæ ſunt facti, poſſunt in perſona non ſolùm filiifamilias, ſed etiam ſerui conſiſtere. *leg. nec ſeruus* 41. *de pecul.* ideóque nec ſolent iſta tranſire ad patrem, aut ad dominum. *leg. qui heredi* 44. *de cond. & demonſtr.* Atqui in pactis non ius, vt in ſtipulationibus: ſed factum verſatur. *leg. ſi vnus* 27. §. *pactus ne peteret* ꝗ. *hoc titulo.* Ergo per pactum filiifamilias, aut ſerui nihil patri vel domino acquiri poteſt. Ratio decidendi. In pacto quidem nihil niſi factum verſatur, ſed tamen exceptio quæ ex pacto naſcitur, iuris prætorij eſt: cuius non magis capaces ſunt ſerui, quàm iuris ciuilis. *leg. nullo modo.* 7. *infrà ad le. Cornel. de falſ.* Eam igitur per ſeruum domino acquiri neceſſe eſt, adeóque inuito vt cætera quæ dominis per ſeruos acquiruntur. *leg. etiam* 32. *de acquir. rerum dominio. leg. ſeruus vetante* 62. *de verborum obligatione.* Filius autem familias etſi melioris conditionis eſt, quàm ſeruus, in eo quod & iuri tam ciuili, quàm prætorio cognitus eſt, & acquiſitionis capax nolente patre ſibi per filium acquiri patri, dum ne inuito, atque ſeruus domino, non minùs, quàm ſi nec ipſe capax eſſet, iure ſcilicet patriæ poteſtatis. Quidni ergo acquiret etiam exceptionem pacti? Nec eſt quod quis dicat, pactum inter alios initum aliis non prodeſſe. *leg. ſi vnus leg.* 27. §. *pacta in fin. hoc titulo.* Nam & patris & filij vna eadémque perſona eſſe intelligitur. *leg. in ſuis* 11. *de liber. & poſthum. lege vltima. Codice de impub. & aliis ſubſti.* Serui verò perſona cùm neque ciuili, neque prætorio iure, neque extra ordinem vlla ſit. *dicta lege nullo modo* 7. *de falſ.* non poteſt dici à perſona domini ſeparata, non magis quàm eadem. Tunc enim duæ perſonæ eſſe incipiunt cùm ſeruus fuit manumiſſus. *leg. ſi Pamphilo* 10. *de ope. legat.* Neque tamen ſimiliter poſſis dicere. Pactum ergo filiifamilias vel ſerui nocere patri debere, & domino. Nam per eos quos in poteſtate noſtra habemus, melior conditio noſtra fieri poteſt, deterior poteſt. *leg. melior* 133. *de regulis iuris. l. in perſona* 30. *infrà hoc titulo. leg. filius* 25. *Codice eod.* Nihil

au-

autem intereſt an filius, ſeruúſve paciſcantur de eo, quod cum ipſis, an de eo quod cum patre dominóve contractum eſt niſi quod primo caſu filiofamilias paciſcente acquiritur duplex exceptio pacti, vna filio ex propria perſona, altera patri immediatè quidem, & in atomo, ſed per filium: ſicut & ex contractu filiifamilias duplex actio naſcitur, vna in ſolidum contra filium, altera de peculio contra patrem, cuius actionis de peculio ſpecies quædam eſt etiam actio, de in rem verſo. Poſteriore vero caſu nulla filio quæritur exceptio, ſed patri tantùm: quia neque vlla actio competit in filium ex contractu patris, niſi eo demum caſu & tempore, quo filius heres patris reperiatur: quo caſu ſufficit ei exceptio pacti quæ competit patri. At ſeruo paciſcente nulla vnquam ei quæritur exceptio, quia nec conueniri vnquam poteſt, ſed omni caſu per eum exceptio acquiritur domino. Hæc autem omnia obtinent cùm filiusfamilias aut ſeruus pactus eſt, ne à patre dominóve petatur. Nam ſi paciſcantur ne à ſe petatur, alia ſpecies erit de qua mox dicemus.

d *Idem eſt & in his qui bona fide ſeruiunt.* Ratio dubitandi. Qui bona fide ſeruit, cùm ſit aut liber, aut ſeruus ſi ſit liber poteſt ſibi ipſi acquirere, ſi verò ſeruus ſuo domino: nec nobis acquirit, niſi cùm ex re noſtra aut ex operis ſuis acquiri. *lege qui bona fide 23. de acquirendarum rerum dominio.* Ergo ſibi, non nobis acquirit exceptionem pacti. Ratio decidendi. Cùm is, qui bona fide mihi ſeruit, ſtipulatur, aut paciſcitur aliquid in meam vtilitatem: acquirit mihi tanquam ex re mea. *leg. aditio 45. §. vltimo de acq. hered.* Id enim facit quaſi ſeruus meus ſit. Sed & alia ratione mihi acquirit, ſcilicet tanquam ex opera ſua. Nec enim dubitandum eſt, quin & & ſtipulatio, & pactum quatenus facti miniſterium requirit, ſit in opera ſerui, quamuis hereditatis aditio non ſit. *dicta lege aditio.* Cæterùm quod hic dicitur de eo qui bona fide nobis ſeruit, ſicuti procedit ſiue is liber, ſiue alienus ſeruus ſit: ita & ad ſeruos fructuarios & vſuarios pertinet, id eſt, in quibus vel vſumfructum vel nudum vſum habemus. Vt ſcilicet ſi paciſcantur ne à nobis petatur, acquirant nobis exceptionem: quia licèt alium habeant dominum, cui poſſunt acquirere, fructuario tamen vel vſuario acquirunt ſiue ex operis ſuis, ſiue ex re fructuarij vel vſuarij acquirant, *leg. ſi ſerui 21. & ſeq. de vſufruct. leg. per ſeruum 14. de vſu & habit. l. adquiruntur 10. §. de his autem de acquirend. rerum domin.* Alterutro autem iſtorum & ſtipulationes, & pacta omnia continentur. *d. l. 45. de acquir. hered.*

1 ¶ Item ſi filiusfamilias pactus fuerit, *ne à ſe petatur* [e]: proderit ei: & patri quoque, ſi de peculio conueniatur.

Ad §. 1. & Ad l. Adquirunt. 19.

e *Ne à ſe petatur.* Ratio dubitandi. Pactum hoc quo filiusfamilias conuenit ne à ſe petatur, perſonale eſt, quod nec poſſet tranſire ad heredem. *leg. 17. §. ſi quis paciſcatur. & ſequent. ſuprà eo. leg. idem 25. §. 1. j. eod.* Ergo nec patri prodeſſe poteſt. Præſertim cùm poſſit habere ſuum effectum in perſona filij, qui ſcilicet cùm ipſe ex ſuis contractibus poſſit in ſolidum conueniri, vtiliter paciſcitur ne à ſe petatur. Ratio decidendi. Intereſt filij ne pater de peculio vel in rem verſo conueniatur, quia peculium licèt magis patris ſit quàm filij, tamen etiam filij eſt. *leg. 3. §. ſed virum verſ. nec mouemur. j. de mino.* Ergo ſaltem viuo filio debet pactum hoc prodeſſe patri. Sed etſi nihil planè, intereſſet filij, adhuc tamen dicendum eſſet pactum hoc prodeſſe patri debere, qui ſcilicet cum actione de peculio conuenitur, non niſi ex contractu & ex perſona filij conuenitur. Quidni ergo proderit ei pactum filij cuius contractus etiam nocet? Quanquam enim alia actio eſt quæ contra filium, alia quæ contra patrem competit; idem tamen cõtractus eſt ex quo vtraque actio naſcitur, eadémque filij perſona cuius factum vtrique actioni cauſam præbet. Abſurdum igitur non eſſet dari exceptionem patri conuento ex contractu filij, qui ipſe ſi conueniretur habiturus eſſet exceptionem. Cuius enim factum nobis nocet ad hoc vt contra nos agi poſſit, eiuſdem pactum nobis prodeſſe æquum eſt ſi ex eius facto conueniamur, argum. *leg. filia 88. de ſolut.* Indéque etiam eſt quod quamuis vnius iuſiurandum alteri prodeſſe nequeat ſicut nec pactum, ſi tamen iuſiurandum ſiue à patre ſiue à filiofamilias præſtitum ſit, nihil filium debere vtrique iuſiurandum prodeſt, quia quod filius non debet fieri non poteſt vt propter filium debeat pater, vt ſcripſi ad *fin. §. 3. leg. 17. ſ. ex l. qui iuraſſe 26. §. ſi pater de iureiurando.* Si tamen poneres expreſſim actum fuiſſe ne pactum cum filiofamilias initum patri prodeſſet, non eſſet dubitandum quin prodeſſe non deberet, argum. *leg. niſi hoc actum 22. j. eodem.* Non enim tanta poteſt eſſe vis pacti de non petendo, quanta iuriſiurandi ſic interpoſiti Nihil filium debere, iuſiurandum enim quod pro veritate habetur facit vt perinde ſit ac ſi nihil filius deberet, quo caſu nec pater quicquam debere poſſet ex filij contractu. At pactum de non petendo præſupponit filium debere, ergo & patrem peculio tenus, quem proinde nihil vetat poſſe cum effectu conueniri nec habere pacti exceptionem quam filius ipſe habeat.

20. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

VEl de in rem verſo: vel is quaſi defenſor filij [a], ſi hoc maluerit, conueniatur.

Ad l. Vel de in rem verſo 20.

Ratio dubitandi. Æquum eſt patrem teneri de in rem verſo ne alioqui ex aliena iactura locupletetur. *lege nam hoc natura 14. de condit. indeb.* Ergo pactum de non petendo initum cum filio non poteſt prodeſſe patri ſi de in rem verſu conueniatur: cùm æquitas quæ pacti exceptionem inducit contrariæ æquitatis vinculu diſſoluatur, vt in *leg. Stichum 95. §. naturalis de ſolut.*

Ratio decidendi. Æquitas pacti de non petendo vincit æquitatem actionis de in rem verſo, quia naſcitur ex facto creditoris cui licuit actionis ſuæ cauſam quantumlibet æquam deteriorem conſtituere *l. pactum 46. j. hoc titulo.* Etſi enim non niſi perſonale pactum fecit cum filio non etiam cum patre, ſciuit tamen aut ſcire debuit fore vt pactum cum filio initum qui principaliter obligatus erat, profuturum eſſet patri quotieſcunque ex contractu eiuſdem filij conueniretur ſi non expreſſim contrarium actum fuiſſet, vt dixi ad leg. præced.

a *Quaſi defenſor filij.* Ratio dubitandi. Pater cùm interuenit quaſi defenſor filij interuenit tanquam extraneus & quaſi alius quilibet non quaſi pater, vt in *l. ſi paterfamilias 15. de adopt.* ergo non debet filij pactum ei prodeſſe quod nec alij cuilibet extraneo prodeſſet.

Ratio decidendi. Defendere nihil aliud eſt quàm eandem vicem quam reus ſubire. *leg. minor 51. §. 1. de procuratoribus.* Ergo defenſori eædem omnes omnino exceptiones competunt quantumuis perſonales quæ competerent ei ipſi qui defenditur *dicto §. 1.* vt in nullo durior ipſius conditio fiat niſi in eo quòd ſatiſdare compellitur. *leg. ſed & hæ 35. §. defendere eodem.* Maior ergo ratio eſt vt exceptio pacti de non petendo initi cum filio proſit patri tanquam defenſori filij quàm vt ei proſit tanquam patri.

21. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

ET heredi patris viuo filio: poſt mortem verò filij nec patri [b] nec heredi eius: quia perſonale pactum eſt.

Ad l. Et heredi 21.

Ratio dubitandi. Pactum hoc cùm ſit perſonale non tranſit ad heredem filij cuius morte finitur, vt hîc ſcriptum eſt, & in *l. 17. §. ſi quis paciſcatur & ſeq. ꝟ. l. idem 25. §. 1. eo.* Ergo multò minùs tranſire poteſt ad heredem patris qui nullo modo pactus fuit.

Ratio decidendi. Plus iuris habet heres patris viuo filio, quàm heres filij, quia cùm pactum ſit perſonale habito reſpectu ad perſonam filij durat pactum pactique exceptio quandiu filius viuit, nec intereſt quicquam creditoris an pater viuat an patris heres, dum ne vltra filij mortem vis pacti protendatur. Nam quemadmodum actio competens contra patrem illa ipſa eſt quæ datur in heredem, ita & pacti exceptio quàm pater viuo filio habere potuit, eius quoque heredi eodem filio viuo accommodanda eſt, tanquam ſic affecta actione, nec niſi cum ſuis vitiis & exceptionibus aduerſus heredem patris tranſeunte. Simile eſt quod quamuis vſusfructus cum perſona extinguatur. Si tamen fructuarius eum vendiderit non extinguatur morte emptoris, ſed tranſeat in ipſius heredem quandiu fructuarius viuit *leg. neceſſario 8. §. vltimo de peric. & commo. rei vendit.* Vide quæ ſcripſi ad *§. pactum leg. 17. ſupr. eod.*

b *Poſt mortem verò filij, nec patris.* Ratio dubitandi. Exceptio pacti ſemel alicui quæſita etiam ex alterius pacto non poteſt ei adimi & extorqueri ne quidem per illum ipſum cuius facto acquiſita fuerat *leg. vltima infrà hoc titulo.* Atqui ex pacto filij quantumlibet perſonali naſcitur pacti exceptio in fauorem patris, ſiue actione de peculio, ſiue de in rem verſo conueniatur, adeò vt tranſeat in heredem quoque patris vt proximè dictum eſt. Ergo non eſt auferenda patri adeóque nec ipſius heredi ſiue viuo ſiue mortuo filio.

Ratio decidendi. Pacti exceptio per filium quæſita patri non poteſt, ei adimi facto filij, ſed ipſius fato poteſt quando pactum fuit perſonale, & ad filij vitam relatum. Abſurdum enim eſſet pactum quod ipſius filij paciſcentis morte finiatur in perſona patris eſſe perpetuum id eſt poſt filij quoque obitum durare, ne per alium plus iuris quis habeat quàm alius ille fuit habiturus. *lege 2. leg. facta 63. §. ſi ſub conditione ad SC. Trebell. §. nos autem ꝟ. hac leg.*

1 ¶ Quod ſi ſeruus, *ne à ſe peteretur*, pactus fuerit: nihil valebit pactum de doli exceptione videamus [c]. Etſi in rem paciſcatur, proderit domino, & heredi eius pacti conuenti exceptio. quòd ſi in perſonam pactum conceptum eſt, tunc domino doli ſupereſt exceptio.

Ad §. 1. Quòd ſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Cùm ſeruus ſibi dari ſtipulatur valet ſtipulatio, ex eáque acquiritur actio domino perinde ac ſi ipſe ſibi dari ſtipulatus eſſet *leg. 1. & toto titulo de ſtipulatione ſeruorum.* Ergo & valere debet pactum ſerui quoties paciſcitur ne a ſe petatur, ex eóque acquiri exceptio pacti domino, ac ſi dominus ipſe pactus eſſet, cum non magis exceptionis capax ſit ſeruus quàm actionis, ſi quidem exceptio eius eſt qui conuenitur. *leg. 1. 2. & paſſ. de except.* cum ſeruo autem nulla actio eſſe poteſt. *leg. cum ſeruo 107. de regul. iur.*

Rat. dec. Multū refert, an ſeruus ſtipuletur ſibi dari an verò paciſcatur à ſe non peti. Non ob id ſolùm quod in ſtipulationibus ius in pactis factum verſatur. *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret, ꝟ.* Sed etiam quia ſtipulatio dandi in ſerui perſona impleri poteſt, at pactum de non petendo non poteſt, nempè quoniam promiſſorem dare ſeruo nihil prohibet, id eſt, ita ſeruo tradere vt dominium transferatur non quidem in ſeruum ipſum qui acquiſitionis eſt incapax, ſed in dominum ex cuius perſona permiſſum eſt ſeruo vt ſiue ſibi, ſiue domino ſuo dari ſtipuletur. At peti à ſeruo impoſſibile eſt, cùm petere is demum & propriè dicatur qui iudicio, id eſt per iudicem petit. *leg. amplius 15. ꝟ. rat. rem haber.* à ſeruo autem vt diximus, per iudicem peti nihil vnquam poteſt *dicta lege cum ſeruo.* Nulla ergo poteſt eſſe vtilitas pacti, cùm ſeruus pactus eſt ne à ſe petatur, quia tum demum poteſt pactum parere exceptionem cùm actio exercetur contra formam pacti. Proinde vbi nihil contra pactionem fieri poteſt, nec pactum quoque prodeſt. Nec eſt quod quis dicat, poſſe fieri contra pactum ſi creditor à domino petat. Nam cùm in ſtipulationibus factum non ius verſetur, pacti verba naturaliter & prout ſonant accipienda ſunt, & conſequenter de non petendo à ſeruo, non etiam de non petendo à domino. Nemo enim dixerit perſonam domini pro perſona ſerui habendam eſſe, cùm iure naturali alia ſit perſona domini, alia ſerui. Iure verò ciuili ſeruus neque perſonam neque caput habere intelligatur. *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. 3. §. vlt. de capit. minut.*

c *De doli exceptione videamus.* Diſplicet mihi tota hæc adiectio videtúrque Triboniano dignior quàm Paulo. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod proximè Paulus reſpondit pactum nihil valere, quis poteſt locus ſupereſſe quæſtioni de doli mali exceptione? Quis enim vnquam dixit ex pacto quod nihil valeat, id eſt quod nullius omnino momenti ſit dari poſſe doli exceptionem? Scio fieri plerumque vt cui non poteſt exceptio competere ex pacto alterius competat nihilominùs exceptio doli, nempe quoties æquitas id ſuadet, actore aduerſus propriam conuentionem veniente vt in ſpeciebus de quibus in *l. §. penul. l. 10. §. vlt. l. 16. ſupra eod.* Sed vt ex pacto prorſus inutili & quod nullum caſum vtilem habeat quomodo loquitur *l. Stichus 39. de manum. teſtam.* detur exceptio doli prorſus inauditum eſt. Nec enim poſſet dici nullum & inane pactum quod effectum & emolumentum haberet non tantùm aliquo caſu, quod ſufficeret *l. heres 21. §. pen. de fideiuſ.* ſed etiam omnibus caſibus quibus pactum ſi valeret locū habere poſſet, quamuis per exceptionem doli non pacti. Quid enim refert domini quam exceptionem ex pacto habeat, an pacti doli dummodo eam habeat quæ perinde vtilis & efficax futura ſit ad actorem ſubmouendum? An non eſſet hoc legem verbis non rebus imponere contra *legem 28. Codice de vſur. leg. 2. in fin. Codice commun. de legat.* Sed & quæ ſequitur ad propoſitam quæſtionem reſponſio prorſus eſt inepta. Sic enim habet. *Etſi in rem paciſcatur proderit domino & heredi eius pacti conuenti exceptio.* Quæſtio erat de pacto merè perſonali, & omnino inutili. Reſponſio autem eſt de pacto & vtili & in rem concepto, de quo nec dubitari poterat quin valeret ex iis quæ dicta fuerant in *dict. l. 17. §. pactum conuentum & §. vltim. ſupr. eod.* Sequens autem diſtinctionis membrum æquè ridiculum eſt. *Quod ſi in perſonam*, inquit, *pactum conceptum eſt.* Quis verò non videt conceptum fuiſſe in perſonam pactum de quo tractabatur, ex primis illis verbis *§. ſi ſeruus ne à ſe peteretur pactus fuerit.* Sufficiebat ergo ſine diſtinctione reſpondere quod ſequitur *tunc domino doli ſupereſt exceptio*, quod ipſum tamen falſum eſt vt iam oſtendimus & ineptum (ſignificat enim hæc locutio aliam exceptionem aliquando competiiſſe, quæ deſierit

compeʳte,

competere, quod tamen dici non poteſt) eique, contrarium quod Paulus proximè reſpondit pactum hoc nihil valere. Quid enim videri poteſt dolo malo facere is qui agit contra pactum nullum & inutile? Dices, cum qui cum ſeruo paciſcitur de non petendo à perſona ſerui id ſentire videri vt non petat à domino, cùm certum ſit nihil poſſe vnquam peti à ſeruo. Reſpondeo hanc interpretationem fieri non poſſe in pacto, quo expreſſim & perſonaliſſimè demonſtrata ſit perſona ſerui. Verba enim pacti ſemper inſpicienda ſunt, quoties dubitatur an quis veniat contra pactum. Nec aliud eſſet in ſtipulatione ſi poneres ſeruum ſtipulatum fuiſſe ne à ſe peteretur. Neque enim ea res faceret ne poſſet pecunia peti à domino, quia licèt in ſtipulationibus ius non factum verſetur, verba tamen ſtipulationis ſicut & pacti naturaliter ac verè ſunt accipienda quoties quæritur an contra ſtipulationem aliquid fiat, nec facilè fit tranſitus à perſona in perſonam *leg. 4. §. Cato leg. qui Romæ 122. Agerius de verborum obligatione.* nec vnquam perſona ſuppletur. *leg. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus in fin. eod.* Eſſet igitur ea ſtipulatio inutilis tanquam quæ committi nunquam poſſet. An verò daremus domino ſerui exceptionem doli ſi conueniretur, quaſi veniente creditore aduerſus propriam conuentionem? Minimè. Nam ſtipulatio inutilis quæ actionem nullo caſu parere poteſt, multò minùs poteſt parere exceptionem, quia nec valet in vim pacti, cùm ſtipulantium animus fuerit vt ſtipularentur non vt paciſcerentur, *leg. an inutilis 8. de acceptilat. leg. 1. §. enim qui de conſtit. pecuniar.* Quod ergo inutilis ſtipulatio facere non poteſt vt ſtipulator acquirat ſibi exceptionem doli, quomodo fieri per pactum poterit? In eóque miror cæcutiiſſe Cuiacium, qui licèt concludat pactum quod in perſonam ſerui fruſtrà confertur, domino prodeſſe non poſſe, ſtatim tamen ſubiicit. *Cæterùm viuo ſeruo domino dabitur exceptio doli.* Quaſi verò nullum ſit nec quicquam domino proſit pactum quod ei exceptionem doli acquirit. Rurſum quod addit *Mortuo ſeruo credo exceptionem doli non dari*: verum quidem eſt, at non ratione illa quam ſubiungit *quia perſonale pactum eſt.* ſed illa quam Paulus exprimit, *quia pactum nullum & inutile eſt.* Quid enim refert an tale pactū quod nullius momenti eſt in rem ſit an in perſonam? Aut quis dubitare poſſit an mortuo ſeruo dominus habere debeat doli exceptionē, quā nec habere poteſt viuo ſeruo? Nimirum ex pacto quod nihil valet, vt loquitur Paulus.

2 ¶ Nos autem his, qui in noſtra poteſtate ſunt, paciſcendo prodeſſe non poſſumus [d]: ſed nobis id profuturum, ſi nomine eorum conueniamur [f], Proculus ait. quod ita rectè dicitur, [e] ſi in paciſcendo id actum ſit. cæterùm ſi paciſcar, *ne à Titio petas* [g], deinde actionem aduerſus me nomine eius inſtituas [h]: non eſt danda pacti conuenti exceptio [i]. nam quod ipſi inutile eſt, nec defenſori competit. Iulianus quoque ſcribit [k]. Si pater pactus ſit, *ne à ſe, néve à filio petatur*: magis eſt, vt pacti exceptio filiofamilias danda non ſit, ſed doli proſit [l].

Ad §. 2. Nos autem.

Ratio dubitandi & decidendi. eadem quæ ad *l. ſi decem 17. §. ſi pactum ſim. ſuprà hoc tit.*

d *Paciſcendo prodeſſe non poſſumus.* Ergo nec iis acquirere exceptionem doli non magis quam pacti. Ipſo enim effectu tantùm prodeſt doli exceptio quantum pacti *l. 10. §. vlt. ſupr. l. tale pactum 40. §. vlt. ꝟ. eod.*

e *Quod ita rectè dicitur.* Vt ſcilicet nobis proſit pactum ſi quando iis quos in poteſtate habemus paciſcamur, ſi in paciſcendo id actum ſit. Alioqui ſi paciſcar ne à filio tantùm petas, id eſt, ſi pactum perſonale ſit in perſonam ſolius filij collatum. deinde actionem aduerſus me nomine eius inſtituas. (poteſt enim pater nomine filij conueniri, cùm non poſſit filiusfamilias in iudicio ſtare ſine voluntate patris, qui filium idcirco ſolet defendere, non quidem tanquam neceſſarius defenſor, ſed tanquam voluntarius, vt ſcriptum eſt in *lege proximè procedenti.* iunct. *leg. filiusfamilias 39. de obligat. & action. lege vltima ad finem princip verſ. neceſſitate Cod. de bon qua liber.*) non eſt danda mihi exceptio pacti conuenti, at neque doli, quia, vt Paulus ſubiicit, quod ipſi filio inutile pactum eſt, nec defenſori eius competit. Quæ ratio non minùs ad doli, quàm ad pacti exceptionem mihi denegandam pertinet. Nam ſi pactum inutile eſt nullam penitus exceptionem parere poteſt. Longéque differentia ſunt iſta, Pacti exceptionem inutilem eſſe, & pactum ipſum eſſe inutile. Qui dicit pacti exceptionem inutilem eſſe non excludit exceptionem doli, ſi modò pactum vtile fuit. Sed qui dicit Pactum ipſum eſſe inutile nullum penitus locum relinquit vlli exceptioni ſiue pacti ſiue doli ob pactum inducendæ. Atqui Paulus ait diſertè pactum hoc eſſe inutile. Apertè ergo ſentit nullam ex eo exceptionem ſiue mihi ſiue filio meo dari poſſe. Nec replicari poteſt, non ſimpliciter Paulum ſcribere Pactum hoc eſſe inutile ſed eſſe inutile filio. Quaſi non debeat inutile eſſe patri. Nam imò verò ſic argumentatur vt dicat pactum quod ipſi filio inutile eſt, nec defenſori eius competere: id eſt patri, ſi nomine filij conueniatur. Ideò autem dixit inutile eſſe filio, quia ſoli filio pater pactus fuiſſe proponebatur, & in filij perſonam pactum concepiſſe non in rem, quo caſu non poterat videri hoc actum, vt patri prodeſſet pactum etiamſi nomine filij conueniretur. Tunc enim proſunt nobis huiuſmodi pacta licèt non proſint iis quos in poteſtate habemus, cùm in rē pacti ſumus hoc modo, *Ne quod filius meus debet petatur.* Non etiam cùm adiicitur *ne à filio petatur.* Itaque principium paragraphi non ita conſtruendum eſt ac ſi ſcriptum eſſet, *nos autem paciſcendo his qui in noſtra poteſtate ſunt, iis prodeſſe non poſſumus* (falſum enim eſſet quod ſequitur, *ſed nobis id profuturum ſi nomine eorum conueniamur*, cùm vt ſtatim ſequitur non poſſit patri prodeſſe pactum quod in filij perſonam nominatim collatum fuit inutiliter, ſed ita conſtrui debet quaſi ſcriptum ſit. *Nos autem paciſcendo non poſſumus prodeſſe his qui in noſtra poteſtate ſunt. Paciſcendo*, inquam, *etiam in rem non in filij perſonam.* Siue enim in rem ſiue in filij perſonam pactum concipiamus illud vtrique pacto commune eſt quod nulla exceptio neque doli filio per patrem acquiri poteſt, quia vtroque caſu pactum filio inutile eſt, ſed differentia in eo eſt, quòd ſi pactum in rem conceptum ſit, pacti exceptio quæ non poteſt acquiri filio patri, quia pater eo caſu illam ſibi acquirere & voluit & potuit? ſi verò in perſonam filij nec filiu nec ſibi quicquam acquirit, non filio, qui non potuit etiamſi voluerit, non ſibi quia non voluit etiamſi potuerit, vt in *lege quoties. 9. de hered. inſtit. leg. multum 6. ad finem. Codice ſi quis alter. vel ſibi leg. ſiue emancipatis 17. Codice de donat.* Et ita intelligendum eſſe priorem ſententiam huius paragraphi id eſt, de pacto in rem concepto, apparet ex eo quod alioqui pugnaret cum poſteriore quæ eſt de pacto concepto in perſonam. Et verò quoties quis ſimpliciter pactus dicitur, non in perſonam, ſed in rem pactus videri debet.

f *Si nomine eorum conueniamur*, id eſt, ob eorum debitum & ex ipſorum contractu, ſiue actione de peculio, ſiue de in rem verſo, ſiue quaſi eorum defenſores *l. 19. §. 1. & l. 10. ſuprà eod.*

g *Ne à Titio petas*, Eleganter Cuiacius monuit legendum eſſe *ne à filio* nato errore ex literarum vtriuſque dictionis affinitate. Niſi dicas fuiſſe hoc nomen filij mei cui paciſcebat, & quod exprimere voluerint vt tantò magis appareret pactum in perſonam filij nominatim collatum fuiſſe, & conſequenter tantò inutiliùs, quia patris

quidem & filij perſona ex fictione iuris eadem videri poteſt in iis ſcilicet quæ ſont iuris, & in quibus ius non factum verſatur, vt in ſtipulationibus *leg. quodcunque 45. in princ. leg. enim qui 56. §. qui filio. de verborum obligatione. §. ſi quis aliq. in fin. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Sed Titij (quod ſit nomen filij,) & Mæuij (quod ſit nomen patris) eadem perſona intelligi nunquam poteſt, qoia maior & certior perſooarum diſtinctio eſt, quæ fit per nomina propria quàm quæ per appellatiua. Ratio dubitandi. Perſona filij habetur pro perſona patris, in ſtipulationibus, ſiue pater ſibi & filio, ſiue filio ſoli, ſiue filius ſibi aut patri ſoli ſtipuletur *dicta lege 45. & dicta lege. 56. §. qui filio de verb. oblig.* Ergo & in pactis.

Ratio decidendi. Alia ratio eſt pacti, alia ſtipulationis quoniam in ſtipulationibus ius verſatur, in pactis factum *l. ſi vnus 27. §. pactus* ÿ. *eo.* Stipulationes continent iuris vinculum, Pacta non niſi voluntatis, vt diſtinguitur in *l. ſi pater 12. §. 1. de dotal.* Non poteſt igitur in pactis fieri, quod fit in ſtipolationibus vt perſona filij habeatur pro perſona patris, quoniam non poteſt id fieri, niſi per iuris fictionem, quæ in eo quod facti eſt locum habere nequit. *leg. denique 19. ex quibus cauſis maior. l. in bello 12. §. facta de capt. & poſtlim. l. quod dicitur 130. de verborum obligatione.* vbi eſt textus elegans. Adde quæ ſcripſi ad *§. præced. in princ.*

h *Nomine eius inſtitutas.* Ergo non loquitur hîc Paulos de actione de peculio vel de in rem verſo contra patrem inſtituta, ſed de illa ipſa actione quæ contra filium in ſolidum competebat mota aduerſus patrem nomine filij & tanquam filij ſui defenſorem, vt probant verba illa quæ ſequuntur. *Nec defenſori competit.* & quod in *lege proximè præcedenti, vel is quaſi defenſor filij ſi hoc maluerit.* Nam quæ de peculio vel de in rem verſo actio contra patrem inſtituitur ex filij quidem contractu inſtituitur, ſed non filij nomine, at ipſius patris nomine proprio, vnde eſt quod propria & ſeparata actione conuenitur, & longè aliter quam filius. Hic enim omnimodo conuenitur & condemnatur in ſolidum, Pater verò non niſi quatenus vel in peculio vel in rem patris verſum eſt, quod ſecus eſt ſi defendere filiom malit. Tunc enim cogitur filium defendere in ſolidum quemadmodum & filius ipſe in ſolidum conueniri poſſet tanquam alius paterfamilias quilibet *l. filiusfamilias 30. de oblig. & action.*

i *Pacti conuenti exceptio.* An verò doli dabitur? Minimè dabitur nec patri nec filio, quia pactum inutile eſt vt ſtatim ſequitur, nec prodeſſe filio poteſt aut patri cùm in perſonam filij conceptum fuit. Cùm verò in rem non prodeſt quidem filio cui nihil vnquam poteſt acquiri per patrem, ſed tamen prodeſt patri vt habeat ille exceptionem pacti. Non ergo doli quæ non niſi ſubſidiaria eſt exceptionis pacti. *lege 10. §. vltimo ſupr. eod.* Proinde ſiue patris pactum vtile ſit, quia conceptum in rem, ſiue inutile quia conceptum in filij perſonam, nunquam poteſt prodeſſe ad exceptionem doli ſiue patri ſiue filio acquirendum.

k *Iulianus quoque ſcribit.* Hæc Iuliani ſententia ea ipſa eſt quam idem Paulus noſter retulit in *leg. 27. §. ſi pactus ſim. ſuprà eo.* vnde petendæ ſunt rationes dubit. & decid. ad hunc locum.

l *Sed doli proſit.* Putauit ergo Iulianus ex pacto illo patris. *Ne à ſe, néve à filio petatur.* exceptionem quidem pacti filiofamilias dandam non eſſe, ſed tamen doli mali dandam eſſe. Atqui idem Paulus noſter in *leg. 17. §. ſi pactus ſim. ſuprà eod.* quæ lex ſumpta eſt ex eodem ex quo etiam hæc libro, refert Iulianum putaſſe huiuſmodi pactum filio prodeſſe non debere etiamſi heres extiterit patri, quia non valuerit ab initio, neque ex poſtfacto confirmari poſſit ex regulis. *leg. quod ab initio 29. de regulis iuris.* Non ergo credidit Iulianus poſſe ex hoc pacto dari filio exceptionem doli. Nam vt ſuprà iam argumentati ſomus an non ita fieret vt hoc pactum filio prodeſſet. Deinde quid facit dolo is qui venit contra pactum inutile? Etſi enim non in totum inutile hoc pactum eſt, nimirum ex qua parte pactus eſt pater ne à ſe petatur, tamen quod ad filij perſonam perinde inutile eſt ac ſi non filius eſſet, ſed omninò extraneus. Illos enim duos caſus & Iulianus & Paulus æquiparant, ſi quis pactus ſit ne à ſe néve à Titio extraneo petatur, &, ſi pater conueneritne à ſe néve à filio ſuo aut à filia ſua petatur. Quis autem dixerit ex pacto extranei poſſe acquiri extraneo exceptionem doli? Quaſi verò ad parandam exceptionem doli ſufficiat non poſſe competere pacti exceptionem, qood vtique ridiculum eſt putare. Eſt enim doli exceptio ſubſidiaria quidem exceptionis pacti, ſed hoc ſenſu vt quoties pacti exceptio locum habet noo poſſit locus eſſe doli exceptioni. At non è contrario vt quoties pacti exceptio locum habere non poteſt, doli exceptioni locus eſſe debeat. Alioqui ex quolibet pacto quantumlibet inutili & inter quoſlibet inito inducenda erit indiſtinctè exceptio doli, quod nemo vnquam dixit.

Ergo quod hîc additur, *ſed doli proſit*, vel ita emendandum eſt vt legamus ſed ſoli Proſit pro eo quod pluribus literis ſcribi potuit *ſed ſoli patri proſit* (notus enim eſt mos veterum librariorum vt & notis ſcriberent, vnde & notarij dicebantur, & ſi quando eaſdem literas repetendas haberent, ſemel tantùm ſed maiuſculo charactere eas exprimerent, vt repetendas ſignificarent) vel potius delendum quaſi à Triboniano adſcriptum, quem ſuperiore paragrapho oſtendimus in eo fuiſſe errore vt quibus caſibus vidit exceptionem pacti locum habere non poſſe, iiſdem ferè omnibus putauerit exceptioni doli ſubſidiariæ locum eſſe: quod conſtat etiam ex iis quæ diximus ad *leg. 7. §. penultimo ſupr. eod.* Quanquam vt in hac ſpecie ex pacto patris doli exceptionem filio dandam Tribonianus crediderit, mouêri potuit alia etiam ratione quia putauit ille ex patris, adeóque aut ſiue paterni ſiue materni ſtipulatione collata poſt mortem ſtipulatoris dandam filiis tam emancipatis aut nepotibus vtilem actionem contra manifeſtam rationem iuris, vt conſtat ex iis locis quos hanc ob cauſam corrupit in *leg. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verborum obligatione. leg. Caius 45. ſolut. matrimon. leg. pater 7. Codice de pact. conuent.* de quo videnda ſunt quæ ſcripſi pluribus *lib. 1. Conjecturarum, cap 4. & lib. 19. cap.* Nam actioni vtili ex ſtipulatu in perſona actoris, videtur reſpondere exceptio doli in perſona eius qui contra formam pacti de non petendo conuenitur, vt dixi ad *§. plerunque lo. 10. ſupr. eodem.* Fateamur ergo quod res eſt quemadmodum à iuris ciuilis ratione abhorret, vt ex patris aut ex aui ſtipulatione collata in eas perſonas, quæ non ſunt in poteſtate, aut in id tempus, quo non erunt in poteſtate, vtilis actio iis acquiratur ob ſolam adfectionem perſonarum. *leg. 4. Codice de pact. conuent. leg. cùm dies 7. §. ſi verò. leg ſi ita 9. leg. pater. 23. de pact. dotal.* Ita & abhorrere à ratione iuris prætorij vt ex pacto patris acquiratur vlla exceptio filio, ſiue pacti, ſiue doli, quoniam generalis propoſitio vtriuſque iuris eſt per liberos poſſe acquiri parentibus, at per parentes liberis acquiri nihil poſſe *dict. §. ſi verè*, vbi obſeruandum eſt non de acquiſitione exceptionis pacti, ſed de acquiſitione in genere loqui Pomponium, cuius lex eſt, & ſanè quamuis parentes ex voto omnia liberis parent *lege penultima. §. ſed nunquid de bonor. libert. leg. 7. §. vltimo vnd. liber. leg. vlt. de bon. damnat. leg. 13. §. cùm enim. Codice de legit. hered.* præpoſterum tamen eſt vt per parentes liberis acquiratur quicquam qood liberorum ſit viuis parentibus. Generalis enim iuris Propoſitio eſt, nihil omnino excepta ſola poſſeſſione acquiri nobis poſſe per liberam perſonam quæ non ſit in noſtra poteſtate *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir.* Ergo neque pacti, neque doli exceptionem.

3 ¶ Filiafamilias paciſci poteſt, ne de dote agat, cùm ſui iuris eſſe cœperit [m].

Ad §. 3. Filiaſamilias.

Ratio dubitandi. Dotis actio communis eſt patris & filiæ familias *leg. 2. 3. & paſſ. ſolut. matrimon.* ideóque non poteſt alter alterius conditinnem facere deteriotem *dicta lege 3.* nec paciſcendo, nec alia qualibet ratione niſi pater adiuncta perſona filiæ quæ pacta fuit, experiatur *leg. cùm dos 7. de pact. dotal.* Ergo non poteſt filia paciſci ſine patre ne de dote agat. Ne quidem cum adiectione illa *cùm ſui iuris eſſe cœperit*, quooiam huiuſmodi facto fit mulier iodotata, quam tamen ſiue filiafamilias, ſiue ſui iuris ſit dotatam manere intereſt reipublicæ *leg. quaſitum 17. §. vltimo & lege ſequenti. de rebus author. iudic. poſſid.* Item quia in pactionibus, vt & io ſtipulationibus omnibus inſpicitur tempus conuentionis *l. ſi filiuſfam. 78. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Pactum filiæfamilias collatum in id tempus quo ſui iuris eſſe cœperit perinde habetur ac ſi ab ea factum eſſet eo tempore quo iam eſſet illa ſui iuris, quia diſpoſitio quælibet intelligitur facta eo tempore in quo confertur *leg. Stichus 39. de manum. teſt. leg. ſi ego 9. §. ſi res de iur. dot. l. quod in diem 4. C. de donat. ante nuptias.* Ergo non eò minùs valere debet pactum qnod factū ſit eo tempore quo filia paciſcens erat to patris poteſtate: præſertim cùm eius pacti effectus noo ille ſit vt noceat patri, ſed vt noceat ipſi filiæ paciſcenti. Patri enim nnn nocere certum eſt. Dices, at vt noceat filiæ quid neceſſe eſt conferri pactum in id tempus quo filia erit ſui iuris? Cùm nihil vetet etiam filiamfamilias purè paciſci hactenus vt ſibi noceat non etiam patri, de ea re ſcilicet, cuius nomine habet ipſa actionem *leg. in perſona 30. infr. eod.* quomodo habet de dote. Reſpondeo dotis actionem ita eſſe communem patris & filiæ, vt ſi filiafamilias pacta ſit ſine patre non magis poſſit pactum nocere filiæ, quàm patri in cuius eſt poteſtate, alioqui & patri noceret ſi adiuncta filiæ perſona experiretur, quod tamen non ita eſt *leg. 2. §. 1. in fin. ſolut. matrimon.* Sed ſi ſui iuris facta fuerit filia, nocebit ei pactum ſicut & ſtipolatio noceret quam ab alio interponi paſſa eſſet *dict. §. 1. in fin.* Eadem ergo nocebit ei pactum quod fuerit collatum in id tempus, quo erit illa ſui iuris, ſed ita demum ſi factum ſit non ante nuptias, nec conſtante matrimonio, ſed poſt diuortium: vt hic notat Cuiacius, qooniam alioqui pactum eſſet contra ius quod non patitur vt dotis reddendæ conditio per pactum deterior fiat *leg. 5. l. ſi pater 12. §. 1. leg. de die 14. leg. 16. & 17. & paſſim de pact. dotal.* At poſt diuortium & eo tempore quo iam ſatisfactum eſt iuri in eo quod paratam habet mulier dotis repetendæ actionem ſi velit illa per pactum deteriorem conditionem ſuam facere poteſt. *lege pactum 46. infrà hoc titulo lege penultima. Codice eod.* quia hoc caſu non tam dotis quàm ſuam conditionem deteriorem facit: ſicut & heres cùm poſt mortem teſtatoris paciſcitur de non deducenda falcidia benè paciſcitur. *leg. quod bonis 15. §. 1. ad legem falcidiam.* aut filius cum herede patris iam defuncti de non petenda legitima *leg. ſi quando 35. §. illud. Codice de inoffic. teſtament.* Cùm tamen eiuſmodi pacta viuo teſtatore facta non valerent, vt ibidem ſcriptum eſt, & in *leg. ſi patronus 20. de donat. lege vltima. Codice de ſuis & legitim. lege 3. Codice de collat.*

m *Cùm ſui iuris eſſe cœperit.* Ergo ſiue per mortem patris, ſiue per emancipationem, quia his omnibus caſibus & aliis nonnullis æquè filia exit de patris poteſtate *l. mulier 22. ad SC. Trebell.*

Ratio dubitandi. Cùm filiafamilias fit ſui iuris per emancipationem patitur minimam capitis diminutionem adeóque deducitur in imaginariam ſeruilem conditionem *lege 3. §. vltimo de capit. minut.* Ergo non poteſt ex antecedentibus obligationibus teneri. Ideóque neceſſarium fuit edictum illud prætoris vt obligationes & actiones omnes quæ per capitis diminutionem interciderant reſtituerentur. Pactum ergo initum per filiam eo tempore quo erat in patris poteſtate non poteſt ei nocere poſtquàm facta eſt ſui iuris.

Ratio decidendi. Minima capitis deminutio non tollit ea quæ in facto magis quàm in iure conſiſtunt *leg. legatum 10. eod. tit.* vt nec ea quæ habent naturalem æquitatem & præſtationem, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere nunquam poteſt *leg. eas 8. eod.* Eiuſmodi verò eſt pactum, qnia & facti eſt non iuris *leg. ſi vnus 27. §. pactus hoc titulo.* & quæ ex eo naſcitur obligatio naturalis eſt habétque naturalem æquitatem *l. 1. §. eod. l. Stichum 95. §. naturalis de ſolut.* Sed & ipſa dotis actio quæ iuris eſt, vt & cæteræ omnes actiones, non perit tamen per capitis deminutionem *dicta lege eas & ſequ.* quia vt lex ait naturalem habet præſtationem. Quidni ergo & filiæ poſt emancipationem agenti nocebit exceptio pacti ante emancipationem interpoſiti?

4 ¶ Item filiusfamiliàs de eo, quod ſub conditione legatum eſt, rectè paciſcitur [n].

Ad §. 4. Item filiuſfamilias.

n *Rectè paciſcitur.* Etiam purè, id eſt, ſine illa adiectione. *Cùm ſui iuris erit.* quæ adiectio non fuerat omiſſa, in ſpecie proximè præcedente. Ponendum tamen eſt ex facto euenire, vt hic filiusfamilias reperiatur ſui iuris eo tempore quo legati conditio exiſtit. Alioqui ſi adhuc filiusfamilias eſſet fruſtra quæreretur an ei noceret pactum cùm nihil iuris eſſet ipſe habiturus in legato quod per eum acquireretur ipſo iure patri, nec rurſus an pactum noceret patri qui ipſe pactus non fuiſſet. At cùm filiusfamilias pactus fuit purè de legato quod ei ſub conditione relictum fuerat ſi reperiatur ſui iuris exiſtente legati conditione dubitari eleganter poteſt an pactum ipſi nocere debeat.

Ratio dubitandi. Quia in pactis vt & in ſtipulationibus, & in omnibus contractibus inſpiciendum eſt tempus quo paciſcimur & quo contrahimus, non tempus exiſtentis conditionis. *l. ſi filiuſfamilias. 78. de verborum obligatione.* Atqui tempore pacti erat filius in patris ſui poteſtate, nec potuit ius illud diminuere quod pater in eo legato habebat, vel quandoque habere ſperabatur: quia filius paciſcendo deteriorem facere patris conditionem nunquam poteſt *lege filius. 23. Codice hoc titulo.* Ergo pactum hoc initio inſpecto valere non poteſt.

Ratio decidendi. Differentia eſt hac parte inter ſtipulationes & legata, qnia in legatis conditionalibus filiofamilias relictis ſi diſputetur cui acquirantur an patri an filio, qui exiſtentis conditionis tempore ſit ſui iuris, placet inſpici tempus conditionis euenientis *leg. qua legata 18. de regulis iuris.* Idque ob eam rationis diuerſitatem, quam adferemus ad *dictam legem ſi filiuſfamilias*, & iam attulimus *libro 15. Coniectur. capit. 7.* Ergo & in hoc pacto quod de legato conditionali interponitur, tempus conditionis inſpiciendum eſt. Etſi enim de pacto non de legato tractamus, hoc tamen proprium habent non ſolùm pacta, ſed etiam ſtipulationes quæ legatorum & fideicommiſſorum nomine interponuntur, vt eaſdem leges & conditiones recipiant, quas haberet actio ipſa ex teſtamento, tùm quoque cùm actio illa per ſtipulationem nouata eſt. *leg. 1. §. ſi quis ſub conditione. infrà vt legat. ſeu fideicommiſſ. ſeru. cauſ. caueat. leg. cùm filius. 76. §. heres meus. de legat. 2.* Quantò magis ſi pactum nndum interuenerit quod actionem nouare nunquam poteſt? Aliud ergo eſſet ſi de ſtipulatione conditionali filiusfamilias paciſceretur etiam quam ipſe interpoſuiſſet, quia eius emolumentum omnimodo patri quæritur, etiamſi filius eueniente conditione ſit ſui iuris *dict. leg. 78. de verbor. oblig.*

a *De eo quod ſub conditione legatum eſt.* Ratio dubi-

randi. Quod ſub conditione legatum eſt repudiari non poteſt. *leg. ſi ita ſcriptum. 45. §. ſi ſub conditione. de legat. 2.* quia nec delatum intelligitur quandiu pendet conditio. *leg. cedere diem. 213. de verborum ſignificatione.* quod autem nondum delatum eſt, cùm nondum competat repudiari non poteſt *leg. 1. §. decretalis. de ſucceſſ. edict.* Atqui pactum de legato non petendo quid aliud quàm pacti repudiatio eſt: Ergo tale pactum pendente conditione valere non poteſt.

Ratio decidendi. Aliud eſt repudiare legatum conditionale, aliud verò de eo paciſci. Repudiantur delata Paciſcimur etiam de non delatis, inquit benè Cuiacius ex *leg. pactum 46. inf. & l. 1. Cod. eod.* Repudiatio fit in iure *l. 4. C. de repud. vel abſtin. hered.* Pactum autem quoquomodo. Adde quæ dicam ad *l. ſi vnus 27. §. ſed ſi generaliter. j. h. tit.* An verò filiusfamilias paciſcendo patri nocere aliquo caſu & quando poſſit alia quæſtio eſt, de qua dicemus ad *l. contra 28. § ſi filius. & l. ſeq. j. eod.*

5 ¶ In his, qui eiuſdem pecuniæ exactionem habent inſolidum, vel qui eiuſdem pecuniæ debitores ſunt: quatenus alij quoque proſit, vel noceat pacti exceptio, quæritur: Et in rem pacta omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe eius, qui paciſcebatur interfuit. itaque debitoris conuentio fideiuſſoribus proficiet.

Ad §. 5. In his.

Ratio dubitandi. Pactum ab alio factum etiamſi in rem conceptum ſit alij neque prodeſſe debet neque nocere. *leg. ſi vnus. 27. §. pacta in fin. infra eod.* quia per liberam perſonam quæ non ſit in noſtra poteſtate non magis acquiri nobis poteſt exceptio pacti vel doli, quàm aliud quidpiam excepta ſola poſſeſſione. *leg. 1. Codice per quas perſonas nobis acquir.* Ergo in pluribus etiam qui eiuſdem pecuniæ exactionem habent in ſolidum vel qui eiuſdem pecuniæ debitores ſunt pactum vnius alteri nunquam prodeſſe debet vel nocere, tametſi conceptum ſit in rem.

Ratio decidendi. Pactum vnius non poteſt quidem alteri prodeſſe principaliter, ſed per conſequentias poteſt, quoties nimirum eueniret, vt nec ipſi qui pactus fuiſſet prodeſſet ſi non ad alium quoque eius commodum tranſiret. Vt euenit in pacto de non petendo inito per debitorem qui dederat fideiuſſorem. Etſi enim alia eſt perſona debitoris, alia fideiuſſoris adeóque alia obligatio debitoris, alia fideiuſſoris, cùm illa principalis, hæc acceſſoria ſit, pactum tamen debitoris prodeſt fideiuſſori ſi pactus ſit debitor, non in perſonam ſuam, ſed in rem, id eſt, ne debitum petatur, quoniam alioqui parum aut nihil prodeſſet ipſi debitori, contra quem fideiuſſor eſſet habiturus regreſſum actione mandati, vel negotiorum geſtorum. *leg. ex mandato. 10. §. 1. infrà mandat.* ſi pecuniam quam creditor petere à debitore non poteſt ipſe, creditori ſoluere cogeretur. *leg. cùm lex 46. de fideiuſſoribus.* Et ita intereſt debitoris fideiuſſoriam quoque obligationem elidi per exceptionem. Ad hoc autem comparatæ ſunt actiones & exceptiones omnes vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. *leg. 38. §. alteri. de verborum obligatione.* Aliud igitur erit ſi fideiuſſor vel donandi animo, vel in rem ſuam fideiuſſerit, vel pro furioſo, vel pupillo, vel prodigo, ſiue tutoris vel curatoris autoritate, vel pro inuito & vetante. *lege quod dictum 32. infr.* quoniam his mandati actio non competit. *leg. Marcellus 25. eod. l. 5. de liber. leg. l. vlt. C. de neg. geſt. l. ſed ſi 24. j. h. tit.* iunge *l. 25. eod.*

22. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

NIſi hoc actum eſt, *vt dumtaxat à reo non petatur* [a], *à fideiuſſore petatur* [b]: tunc enim fideiuſſor exceptione non vtetur.

Ad l. Niſi hoc actum 22.

Ratio dubitandi. Etiamſi hoc actum ſit vt à reo dumtaxat non petatur, intereſt tamen debitoris non peti à fideiuſſore, cùm alioqui futurum ſit vt per fideiuſſorem qui conuenietur, regreſſumque aduerſus reum, ſiue mandati, ſiue negotiorum geſtorum actione habiturus eſt ſecundùm ea quæ proximè diximus, ipſe quoque reus conueniri videatur *dicta lege 5. de liberat. legat. l. cùm lex 46. de fideiuſſoribus.* Itaque perinde fit contra pactum de non petendo à reo cùm petitur ab eius fideiuſſore, atque ſi à reo ipſo peteretur. Adde quod inter cæteras exceptiones quæ fideiuſſori aduerſus creditorem competunt, vna illa eſt, ſi noſtris credimus, cedendarum actionum, id eſt, qua repellit creditorem, ſi non paratus ille ſit cedere & præſtare actiones ſuas fideiuſſori contra debitorem: quas porrò certum eſt debere vtiles & efficaces eſſe non inanes, cùm nihil interſit an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem quæ per exceptionem infirmetur *leg. nihil intereſt 112. de regulis iuris. l. nam is 6. de dolo.* Atqui non poteſt eſſe efficax actio creditoris contra debitorem qui tutus eſt exceptione pacti de non petendo. Comparatur enim hic non tam ei qui nihil habet, quam ei qui iam ſatisfecit, cùm habeat quod obiiciat prætori *leg ſi pupillus 45 in fin. de adminiſtratione tutor.* Ergo non eſt permittendum creditori vt agat contra fideiuſſorem cui nullam efficacem actionem præſtare poteſt aduerſus debitorem propter pactum de non petendo factum cum debitore: atque ita fit vt pactum initum cum debitore quantumuis perſonale ſit, prodeſſe neceſſariò debeat fideiuſſori, ſaltem per conſequentias, quomodo de mandatore ſcriptum eſt in *lege Stichum 95. §. penultimo de ſolutione.*

Ratio decidendi. In pactis ſicut in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſemper ſequimur id quod actum eſt *leg. ſemper 34. de regulis iuris.* Nec enim vnquam actus operantur vltrà intentionem agentium *leg. non omnis 19. de rebus creditis.* Non igitur fieri poteſt vt pactum de non petendo conceptum in perſonam debitoris ob eam maximè cauſam ne fideiuſſori prodeſſet, ei prodeſſe debeat, quamuis futurum ſit poſteà conuento fideiuſſore vt reus quoque conueniri videatur, quia credibile eſt, neque cum debitore pactum fuiſſe initurum creditorem de non petendo ab eo, ſi fideiuſſorem obligatum non habuiſſet, nec ideò tamen fit vt nulla debitori ſuperſit vtilitas pacti, cùm poſſit eius intereſſe, vt non niſi per mediam fideiuſſoris perſonam potiùs quàm vt rectà conueniatur, ſiue quòd eo modo futurum ſit vt vrgeatur tardius, ſiue quòd fortaſſe bona ſua omnia obligauerit creditori, nec ea tamen fideiuſſor habeat obligata, ſiue denique quòd fideiuſſoris regreſſum aduerſus ſe minùs vereatur, aut tanquam amici hominis, mitiúſque ſecum acturi, aut tanquam eius qui viciſſim ei aliquid debeat, & cui poſſit obiicere compenſationem aut aliam quamlibet exceptionem. Quorum omnium ſi nihil in eo ſimile quicquam interueniat, imputare ſibi debitorem oportet cur in perſonam ſuam conceperit pactum, ac non potiùs in rem vt fideiuſſori quoque prodeſſe poſſet. Eſt enim longè tolerabilius vt nullius vtilitatis pactum ſit debitori, quàm vt contra id quod inter contrahentes actum eſt proſit fideiuſſori. Nec poteſt defendi profuturum ei per exceptionem cedendarum actionum. Nullo enim iuris loco, quòd & Cuiacius benè obſeruauit, ſcriptum reperias eam exceptionem fideiuſſori accommodandam eſſe, quia nimirum nec neceſſe

eſt,

eſt, cùm proprio iure habeat pro ſua indemnitate actionem mandati, vel negotiorum geſtorum *leg. ex mandato* 20. §. 1. *mandat.* Poteſt quidem creditor eam ceſſionem facere ſi velit, nec tantùm aduerſus debitorem, ſed etiam aduerſus confideiuſſorem *lege vltima fideiuſſor* 39. *de fideiuſſoribus. leg. Modeſtinus* 76. *de ſolut.* Nec ſolùm poteſt ſed etiam cogitur, ſi ſine vllo ſuo incommodo id facere poſſit. Cui enim non æquum id videatur? *leg. in creditore* 38. *leg. rem hereditariam* 65. *de euict.* Sed ſi nullam actionem efficacem habeat, neque perſonalem, neque hypothecariam in perſonam & bona debitoris, non eò magis repellendus eſt, ſi agat contra fideiuſſorem, tametſi vitio & facto ſuo eas actiones quas aliquando habuit, amiſerit: cùm non ideò futurum ſit vt fideiuſſor in damno moretur, quamuis ea ceſſio poſſit illi prodeſſe & propter hypothecam ſi creditum fuit hypothecarium, & propter priuilegium temporis ſi creditor ille fuit anterior vel tempore in hypotheca, vel cauſa in priuilegio, de quo ſcripſi *lib.* 11. *Conuect. c.* 15. At mandatoris alia ratio eſt. Nullam enim ille propriam actionem habet contra eum pro quo mandauit, ob idque ne in damno moretur, æquum eſt non aliter audiri creditorem aduerſus eum agentem, quàm ſi actionem aliquam efficacem habeat contra debitorem quam mandator præſtare & poſſit & velit *d. l.* 95. §. *pen. de ſolut.*

a *Vt dumtaxat à reo non petatur.* Valebat, etáique frequens hoc pactum iure vetere, quo electionem habebat reus, an cum reo primùm agere vellet, an eum fideiuſſore *l.* 3. *l. iure noſtro* 5. *l. liberum* 16 *Codice de fideiuſſor.* Sed iure nouo valere non poteſt, quin proſit etiam fideiuſſori, poſtquam placuit Iuſtiniano. *Nouell.* 4. *de fideiuſſ.* vnde ſumpta eſt *Authentica praſente. Codice eodem.* vt fideiuſſor habeat exceptionem ordinis, id eſt, vt non niſi priùs conuento reo principali, eiúſque facultatibus excuſſis ad fideiuſſorem veniri poſſit. Nam ſi pactum hoc valeret ita vt non poſſet fideiuſſori prodeſſe, eueniret vt beneficium exceptionis quam fideiuſſor non à debitore, ſed à Iuſtiniani lege habet, ſolo debitoris facto ei eriperetur, quod abſurdum eſſet. argum. *leg. ſi adrogator* 22 *de adoptionibus.* Cùm neque exceptionem pacti quam facto pactóque ſuo debitor fideiuſſoribus ſuis adquiſiit contrario pacto eis auferre poſſit *lege vltima infrà. hoc titulo.* An ergo inutiliter pactus erit debitor ne à ſe petatur? Minime. Sibi enim debet creditor imputare cur cum eo ita pactus ſit. Sed nocebit pactum creditori non tantùm quod ad debitorem, ſed etiam quod ad fideiuſſorem, atque ita proderit fideiuſſori etiam inuitis paciſcentibus. At per conſequentias non principaliter & occaſione magis quàm iure, vt ait *leg.* 2. *de riuis.* Coniuncta nimirum poteſtate conſtitutionis Iuſtinianeæ cum effectu pacti, Quia cùm non poſſit creditor fideiuſſorem conuenire niſi conuento prius debitore propter legem Iuſtiniani. debitor autem conueniri ſaltem efficaciter non poſſit propter pactum de non petendo, neceſſariò conſequens eſt vt nec poſſit conueniri fideiuſſor à creditore, non magis quàm ſi creditori debitor ſoluiſſet. Planè: ſi quod hodie fieri adſolet, fideiuſſor cùm acceptus fuit beneficio nouæ conſtitutionis renunciauerit, cui renunciari poſſe etiam Iuſtinianus voluit, dubitandum non eſt quin ſicuti per eam renunciationem reditur ad ius vetus, ita & valiturum ſit pactum de non petendo à debitore dumtaxat, nec profuturum fideiuſſori quominùs poſſit ille prior conueniri. Quaſi fideiuſſorem eligat creditor hoc ipſo quod paciſcitur ne petat à debitore.

b *A fideiuſſore petatur.* Rectè hæc verba lineis interclusa ſunt tanquam ſuſpecta: ſunt enim delenda, ſicut & illa quæ nos ſuſtulimus in *leg. ſi decem* 17. §. *ſi quis paciſcatur. ſuprà eod. ſed vt ab herede petatur* tanquam quæ ex eiuſdem interpretis inſcitia & gloſſemate in textum irrepſerunt. Nam vt pactum de non petendo cum debitore factum non proſit fideiuſſori ſufficit actum fuiſſe vt eſſet perſonale, quale proculdubio eſt, cùm conuenit vt à reo dumtaxat non petatur, licèt non ſit additum vt à fideiuſſore petatur. Tunc enim dumtaxat poteſt videri pactum in rem conceptum, cùm perſona nulla à qua petendum non ſit pacto comprehenſa eſt.

23. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

FIdeiuſſoris autem conuentio nihil proderit reo; quia nihil eius intereſt, à debitore pecuniam non peti, imò nec confideiuſſoribus proderit [c]. neque enim, quoquomodo cuiuſque intereſt [d], cum alio conuentio facta prodeſt: ſed tunc demùm, cùm per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus eſt, proficiat: ſicut in reo promittendi, & his, qui pro eo obligati ſunt.

Ad l. Fideiuſſoris 23.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor qui tutus eſt exceptione pacti de non petendo videtur habendus pro eo qui tametſi non ſoluerit, tamen ſatisfecit cùm habeat quod obiiciat petitori *leg. ſi pupillus* 45. *de adminiſtratione tutorum.* Atqui ſolutio vel ſatisfactio per fideiuſſorem facta prodeſt debitori, quia ſatisfactio pro ſolutione eſt *leg. ſatisfactio* 52. *de ſolutione.* ſolutio autem pro debitore facta liberat debitorem non ſolùm ſi à fideiuſſore facta ſit, ſed etiam ſi ab alio quocunque *lege ſoluere* 53. *& ſequenti eodem.* Ergo & pactum de non petendo initum cum fideiuſſore debet prodeſſe debitori, ſicut & iuſiurandum prodeſt *leg. in duobus* 28. §. 1. *de iureiurand.* Quamuis iuſiurandum non liberet ipſo iure eum qui iurauit, ſed tantùm ope exceptionis ſicut & pactum *leg. ſed ſi poſſeſſori* 11. *& paſſ. eod.*

Ratio decidendi. Alia ratio eſt iuriſiurandi, alia verò pacti de non petendo etiam in rem concepti: Iuſiurandum enim etiam loco ſolutionis cedit *leg. iuſiurandum* 27. *eod.* ſcilicet ſi de ipſo contractu & de re non de perſona interponatur *dicta lege* 28. §. 1. id eſt, ſi fideiuſſor iurauerit, non ſe nihil debere, ſed imperſonaliter nihil deberi. vnde eſt quod poſtea quàm iuratum fuit, dummodò conſtet rectè ritéque iuratum eſſe, non tantùm datur exceptio reo aut fideiuſſori qui iurauit, ſed etiam denegatur actio actori *leg. nam poſteaquàm* 9. *in princip. eod.* quia & ſi actor eſſet is qui iurauit, actionem ex iureiurando haberet aduerſus deferentem eiúſque ſucceſſores *dicta lege nam poſteaquàm.* §. *vltimo. & dicta lege ſed ſi poſſeſſori in princip. &* §. 1. *eod.* Actio, inquam, in factum ad ſimilitudinem iudicati *lege actori* 8. *Codice de rebus cred. & iureiurand.* Nam & iuſiurandum eandem vim habet quam res iudicata, adeóque maiorem *lego* 2. *infra eodem.* & conſequenter pro veritate habetur *leg. ingenuum* 25. *de ſtatu hominum. leg. res iudicata* 208. *de regulis iuris.* Itaque cùm fideiuſſor iurauit nihil deberi tam verum eſt reum, quàm fideiuſſorem nihil debere, Cùm nec alia ratione contendat fideiuſſor ſe nihil debere quàm quòd nihil à reo ipſo debeatur. At pactum de non petendo, quamuis in rem conceptum nunquam afficit ſubſtantiam obligationis, ſed tantùm exercitium aut potiùs efficaciam actionis, cuius tamen integrum ius relinquit. Ideóque nec poteſt dici cedere loco ſolutionis aut ſatisfactionis, cùm non liberet paciſcentem *leg. ſolutionis* 54. *de ſolutione.* neque facere quominùs creditori etiam contra eum ipſum qui pactus fuit actio detur. Quid ergo? Prodeſt tantùm ad hoc vt actio illa per exceptionem elidatur, quia nimirum ita fieri intereſt paciſcentis qui nec aliam ob cauſam pactus fuit, quàm vt eam exceptionem acquirendo

tendo ſibi conſuleret *leg.* 27. §. 1. *infrà.* Atqui nihil intereſt fideiuſſionis liberari debitorem, quia etiamſi debitor condemnetur, & ab eo pecunia exigatur, non ideò tamen pauperior erit fideiuſſor, contra quem ſcilicet non perinde regreſſum habiturus eſt debitor, atque haberet fideiuſſor contra debitorem extra caſum *lege proximè ſequenti.* Ergo pactum fideiuſſoris etiam in rem conceptum non poteſt debitori prodeſſe. Et hæc germana differentiæ ratio eſt inter pactum & iuſiurandum, non quam adfert Cuiacius quòd maior ſit vis religionis quàm fidei datæ, etſi hæc quoque vera eſt magis quàm ad rem accommodata, vt ex iis etiam conſtat quæ ſcripſi ad *legem* 17. §. *ſi pactus ſim. in fin. ſupr. eod.*

c *Imò nec confideiuſſoribus proderit.* Ratio dubitandi. Intereſt fideiuſſoris, vt confideiuſſores eius liberentur, quia licèt fideiuſſori qui totum ſoluit danda actio non ſit vt agat contra ſuum confideiuſſorem ſi non ei ceſſæ ſint actiones *leg. vt fideiuſſor* 39. *de fideiuſſoribus.* cùm tamen non poſſit recuſare creditor quominùs vni ex aliis confideiuſſoribus ſolidum ſoluenti in ſolidum quoque actiones præſtet, fiet eo modo vt fideiuſſor qui pactus erat de non petendo eum creditore conueniatur à cæteris confideiuſſoribus cum quibus pactus non fuit.

Ratio decidendi. Non poteſt creditor alij confideiuſſoribus ſolidum ſoluentibus actiones præſtare etiamſi maximè velit, niſi quas & quales habet. Porrò nullas habet efficaces contra eum cum quo pactus eſt de non petendo. Non magis ergo fieri poteſt, vt hic fideiuſſor qui pactus eſt conueniri poſſit à ſuis confideiuſſoribus, quàm vt ab ipſo creditore. Nihil proinde intereſt fideiuſſoris qui pactus fuit, an pactum confideiuſſoribus eius profuturum, necne. Neque tamen ideò cæteri confideiuſſores onerantur, cùm perinde habituri ſint beneficium diuiſionis, vt non conueniantur pro parte fideiuſſoris, qui pactus fuit ſi modò ſit ille ſoluendo tempore litis conteſtatæ, ne alioqui beneficium quod habent non à creditore aut à confideiuſſore, ſed ab epiſtola diui Hadriani, facto confideiuſſoris eis adimatur. contra *leg. vltim. infrà hoc titulo. lege ſi adrogator* 22. *de adopt.* Intereſſet ſanè confideiuſſorum, vt prodeſſet iis pactum confideiuſſoris. Sed non ſufficit quoquomodo intereſſe cuiuſlibet ad hoc vt ei proſit cum alio facta conuentio, ſed illud omnino requiritur, vt pacti exceptio quam habere vult is qui pactus non eſt, per ipſius perſonam proſit principaliter ei qui pactus fuit. Hoc enim cùm euenit intereſt principaliter eius qui pactus fuit vt pactum etiam alij proſit, ideóque & prodeſt. Vt euenit in reo promittendi, & his qui pro eo obligati ſunt. Cùm enim pactus fuit debitor ne debitum petatur, id eſt, neque ab eo, neque ab eius fideiuſſoribus, & ex eo pacto datur exceptio fideiuſſoribus, prodeſt quidem iis pactum, ſed acceſſoriè ipſi verò debitori principaliter non minùs quàm ſi ipſe conueniretur. Item in duobus reis promittendi, & in duobus argentariis ſociis *l. idem* 25. ⁊. vbi dicam.

d *Neque enim quoquomodo cuiuſque intereſt.* Malè Cuiacius hoc ſic explicat quaſi Paulus velit, vt pactum quod ego feci aliis proſit, neceſſe eſſe vt mea interſit non quoquomodo, ſed principaliter & peculiariter. Non enim Paulus iſta duo *quoquomodo* & *principaliter*, opponit inuicem in vna eadémque perſona paciſcentis, ſed in diuerſis perſonis, & hoc ſibi vult, vt iam explicauimus, non ſufficere vt interſit quoquomodo illius qui ex alieno pacto vult excipere, ſed requiri vt principaliter interſit eius qui pactus fuit. Cæterùm ſi eius qui pactus fuit intereſſet quoquomodo, id eſt, etiam per conſequentias non principaliter dummodo pecuniariter (vt excludamus obligationem ad *ἀντίδωρα*, quæ per beneficij cuiuſlibet dationem acquiritur *leg. ſed etſi* 25. §. *conſuluit. de petit. hered.* hoc ſufficeret vt vnius pactum etiam alteri prodeſſet. Ideóque benè Paulus rationem illam proximè attulit cur fideiuſſoris conuentio nihil proſit reo, *quia*, inquit, *nihil eius intereſt pecuniam à debitore non peti.* hoc eſt, nullomodo ipſius intereſt, vt intelligamus aliud reſpondendum eſſe, ſi quoquomodo ipſius interſit, ex [illegible] ratione apparet, neque ad doli exceptionem poſſe pactum rei prodeſſe fideiuſſori, vt dicam ad *l.* 25. §. *vlt.* & *l.* 26. ⁊. *eod.*

24. PAVLVS libro 3. ad Plautium.

SEd ſi fideiuſſor in rem ſuam ſpopondit: hoc caſu fideiuſſor pro reo accipiendus eſt: & pactum cum eo factum, cum reo factum eſſe videtur.

Ad l. Sed ſi fideiuſſor 24.

Hæc lex continet exceptionem ad id quod dictum eſt in *principio legis præcedentis.* Pactum fideiuſſoris reo non prodeſſe. Nam ſi fideiuſſor in rem ſuam ſpoponderit, & pactus ſit ne debitum petatur, concepto in rem pacto, proderit exceptio pacti etiam debitori.

Ratio dubitandi. Ex ſupradicta generali regula, quæ habet fideiuſſoris conuentionem nihil prodeſſe reo, quia nihil interſit fideiuſſoris à debitore pecuniam non peti *dicta lege prox. in princ. ſuprà.*

Ratio decidendi. Fideiuſſor hoc caſu pro reo accipiendus eſt, cùm in rem ſuam ac proinde, pro ſe magis quàm pro alio ſpoponderit, & conſequenter is qui ſe reum & principalem debitorem dixit, pro fideiuſſore magis quàm pro reo. Is enim fideiuſſor eſt qui pro alio non qui pro ſe interuenit *leg. grecè* 8. §. *illud* & *paſſ. de fideiuſſ.* Itaque pactum cum huiuſmodi fideiuſſore factum, videtur factum cum reo, ideóque & reo prodeſt non tanquam reo, ſed tanquam fideiuſſori. Intereſt enim fideiuſſoris, cùm aduerſus eum habiturus ſit regreſſum reus ſi ſoluere cogatur, quia non tam pro ſe quàm pro fideiuſſore ſuo ſoluiſſe videbitur. Sed è contrario ſi reus ille pactus ſit quantumlibet in rem de non petendo, proderit pactum fideiuſſori, quia non tam rei quàm fideiuſſoris pactum fuiſſe intelligitur, quod reo prodeſſe nunquam debet. Proinde ſi benè inſpicias, non vitiantur hoc caſu duæ illæ iuris regulæ, quarum vna vult, Pactum rei prodeſſe fideiuſſori quoties in rem conceptum eſt. Altera negat pactum fideiuſſoris, etiamſi in rem conceptum ſit prodeſſe reo, ſed iiſdem regulis retentis vitiatur tantùm & immutatur propria ſignificatio nominum *rei* & *fideiuſſoris* cùm eum qui ſe reum dixit habemus pro fideiuſſore, pro reo autem illum qui ſe nominauit fideiuſſorem, attento ſcilicet magis eo quod re vera actum quàm quod ſimulatè dictum eſt *toto titulo. Codice plus valer. quod agit. quàm quod ſimul concip.* Exemplum autem fideiuſſoris in rem ſuam ſpondentis, adferre noſtri ſolent de vxore quæ fideiuſſit pro marito à quo fundus dotalis petebatur ex *l. de dio* 8. §. 1. *ſupr. qui ſatiſdar. cogant.* Sed vereor ne non ſit ſatis accommodatum exemplum. Etſi enim verum eſt vxorem fideiubere in rem ſuam, quoties fideiubet pro marito à quo actor fundum dotalem vindicat, negari tamen non poteſt quin fideiubeat etiam in rem viri, ſi quidem dos quamuis ſit mulieris, eſt tamen in bonis mariti *leg. quamuis* 75. *de iure dotium.* Fideiubet ergo potiùs in rem communem, argument. *leg. ſciendum* 15. §. *ſi fundus. qui ſatiſdar. cogant.* & conſequenter pactum alterius alteri proderit, ſiue maritus ſolus, ſiue vxor ſola, dummodò in rem, pactum feciſſe proponatur, quia paciſcentis, quiſquis ille ſit, intereſt principaliter, vt alteri quoque pactum proſit.

25. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

IDem [a] in duobus reis promittendi [b], & duobus argentariis ſociis.

Ad l. Idem in duobus 25.

a *Idem*, ſupple quod dictum eſt non in *lege proximè præcedenti. ſed in leg. fideiuſſoris. 23. in fine.* quæ non tantùm eiuſdem Pauli, ſed ex eodem etiam libro tertio ſcilicet ad edictum in quo potiſſimum tractauit illa de pactis, vt conſtat ex legibus Pauli tam ſequentibus, quàm præcedentibus, quæ ſunt in hoc titulo. In eóque puto vitioſam huius legis inſcriptionem, quæ oſtendit ſumptam legem ex *libro Pauli ad edictum pro eo quod ſcribi debuit libro 3.* Adfinitas notarum vitioſque numeri facilè peperit mendum. Non debuit ergo inter hanc *l. & dict. leg.* 23. interiici lex 24. quæ vnam eandémque Pauli ſententiam interpellat. Idque & Cuiacius ante nos benè docuit, monens *dictam legem* 24. debuiſſe poni ante verſ. *imò nec confideiuſſoribus.*

b *In duobus reis promittendi.* Pactum ergo vnius ex reis promittendi, quos vulgò correos appellamus alteri prodeſt ſi ſocij ſint non proderit. Nam dictio *ſociis* quæ additur poſt verba illa ſequentia, *& duobus argentariis*, non tantùm ad argentarios referenda eſt, ſed etiam ad correos promittendi, in quibus illa vtique diſtinctio neceſſaria eſt, An ſint ſocij nécne *l. 3. §. nunc de effectu. de liber. leg. l. in lege 62. ad l. falcid. l. 9. § pen. & l. 10. de duob. reis.* ſcripſi *libro* 11. *Coniect. cap.* 16.

Ratio dubitandi. Correorum debendi non tantùm vnicum debitum eſt, ſed etiam vnica obligatio *l. 3. §. 1. & paſſ. de duobus reis.* in quo alia ratio eſt correi, alia fideiuſſoris. Nam cùm debitor aliquis fideiuſſorem dedit vnum quidem debitum eſt, quod ideò vnica ſolutione tollitur, ſed duæ ſunt obligationes, vna principalis, alia fideiuſſoria & acceſſoria Ergo non idem ius conſtitui debet in correis debendi, quod conſtituitur in reo & in fideiuſſore. Sed potiùs dicendum eſt Pactum vnius ex correis alteri omnimodo prodeſſe etiamſi non ſint ſocij quamuis pactum fideiuſſoris non proſit reo.

Ratio decidendi. Etſi plurium correorum debendi vna tantùm obligatio eſt, non ideò tamen fit vt vnius pactum de non petendo alteri proſit, quia ſcilicet pactum de non petendo non afficit ſubſtantiam obligationis, & neque ius aut exercitium actionis, ſed tantùm efficaciam actionis faciendo vt actio quæ ſalua & integra ſupereſt ipſo iure etiam contra paciſcentem elidatur per exceptionem. Neque rurſus intereſt quicquam correi qui pactus fuit pecuniam à correo non peti, cùm regreſſum nullum habiturus ſit correus qui totum ſoluet aduerſus correum, qui nihil, vt pluribus à nobis probatum eſt *libro* 11. *Coniectur. capit.* 6. *& ſeqq.*, Nihil obſtante eo quod in contrarium ſcriptum videtur in *leg. 2. Codice de duobus reis.* vt ibidem oſtendimus *cap.* 27. Et ſanè vel hic locus maximè probat, Correo ſolidum ſoluenti nullum dari regreſſum aduerſus correum. Alioqui non poſſet negari quin correi pactum correo prodeſſe deberet etiamſi ſocij non eſſent, quandoquidem paciſcentis proculdubio intereſt, quod tamen hæc lex negat. Idémque in pluribus argentariis iuris eſt vt vnius pactum alteri proſit ſi ſocij non ſint. Dices Correos debendi videri vice mutua fideiubere ex *leg. vir vxori 17. §. mulier & Titius ad Senatuſconſultum Velleian.* ſed id quoque falſum eſt etiamſi correi debendi ſocij proponantur vt nos eodem Coniecturarum libro probauimus. Quid ergo facit ſocietas propter quod vnius ex correis debendi aut argentariis pactum debeat correo, aut alij argentario prodeſſe? Nimirum quia intereſt eo caſu paciſcentis non peti ab alio qui ſocius ſit, quandoquidem reputaturus ille eſt ſocietatis iudicio quod ſoluere cogetur. Quæ etiam ratio eſt *l. eandem 9. §. penultimo in fin. de duobus reis.* Nam ſi in ea ſpecie correorum culpa communis non fuiſſet, vtique quod nunc ex iis ob culpam propriam præſtitiſſet ſocio reputare iudicio ſocietatis non poſſet: quia culpæ ſocietas nulla eſt *lege ſi communis 9. leg. ſi ex duobus 16. de noxal. action.*

1 ¶ Perſonale pactum ad alium non pertinere: quemadmodum nec ad heredem [c], Labeo ait.

Ad §. 1. Perſonale.

Ratio dubitandi. Intereſt plerumque paciſcentis vt pactum etiamſi ſit perſonale alij tamen proſit vt in illis ipſis exemplis in quibus ſupra diximus pactum vnius in rem conceptum alteri prodeſſe. Ergo quod pactum perſonale ſit facere non debet ne proſit alteri ſi modò tale ſit quod in rem conceptum prodeſſe poſſet, cùm illud tantùm inſpici debeat, an interſit paciſcentis *lege 2. §. vltimo ſuprà.*

Ratio decidendi. Conſecutio negatiuè bona eſt vt pactum vnius nunquam proſit alteri in cuius poteſtate non ſit is qui pactus fuit, quoties nihil intereſt paciſcentis etiamſi pactum in rem ſit. Sed non ſimiliter è contrario bona eſt affirmatiuè ſi quis dicat, Intereſt paciſcentis pactum eius prodeſſe alteri. Ergo prodeſt. Id enim tunc tantùm verè dicitur, cùm pactum in rem conceptum fuit. At non item ſi in perſonam, ne actus vltra intentionem agentium operetur *l. non omnis 19. de rebus credit.* Cur enim pactum concepiſſent in perſonam, niſi voluntatem illam habuiſſent vt perſonam non egrederetur. Ideò namque perſonale quid dicimus, quod perſonam non egrediatur *leg. quia tale 14. ſolut. matr. l. 1. §. planè de conſtit. Princip.*

c *Nec ad heredem.* Ratio dubitandi. Heredis perſona eadem cenſetur cum perſona defuncti *lege cùm heres 11. De diuerſorum temporum præſcriptione. leg. nihil eſt aliud 24. de verborum ſignificatione.* Et qui paciſcitur non minùs de herede ſuo quàm de ſe cogitat *leg. ſi pactum 9. de probat.* Ergo pactum omne quantumuis perſonale ſit tranſit ad heredem.

Ratio decidendi. Perſona defuncti non eſt reuera eadem cum perſona heredis, ſed tantùm eadem eſſe intelligitur fictione iuris, quæ fictio neque tam facilè poteſt habere locum in pactis, in quibus non ius, ſed factum verſatur *l. ſi vnus 27. §. pactus infrà hoc titulo.* neque accommodari poteſt ad illa etiam quæ ſunt iuris ſi ſint perſonalia, quia quæ perſonalia ſunt, id eſt, quæ cohærent perſonæ non tranſeunt ad heredem *leg. vſus aqua 21. de vſu & habitat. dicta lege quia tale 14. ſolut. matrim. leg. non ſolùm 8. §. tale legatum de liber. legat. leg. 2. 3. & 4. leg. ſi habitatio 9. quand. dies leg. ced.* Benè autem argumentatur Paulus vt pactum perſonale non tranſeat ad alium, quia nec tranſit ad heredem. Quod enim tranſmiſſibile non eſt ad heredem, multò minùs eſt cedibile *Lex pluribus 42. de adquir. hæ.*

2 ¶ Sed quamuis fideiuſſoris pactum reo non proſit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus ſcribit.

26. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

VIdelicet ſi hoc actum ſit, ne à reo quoque petatur [d]. Idem & in confideiuſſoribus eſt.

Ad §. 2. Sed quamuis. & l. Videlicet. 26.

Mihi ſemper ſuſpecta fuit ſententia huius paragraphi, *& lege proximè ſequenti.* Nec enim poſſum mihi perſuadere pactum fideiuſſoris qui re vera nec tantùm nomine fideiuſſor ſit, vt excludam caſum *leg. 24. ſuprà eod.*) poſſe reo prodeſſe ad parandam ei doli exceptionem, etiamſi ponas non modò in rem conceptum fuiſſe pactum, ſed etiam id actum, adeòque ſi voles, quod magis eſt expreſſim dictum, vt nec à reo petatur. Non tam enim voluntatis quàm poteſtatis defectus ille eſt qui inducit ne pactum fideiuſſoris proſit reo, quia per liberam perſonam quæ in poteſtate noſtra non ſit, nec actio, nec exceptio acquiri nobis poteſt, quantumlibet noſtra maximè interſit, niſi interſit principaliter eius per quem acquirere volumus *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligatione & leg. fideiuſſoris 23. ſuprà hoc titulo.* vbi cùm ob hanc cauſam ſcriptum ſit generaliter fideiuſſoris conuentionem reo nihil prodeſſe, intelligimus ne quidem ad doli exceptionem prodeſſe. Alioqui prodeſſet ſanè aliquid, imò tantundem quantum ſi pareret exceptionem pacti. Cùm in effectu nihil interſit qua exceptione ſummoueatur actor, dummodò ſummoueatur, niſi quòd doli exceptio odioſior eſt tanquam quæ actoris exiſtimationem onerat apud viros bonos & graues *leg. licèt 7. §. nec exceptione de obſeq. parent. præſt. leg. 4. §. aduerſus 16. de doli exceptione.* Illa item ratio Pauli generalis eſt, *quia nihil eius intereſt à debitore pecuniam non peti.* Quis enim credat per liberam perſonam, cuius nihil interſit faciliùs acquiri nobis exceptionem doli quàm pacti? Non nego doli exceptionem poſſe locum habere pleriſque caſibus quibus pacti exceptio locum habere non poſſit, vt in *leg. reſcriptam 10. §. vltimo. & leg. ſi cum emptore 16. ſuprà eodem.* Idque vnum eſt quod Tribonianum noſtrum fefellit. Sed dico id euenire quoties paciſcentis perſona talis eſt, vt ab eo vtilitas pacti tranſire debeat ad alium, ad quem tamen non poſſit tranſire vtilitas exceptionis pacti. Vt cùm procurator meus pactus eſt, vel is qui mihi hereditatem vendidit, vel magiſter ſocietatis, quia iſtorum omnium intereſt acquiri mihi ex pacto exceptionem aliquam, quæ quoniam pacti eſſe non poteſt, neceſſe eſt vt ſit doli. At cùm paciſcentis perſona penitus extranea eſt nihilque interſit ipſius, abſurdum eſt credere doli faciliùs quàm pacti exceptionem acquiri nobis per alium poſſe. Niſi fortè quis putet dandam eſſe exceptionem doli cuilibet cui alter pactus ſit, quod tamen nec Cuiacius ipſe negat abſurdum eſſe, quamuis hoc Triboniani facinus non obſeruauerit, deceptus ex eo quod vicinitas obligationum vt ipſe loquitur faciliùs inducat vt ex fideiuſſoris dolo exceptio danda ſit aut debitori, aut confideiuſſori. Quaſi verò fideiuſſoris perſona eo minùs extranea dici debeat quod ſim ego debitor aut confideiuſſor. Imò perſonam extraneam intelligimus, quæcunque nec in poteſtate noſtra eſt nec mandatum à nobis aut expreſſum aut tacitum vllum habere intelligitur, aut à qua nullum ius habemus. Mouet me illud quoque quod aliis multis caſibus de quibus ſuprà diximus induxit Tribonianus exceptionem doli contra manifeſtam iuris rationem, vt in *lege 7. §. penultimo. lege 21. §. 1. & 2. ſuprà eodem.* Denique mouent me verba ipſa huius paragraphi. Nam Tribonianus non ſic loquitur, vt dicat ex pacto fideiuſſoris exceptionem pacti reo dandam non eſſe (quæ locutio non excluderet exceptionem doli) ſed admittit quod nos volumus & quod Paulus in *dicta lege 23.* fideiuſſoris pactum reo non prodeſſe, id eſt, nunquam & nullomodo prodeſſe, deinde ſubiungit plerunque tamen doli exceptionem reo profuturam. Quaſi ſimul hæc ſtare poſſint vt pactum non proſit fideiuſſori, & vt acquirat ei exceptionem doli. Vnde enim exceptio iſta acquireretur, niſi ex pacto? Quomodo autem ex pacto quod fideiuſſori prodeſſe nullomodo poſſit? Sed & quod in *lege ſequenti* ſubiicitur ex Vlpiano. *Videlicet ſi hoc actum ſit ne à reo quoque petatur*. inconcinnum eſt, Habet enim hunc ſenſum quaſi pacto conuenerit vt à fideiuſſore quidem petatur, ſed à reo quoque non petatur, id eſt, in ſumma vt à ſolo fideiuſſore petatur. Cùm tamen voluerit contrà dicere Tribonianus, pactum fuiſſe vt non tantùm à fideiuſſore non peteretur, ſed neque à reo: quod ſanè vel eo quo diximus modo exprimere debuerat, vel reponere dictionem *quoque* poſt pronomen *hoc* vel poſt verbum *pactum*, in hunc modum *videlicet ſi hoc quoque actum ſit ne à reo petatur.* Sed hoc familiare Triboniano eſt vt neque veras ſententias adſtruat, neque quas adſtruere vult aptè exprimat, quod vtrumque prudentibus noſtris omnibus contrà vſuuenit. Cúmque lex 26. ſumpta ſit ex eodem Vlpiani libro nempè 4. ad edictum ex quo & *lege 22. ſuprà eodem.* facilè eſt coniicere, exceptionem quam Vlpianus ſubiecerat ad id quod dici ſolet pactum debitoris prodeſſe fideiuſſori. Vt nimirum hoc procedat, niſi actum ſit vt dumtaxat à reo non petatur, detortam fuiſſe à Triboniano, & in contrario ſenſo applicatam contrariæ iuris regulæ quæ habet, Pactum fideiuſſoris debitori non prodeſſe. Quaſi vtriuſque propoſitionis & adhibendæ ad propoſitionem exceptionis eadem eſſet ratio, quæ planè eſt diuerſa. Nam vt pactum debitoris in rem conceptum proſit fideiuſſori, ex eo fit quod concurrit in hanc rem & voluntas paciſcentium & poteſtas quam neceſſe eſt vtramque concurrere in qualibet vtili conuentione *leg. in omnibus rebus 55. de obligat. & action.* Alterutra igitur deficiente propoſitionem neceſſariò vitiari oportet, deficit autem voluntas cùm hoc actum eſt, vt dumtaxat à reo non petatur. At vt pactum fideiuſſoris etiam in rem conceptum non proſit reo, fit ex defectu non voluntatis ſed poteſtatis, quia fideiuſſor paciſci reo etiamſi maximè velit non poteſt, cùm nihil eius interſit. Ergo etiamſi ponas millies actum fuiſſe vt pactum fideiuſſoris reo prodeſſet, nihil tamen ages, quia ad voluntatem ea exceptio pertinet, non ad poteſtatem quæ vbi deficit nulla penitus ratio habenda eſt voluntatis *lege quoties 9. de heredum inſtitutione. lege multum 6. Codice ſi quis alter. vel ſib.* Conſequenter vt aliquo caſu vitiaretur ea iuris propoſitio quæ pactum fideiuſſoris reo prodeſſe non patitur, formanda eſſet exceptio in hunc modum, *Niſi talis caſus ſit in quo poſſit fideiuſſor paciſci reo*, qui caſus ſi in toto iure noſtro quæratur extra eum qui proponitur in *lege 24. nuſquam reperietur.* Non certè ob id ſolùm quod expreſſim actum ſit à fideiuſſore vt pactum ipſius proſit reo. Hoc enim velle eſt non poſſe prodeſſe. Quærimus autem caſum quo fideiuſſor poſſit paciſcendo prodeſſe reo, non quo velit. Adde pro eorum, quæ dixi confirmatione quod ſcribam ad *l. prox. §. ſi ego.*

27. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SI vnus ex argentariis ſociis [a] cum debitore pactus ſit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus Proculus, nec ſi in rem pactus ſit, alteri nocere. tantùm enim conſtitutum, vt ſolidum alter petere poſſit. Idem Labeo: nam nec nouare alium poſſe [b]: quamuis ei rectè ſoluatur.

¶ Sic

¶ Sic enim & his, qui in noſtra poteſtate ſunt, rectè ſolui, quod crediderint, licet nouare non poſſint. quod eſt verum.

¶ Idémque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt [c].

Ad l. Si vnus 27.

a *Sociis.* Dictionem hanc ineptiam eſſe docui *libr. 11. Coniecturarum c. 18. ad finem.* Falſum enim eſt quod alioqui Paulus in hac lege ſcriberet pactum vnius ex argentariis ſociis ſocio non nocere, itémque pactum vnius ex correis ſtipulandi, quod vtrumque probatur in *leg. ſi duo 34. de recept. qui arbitr. leg. ſi duo 5. ſuprà ſi quis caution.* Et verò cùm vnius ex argentariis aut ex correis promittendi ſociis pactum proſit alteri, vt dictum eſt in *leg. idem 25. ſuprà hoc titulo.* cur non & pactum vnius ex correis ſtipulandi ſociis correo non nocebit? Adde quod & paulò poſt ſubiiciens Paulus idem iuris eſſe in duobus reis ſtipulandi quod eſſe dixerat in duobus argentariis non repetit dictionem illam *ſociis* quam nos tollimus, & quæ tamen non erat prætermittenda ſi in priore ſpecie non fuiſſet prætermiſſa. At cùm argentarij aut correi ſtipulandi non ſunt ſocij veriſſimum illud eſt pactum vnius alteri nec prodeſſe nec nocere, licèt in rem conceptum ſit. Ratio dubitandi & decidendi eadem eſt quam in duobus argentariis debitoribus & in duobus correis promittendi non ſociis attulimus ad *dictam legem 25. ſuprà eodem.* Sed illa etiam adferri poteſt, quam hîc Paulus exprimit, quod vnus ex argentariis aut correis ſtipulandi etiam non ſociis ius habeat ſolidum debitum exigendi, & ita ſolutionem accipiendo deteriorem alterius argentarij aut correi conditionem faciendi. Quidni ergo etiam paciſcendo? Nam quemadmodum plus eſt liberari quem ipſo iure, quam ope tantùm exceptionis. Ita videtur abſurdum, vt cui licèt debitorem ipſo iure liberare inuito correo ſtipulandi aut alio argentario, non liceat cum eo paciſci de non petendo. Cui enim licet quod plus eſt, vtique licet etiam quod eſt minus *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Ita conſtitutum eſt in duobus correis ſtipulandi aut argentariis quorum nomina ſimul eunt, quomodo loquitur *dicta lege 34. de recept. qui arbitr.* vt alter ex iis ſolidum petere ſolidíque ſolutionem accipere poſſit. At non illud etiam vt vnus paciſcendo ne debitum petatur, alteri nocere poſſit. An quia pactum vicem ſolutionis non habeat, nec ſit modus legitimus tollendæ obligationis, vt vult Cuiacius? Atqui nec nouare vnus ex argentariis aut correis ſtipulandi poteſt, vt ſtatim Paulus ſubiicit. Cùm tamen nouatio ſit legitimus modus tollendæ obligationis & vicem ſolutionis obtineat *lege 1 de nouat. lege penultima de ſolutione.* Alia igitur ratio adferri non poteſt, quàm quia ex eo quod conſtitutum eſt vt vnus ex argentariis aut correis ſtipulandi ſolidum petere poſſit, & conſequenter ſolidi ſolutionem accipere non debeat ſumi argumentum, & trahi ad cætera quæ diſſimilia ſunt, quantumuis effectu ſimilia videantur. Sic enim neceſſariò fert natura obligationis correorum ſtipulandi, vt cùm vna ſit obligatio & vnus ſolidum petere, & vni ſolidum ſolui poſſit *lege 3. §. 1. de duobus reis.* Nec alioqui poſſet dici quis effectus eſſet obligationis correorum ſtipulandi, ſi non niſi pro parte ſua poſſet quiſque agere vel exigere ſolutionem. Nam & idem eueniret pluribus ſtipulantibus etiam non tanquam correis *lege reos 11. §. cùm tabulis eodem tit.* At nulla neceſſitas facit vt ad conſtituendam aut retinendam conditionem correorum debeat licere correo nouationem facere non magis quàm vt paciſci, inuito aut ignorante correo. Poteſt enim obligatio effectum ſuum & exitum habere per veram & naturalem ſolutionem, aut etiam per ciuilem & imaginariam qualis eſt acceptilatio *lege 13. §. vltimo de acceptil.* aut iuſiurandum *lege 27. de iureiurando.* quæ ſolutionis vicem habent. At non ſimiliter per nouationem factam citra acceptilationem. Illa enim in eo differt à ſolutione, quod ſolutio ſicut naturalis modus eſt tollendæ obligationis, ita & neceſſarius (quomodo enim poſſet tolli obligatio quæ non poſſet tolli ſolutione?) ideóque nec per acceptilationem aut iuſiurandum tolli poſſet obligatio ſi non eſſent imaginariæ ſolutiones §. 1. *Inſtit. quib. mod. toll. obligat.* nouatio verò ſemper eſt voluntaria niſi quæ fit per conteſtationem *leg. aliam 29. de nouat.* nec tam perimit, quàm transfundit præcedentem obligationem in ſequentem *lege 1. de noua.* ob idque nec ſolutionis loco eſſe poteſt, niſi quantum ad delegantem cùm fit per delegationem *leg. quamuis 8. §. interdum ad Velleianum.* quamuis delegatio non tollat debitum quàm mutet creditorem, aut debitorem. Nulla igitur ratio fuit conſtituendi vt vni ex argentariis vel correis ſtipulandi liceret paciſcendo aut nouando deteriorem facere alterius conditionem & correo adimere ſuam actionem, argum. *leg. grauius 71. §. penultimo de fideiuſſ.*

b *Nam nec nouare alium poſſe.* Quemlibet, intelligit Cuiacius, alium quàm argentarium. Non dubitans quin vnus ex argentariis nouare poſſit, itémque vnus ex correis ſtipulandi etiamſi ſocius non ſit. Atque ita eludit *dryinpion* per difficilem quam cæteri omnes adferunt ex *leg. ſi rem 31. §. ſi duo de noua.* vbi Venuleius concludit poſſe vnum ex correis ſtipulandi nouare, quia & ſolutionem accipere & totam rem in iudicium deducere poſſit, adeóque per acceptilationem perimere vtriuſque obligationem, quod & ſcriptum eſt in *leg. & per iuſiurandum. 13. §. vltimo de acceptilatione.* quomodo & iuſiurandum deferre poteſt, & ſiue ſtipulandi ſiue promittendi correus ſit, correo nocere *leg. in duobus 28. in principio & §. ex duobus infrà de iureiurando.* Non alia vtique ratione, quàm quod & acceptilatio & iuſiurandum ſolutionis vicem obtineant *dicta lege penultima de ſolutione lege iuſiurandum. 27. de iureiurando.* Mihi tamen durior videtur hæc Cuiacij interpretatio, quam vt admitti poſſit. De quo enim alio quàm de argentario Paulus ſentire potuit cùm *alium* dixit, ſiquidem nec de alio quàm de argentario tractabat? Aut quis probet ea verba. *Nam nec nouare alium poſſe quamuis ei rectè ſoluatur.* pro eo eſſe accipienda quaſi ſcriptum ſit quomodo Cuiacius interpretatur, *nam nec nouum eſſe vt nouare quis non poſſit eam obligationem ex qua tamen poſſit accipere ſolutionem.* Quod enim mox ſequitur, *ſic enim & his qui in noſtra poteſtate ſunt, rectè ſolui quod crediderint, licèt nouare non poſſint.* non eſt exemplum ſuperioris ſententiæ, ſed ſimile quiddam quod afferendum fuit, ne quis miraretur, quod dictum erat, vnum ex argentariis non poſſe nouare quamuis poſſit accipere ſolutionem. Ita namque fit vt diluatur potiſſima ratio qua mouetur Venuleius in *dict. §. ſi duo*, vt probet permittendam vni ex correis correo ignorante totius debiti nouationem. Probat enim ex eo ſolo quod vnus ex correis ſolidum debitum & petere, & conſequi poſſit. Quæ probatio non eſt bona. Perinde namque probares & eum qui in mea poteſtate ſit, & adiectum ſolutionis cauſa, & eum cui debitorem meum ſoluere iuſſerim poſſe nouare, quia ſolutionem accipere poſſint. Quod tamen nemo vnquam dixit *lege cui rectè 10. leg. non ideò 25. de nouat.* Sed & cùm poſt nouandi facultatem denegatam his qui in noſtra poteſtate ſunt, etiam ratione pecuniæ quam ipſi crediderunt, ſubiiciat Paulus *idémque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt.* quis non videt idem iuris eum admittere in duobus reis ſtipulandi quod eſſe dixerat, non tantùm in duobus argentariis, ſed etiam in iis perſonis quas poteſtati noſtræ ſubiectas habemus ſi obligationem pecuniæ a ſe creditæ nouare velint. Ergo non admittit vt vnus ex correis poſſit nouare, contra Venuleium in *dict. §. ſi duo*, vbi non de duobus argentariis, ſed de duobus correis tractat. Aliæ aliorum interpretum vel emendationes vel conciliationes multò improbabiliores ſunt vt oſtendimus *libro 11. Coniecturarum cap. 18.* vbi defendimus

quod

quod & nunc adfirmamus diſſentiſſe in hac quæſtione Iureconſultos. Verius enim viſum eſt Paulo & iis omnibus, quorum ſententiam hîc refert probatque non eſſe permittendum, aut vni ex argentariis, aut vni ex correis vt nouet, quamuis cætera omnia poſſit facere quæ ſuprà diximus. Ratio no illa diuerſitatis quam attulimus, quòd nouatio non ſolùm voluntarius actus eſt, quem neceſſitas nulla inducit, ſed etiam talis actus, quem non poſſis dicere ſolutionem eſſe, aut ſolutionis loco quia nec vera & naturalis nec imaginaria & ciuilis ſolutio eſt *dicta lege penultima de ſolutione.* Eſt quidem ſimilis ſolutionis vt ait Venuleius, quia non minùs quàm ſolutio tollit præcedentem obligationem, ſed tamen cùm ſic eam tollat vt nolla inde liberatio abſolutè naſcatur, ſed fiat transfuſio prioris obligationis in ſequentem *leg. 1. de nouat.* Inde eſt quod neque ſolutio dici poteſt neque ſolutionis vim habere, vt malè Cuiacius putat. In eóque differt ab acceptilatione & à iureiurando. Nam cui permittitur accipere ſolutionem quomodo fieri poteſt vt non etiam liceat eam acceptam facere? Siue quod videatur dediſſe & ſoluiſſe verè is cui acceptolatum eſt, ſiue quaſi ſaltem per eum ſtet cui acceptolatum fuit, ne amplius ei ſolui poſſit *l. Iulianus 45. de condic. & demonſtr.* Non enim poteſt ſolui quod amplius non debetur. Acceptilatio autem afficit & perimit ſubſtantiam obligationis. Quomodo etiam iuſiurandum. Nam cùm vnus ex correis ſtipulandi iuſiurandum defert comuni debitori, & debitor iurat nihil ſe debere, non poteſt fieri vt amplius deberi aliquid intelligatur, quod ad alium correum qui iuſiurandum non detulit, cùm non niſi vnicum ſit debitum, quod ab eadem perſona deberi & non deberi impoſſibile eſt, vt diximus ad *leg. 23. ſuprà eodem.* Nec rurſus ratio vlla eſt prohibendi ne vnus ex correis iuſiurandum deferat, & quidem in ſolidum, cùm ipſe ſolidi creditor ſit proprio nomine & ad cauſam petitionis quæ ipſi permiſſa eſt illud maximè pertineat vt ex aduerſarij quoque iureiurando probare poſſit debitū eſſe, quod fortaſſe aliis omnibus probationibus deficientibus aliter probare non poſſit vt in *l. tutor 35. eod.* Aut ſi aduerſarius iuret nihil ſe debere, fieri nequit vt iuſiurandum illud vim ſolutionis non habeat, cùm efficiat vt poſtmodum actio eius debiti nomine denegetur, *l. nam poſteaquam 9. in princip. eod.* quia pro re iudicata, & pro veritate habetur, vt dixi ad *ad le. 23. ſupr. hoc tit.* Quorum omnium nihil eſt quod de nouatione dici poſſit, quia nulla poteſt ſubeſſe neceſſitas quæ cogat fieri nouationem, vixque poteſt fieri ſiue dolo malo vt quis per nouationem velit ſuum facere ac proprium debitorem qui antea fuerat communis. Non enim ob id fiunt plures correi credendi vt vnius facto forma obligationis immutetur, nec vt vni per alterum actio adimatur, niſi quæ in totum tollatur. argument. *leg. 71. §. pen. de fideiuſſoribus.* ſed vt ſinguli commodum obligationis in ſolidum ſperare & conſequi poſſint prout quis prior occupauerit. De pacto autem de non petendo multò minùs idem dici poteſt quia non afficit ſubſtantiam obligationis, neque ius actionis ſed ipſius efficaciam duntaxat, vt dixi ad *d. l. 23.*

c *Idémque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt.* Vt ſcilicet alius alij nocere non poſſit, neque paciſcendo, neque ſtipulando nouandi animo, ſed tantùm petendo ſolidum & ſolidi ſolutionem accipiendo. Sed hoc ſemper intellige niſi correi iſti ſtipulandi, itémque argentarij quorum nomina ſimul eunt, ſocij eſſe proponantur. Alias nec à te petitur, id eſt, nec tu petis quod ego peto, nec meo nomine petitur, licèt tu petas niſi cùm ſocij ſumus *dicta lege ſi duo 34. de recept. qui arbitr.* cùm pactum de non petendo non afficiat ius & ſubſtantiam obligationis aut actionis, ſed tantùm perſonam agentis & efficaciam actionis per eum inſtitutæ, vt dixi proximè. Nec video qua ratione Cuiacius ſcribat non vti nos hac diſtinctione. An correi ſocij ſint, necne niſi cùm agitur de compromiſſo aut de dolo ex *dicta lege 34. & lege 5. ſi quis caution.* Nam imò adhibetur ſemper ea diſtinctio quoties quæritur, an factum vnius ex correis alteri prodeſſe aut nocere debeat, vel in vtrius bonis ſit id quod eis debetur, vt *in leg. 62. ad legem Falcidiam.* Quod pluribus à nobis explicatum eſt *libro 11. Coniecturarum. cap. 16.* Neque ſanè alia ratio eſt cur adhibeatur hæc diſtinctio in compromiſſo quàm quia compromiſſum pactum eſt firmatum ſtipulatione. Ergo eadem diſtinctio in omnibus cæteris ſiue pactis ſiue ſtipulationibus vnius ex correis adhibenda eſt. Neque rurſum cur adhibeatur in ſpecie *dict. leg. 5. §. ſi quis cautionibus*, niſi quod factum vnius ex correis ſiue probum ſiue improbum non debeat alteri prodeſſe niſi ſocij ſint, aut etiam nocere. Proderit igitur aut nocebit vnius ex correis pactum quodlibet alteri ſi ſocij ſint, & in rem conceptum proponatur, at nec proderit nec nocebit ſi ſocij non ſint.

1 ¶ Si cum reo ad certum tempus pactio facta ſit: vltrà neque reo, neque fideiuſſori [d] prodeſt Quòd ſi ſine perſona ſua [e] reus pepigerit, *ne à fideiuſſore petatur*: nihil id prodeſſe fideiuſſori quidam putant, quanquam id rei interſit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quæ & reo. Ergo didici prodeſſe fideiuſſori exceptionem. non ſic enim illi per liberam perſonam adquiri, quàm ipſi, qui pactus ſit, conſuli videmur [f]. quo iure vtimur.

Ad §. 1. Si cum reo.

Ratio dubitandi. Tempus non eſt modus tollendæ obligationis vt neque inducendæ *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* Ergo nec obligatio naturalis quæ per pactum inducitur tempore finiri poteſt, vt & de obligatione heredis legatorum nomine ſcriptum eſt *in l. nemo poteſt 55. de leg. 1.*

Ratio decidendi. Cùm obligatio ciuilis & legitima contracta eſt, non poteſt illa finiri aut tolli ipſo iure niſi contrariis, hoc eſt, legitimis & ciuilibus modis inter quos tempus non eſt. At non facit ea res quominùs ex eiuſmodi conuentione danda ſit exceptio pacti contra actorem ſi velit agere poſt tempus, quod præſtitutum fuit ad finiendam obligationem *dict. §. placet.* Ergo ſi nulla ciuilis obligatio præcedebat, ſed naturalis tantùm qualis illa eſt quæ ex nudo pacto inducitur, fatendum eſt finiri eam tempore quo fuit ab initio coarctata. In hoc enim obligationum genere nullum aliud vinculum eſt quàm æquitatis *leg. Stichum 95. §. naturalis de ſolut.* Eadem porrò æquitas quæ obligationem hanc inducit, non patitur eam produci vltra tempus in conuentionem deductum ne quid aduerſus fidem conuentionis fiat. Nam & eadem æquitas induceret exceptionem pacti aduerſus ciuilem quoque obligationem & actionem *dict. §. placet.* Quanto magis ſibi ipſi legem dabit, ne quod vſque ad certum tempus conuentum fuit, vltra tempus illud protrahi patiatur? Generaliter enim id obtinet vt quod ad tempus permiſſum aut promiſſum fuit, poſt tempus illud denegatum intelligatur *leg. Imperator 8. de poſtul. leg. Celſus 23. de recept. qui arbitr. l. Thau. 41. §. intra certa tempora de fideic. libert.*

d *Neque fideiuſſori.* Ratio dubitandi. Poteſt quidem debitor paciſcendo in rem ne debitum petatur facere meliorem fideiuſſoris conditionem, ſed vbi ſemel fecit, eandem poſtea facere deteriorem non poteſt *lege vltima infrà hoc titulo.* puta addendo tempus quo illa obligatio naturalis finiatur quæ ex pacto de non petendo inducitur,

Ratio decidendi. Non poteſt facere deteriorem paciſcendo ex interuallo poſtquam ſemel fecit meliorem, ſed eo ipſo pacto quo facit meliorem, poteſt etiam aliquid

addere

addere per quod deterior pacti conditio fiat nolente aliter paciſci creditore, puta *ne intra certum tempus petatur*, quo caſo cùm tempus ab initio inſit pacto de non petendo, non poteſt fideiuſſor diuidere conuentionem & eam partim probare, partim improbare, argument. *leg. 2. de reb. cor. l. nam abſurdum 7. de bon. libert. l. ſi ita 39. in fin. de oper. libert.*

e *Quod ſi ſine perſona ſua.* Ratio dubitandi & decidendi ponitur in textu. Illa eſt, quia ea demum exceptio competere debet fideiuſſori ex perſona rei quæ & reo *leg. exceptiones 7. de except.* Abſurdum enim eſt exceptionem quæ non competat paciſcenti ipſi competere eius fideiuſſori *l. & heredi 21. §. nos autem ſupra hoc titulo.* Quid enim hoc aliud eſſet quàm extraneo acquiri per liberam perſonam, contra *leg. 1. Codice per quas perſ. nob. acquir.* Atqui nulla poteſt competere paciſcenti ex pacto, in quo nihil illi pepigit de ſua perſona, quia ex pacto non poteſt dari exceptio, niſi quatenus & cui pactum fuit. Ergo neque fideiuſſori.

Ratio decidendi. Acquiritur exceptio fideiuſſori ex pacto debitoris etiam qui nihil de ſua perſona pepigerit. Non tam vt fideiuſſori per liberam perſonam acquiratur, quam vt ipſi paciſcenti conſulatur, cuius intereſt competere exceptionem fideiuſſori etiam quæ non competat paciſcenti. Cæterùm vel ex hoc maxime loco apparet quàm verum ſit quod contra Tribonianum diſputauimus ad §. *vltim. leg. 25. ſupra ex pacto fideiuſſoris*, licèt in rem concepto non eſſe dandam doli exceptionem debitori, nec ſi ſpecialiter actum ſit vt pactum proſit debitori. Nam ſi putarunt quidam ex prudentibus neque ex pacto debitoris dandam exceptionem fideiuſſori, ſi debitor nihil de ſua perſona pepigerit, quanto magis iidem negaſſent dandam eſſe debitori exceptionem doli ex pacto fideiuſſoris? Si quidem pactum debitoris prodeſſe fideiuſſori ſemper intereſt debitoris. At pactum fideiuſſoris debitori prodeſſe nunquam fideiuſſoris intereſt.

f *Conſuli videmur.* Benè Cuiacius notat legendum eſſe *videtur.*

2 ¶ Pactus, *ne peteret*, poſtea conuenit, *vt peteret*, prius pactum per poſterius eliditur, non quidem ipſo iure [g], ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem [h], ſi hoc actum eſt [i], quia in ſtipulationibus ius continetur, in pactis factum verſatur: & ideo replicatione exceptio eliditur.

¶ Eadem ratione contingit, ne fideiuſſoribus prius pactum proſit [k].

¶ Sed ſi pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, veluti iniuriarum [l]: non poterit poſtea paciſcendo, vt agere poſſit, agere [m], quia & prima actio ſublata eſt, & poſterius pactum ad actionem parandam inefficax eſt, non enim eo pacto iniuriarum actio naſcitur [n]: ſed ex contumelia.

¶ Idem dicemus & in bonæ fidei contractibus, ſi pactum conuentum totam obligationem ſuſtulerit [o], veluti empti. non enim ex nouo pacto prior obligatio reſuſcitatur [p], ſed proficiet pactum ad nouum contractum [q].

¶ Quod ſi non vt totum contractum tolleret, pactum conuentum interceſſit, ſed vt imminueret [r] poſterius pactum poteſt renouare primum contractum.

¶ Quod & in ſpecie dotis actionis procedere poteſt, puta pactam mulierem, vt præſenti die dos redderetur [s] deinde paciſci, vt tempore ei legibus dato dos reddatur [t]: incipiet dos redire ad ius ſuum [u], nec dicendum eſt deteriorem conditionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius quod lex naturæ eius tribuit, de dote actio redit: non fit cauſa dotis deterior, ſed formæ ſuæ redditur. hæc & Scæuolæ noſtro placuerunt.

Ad §. 2. Pactus ne peteret.

g *Non quidem ipſo iure.* Ratio dubitandi. Naturalis obligatio ſicuti pecuniæ numeratione ita iuſto pacto vel iureiurando ipſo iure tollitur, id eſt, non quomodo Cuiacius interpretatur ſine vlla exceptione (quomodo enim poſſet exceptioni locus eſſe ſi nulla ex priore pacto naſcitur actio? ſed ſola æquitatis poteſtate, quia vinculum æquitatis vinculo diſſoluitur. loquit Papinianus in *leg. Stichum 95. §. naturalis de ſolutione.* Ergo prius pactum tollitur ipſo iure per poſterius, nec ad elidendum illud replicatione vlla opus eſt.

Ratio decidendi. Cùm præcedit tantùm naturalis obligatio poteſt ea tolli per pactum, & quidem ipſo iure, quoniam alioqui nulla tollendæ eius ratio ſupereſſet niſi per ſolutionem vel veram & naturalem vel fictam & imaginariam, quod tamen abſurdum eſſet, quia ſicuti nunquam debet admitti obligatio quæ poſtea diſſolui nullo modo poſſit, ita nec debet tanta vis eſſe naturalis obligationis quanta ciuilis eſt vt non poſſit diſſolui nudo pacto ſi paciſcentes conſentiant. Finge nudo pacto te mihi promiſiſſe centum, poſtea inter nos conueniſſe nudo etiam pacto ne vnquam peterem. Eris ipſo iure & ſine vlla exceptione liberatus, quia nec vllus exceptioni locus eſſe poteſt cùm ea præſuppunat actionem, quæ ex pacto nudo nulla vtique naſci potuit. Sed ſi res inceperit à iure ciuili obligatione ex qua peti aliquid potuerit, quomodo incepiſſe neceſſe eſt, quoties prius pactum fuit de non petendo, poſterius autem de petendo, vt in hoc paragrapho quemadmodum non poteſt pactum de non petendo tollere ciuilem obligationem & actionem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem, ita neque poſterius pactum de non petendo poteſt tollere exceptionem ipſo iure & ſine replicatione: difficilius enim eſt, vt per pactum poſterius tollatur exceptio competens ex priore pacto, quàm vt tollatur pactum ipſum quod nullam aut actionem producat aut exceptionem. Non poteſt tolli exceptio ipſo iure non magis quàm actio per pactum, quia in pactis non ius, vt in ſtipulationibus, ſed factum verſatur: eiuſdémque poteſtatis eſt exceptionem tollere, cuius & actionem cùm exceptiones iuris quoque ſint, licèt prætorij non ciuilis, quomodo & prætoriæ actiones pleræque ſunt. Neutrum igitur fieri poteſt ipſo iure per pactum, in quo nullum ius verſatur. At pactum quod neque actionem neque exceptionem vllam producit nihil continet niſi vinculum æquitatis quod contrario æquitatis vinculo, vt Papinianus ait, facile diſſoluitur.

h *Sicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem.* Ratio dubitandi. In ſtipulationibus quoque factum verſatur non minùs quàm in pactis. Stipulari enim facti eſt, ſicut vendere, locare, permutare, vt & quolibet alio modo contrahere *leg. conſilio 7. §. vltimo de curat. furioſ.* ergo non magis poteſt ſtipulatio tolli per ſtipulationem ipſo iure quamuis id actum ſit, quàm prius pactum per poſterius.

Ratio decidendi. In ſtipulationibus factum quidem verſatur ſicut & in pactis, ſed verſatur etiam ius quod in pactis nullum verſatur. Dices in pactis verſari quoque naturalem æquitatem *dicta lege Stichum 95. §. naturalis de ſolut. leg. 1. ſupra hoc titulo.* Ergo & ius naturale & gen-

tium *leg. cùm amplius* 84. §. *in natura debet de regulis iuris.* Reſpondeo non omnem æquitatem naturalem ſufficientem eſſe ad conſtituendum ius naturale aut gentium. Nec quemadmodum ius naturale aut gentium nullum eſt ſine naturali æquitate, ita e contrario poſſis dicere, nullam eſſe naturalem æquitatem, quæ non conſtituat ius naturale vel gentium, vt alibi dicam. Sed etſi æquitas illa naturalis, quæ obligationem naturalem ex pacto inducit ſufficiens eſſet ad conſtituendum ius aliquod naturale, aut gentium, non ideò tamen poſſet ſufficere ad faciendum, vt exceptio prioris pacti per pactum poſterius ipſo iure tolleretur, quia cùm exceptiones omnes, vt dixi ſint iuris prætorij, ius quoque quod in pactu verſari neceſſe eſſet ad elidendam, aut potiùs tollendam ipſo iure prioris pacti exceptionem non modò prætorium, ſed etiam plus quam prætorium, id eſt ciuile eſſe oporteret. At ciuile ius in pactis nullum verſatur, adeóque nec prætorium quantum ad hoc vt ipſo iure prætorio per pactum quid fiat, quoniam licèt prætor pacta ſeruaturum ſe polliceatur, non ſeruat tamen quaſi iuris prætorij vinculum aliquod habeant. (exceptis iis, quæ ſpecialiter adprobat, & ex quibus dat actionem, qualia ſunt pacta hypothecæ, & conſtitutæ pecuniæ) ſed hactenus vt ex iis det exceptiones aut replicationes, quod ipſum exceptionem aut replicationem dare facti quoque eſt, non iuris. Nec enim prætor ita ius conſtituit vt dicat pacta ſeruanda eſſe, ſed ait ſe pacta ſeruaturum *lege* 7. §. *ait prætor ſuprà.* quæ verba non tam ius prætorium quàm factum prætoris præferunt. Seruat enim prætor dando ex iis exceptionem aut replicationem. Denique ſtipulationes non egent auxilio prætoris vt pariant actionem, vt nec cæteri contractus. At licèt prætor ipſe ſit qui dat actionem. At pacta egent auxilio & facto prætoris vt pariant exceptionem, Prætoris, inquam non mortui, id eſt edicti, ſed viui. Vim ergo ſuam totam & ſemper ex facto accipiunt. Mirum igitur non eſt pactum non tolli per pactum ipſo iure, quamuis ſtipulatio tollatur per ſtipulationem ipſo iure. Ius tollit, factum elidit, vt aptè Cuiacius.

i *Si hoc actum eſt.* Vt tollatur prior ſtipulatio per poſteriorem quod vtique agi intelligitur, quotiès id agitur, vt fiat nouatio. Nam neque nouatio aliter fit quàm ſi id agitur *leg.* 2. *de nouat.* neque vnquam fit quin prior obligatio perimatur *leg.* 1. *eodem.* Benè autem Cuiacius monet iis Pauli verbis neque ſtipulationem Aquilianam ſignificari, quia non ſtipulationem nouat illa, ſed omnes alias obligationes quæ vel conſenſu, vel re, vel literis contrahuntur: neque acceptilationem, quia licèt acceptilatio non fiat niſi per ſtipulationem, tamen ſtipulatio non eſt. Stipulatio enim verborum obligatio eſt, acceptilatio autem nihil niſi pleniſſima abſolutio & liberatio. An ergo loquitur hic Paulus de ſtipulatione poſteriore interpoſita nouandi animo quam idem Cuiacius vocat *exſtipulationem?* Ita putat Cuiacius, ita cæteri? ego non puto. Nam vt ſit bona comparatio duplicis ſtipulationis cum duplici pacto, quorum prius ſit de non petendo, non poteſt poni vtramque ſtipulationem fuiſſe interpoſitam ab eodem, ſed ponendum neceſſariò eſt debitorem ſtipulatum eſſe à creditore ne peteret quod ſibi debebatur. Deinde creditorem à debitore ſtipulatum ſolutionem. Quod cùm fit tollitur quidem prior ſtipulatio per poſteriorem ſi modo id agatur vt poſterior fiat de eadem ſumma, ſed non ideò fit nouatio, quia obligatio quæ fuerat contracta per priorem ſtipulationem de non petendo ſic tollitur vt non transfundatur in aliam ſequentem, quod tamen fieri neceſſe eſſet vt nouatio facta diceretur *dicta lege de noua.* Quotieſcunque fit nouatio tollitur prior obligatio, ſed non è conuerſo, quoties prior obligatio tollitur, nouatio fit: quod non obſeruant qui hunc locum de nouatione intelligunt. Obſeruandum etiam eſt ſtipulationem de non petendo ſi non ſit ei ſubiecta pœna non poſſe vllam actionem parere (ad quid enim pareret?) ſed tantùm exceptionem quam & pactum parere poſſet. Ob idque putarem non valere, quia ſtipulationes ad hoc comparatæ ſunt vt pariant actiones non vt exceptiones. Itaque ſtipulatio quæ non parit actionem nullius planè momenti eſt.

k *Ne fideiuſſoribus prius pactum proſit.* Ratio dubitandi. Exceptio pacti quæ ſemel acquiſita eſt fideiuſſori ex priore pacto debitoris, ei inuito poſſet extorqueri non poteſt, ne quidem facto pactóque ipſius debitoris *l. vlt.* §. *hoc tit.*

Ratio decidendi. Non poteſt per debitorem vlla acquiri exceptio fideiuſſori, niſi ex perſona debitoris, & quatenus intereſt ipſius §. *proximè ſuprà.* Ergo nec quæ fuit acquiſita ſemel poteſt conſeruari ſi deſinat intereſſe debitoris, nec ipſi debitori ea exceptio ſalua ſit: quia peruenit hoc caſu res ad eum caſum à quo incipere non potuit. Quid verò intereſt debitoris non peti à fideiuſſore pecuniam quæ ab ipſo debitore peti poſſit? Hæc cùm ita ſint, facilè mihi perſuadeo quod ſemper credidi, Paulum hoc loco diſſentire à Furio Anthiano *in dicta lege vltima.* & diſſenſionis cauſam ex eo profectam quod inter veteres Iureconſultos maximè controuerſa fuit illa regula iuris quæ habeat non valere ea quæ peruenissent ad eum caſum à quo incipere non potuiſſent, quamuis ab initio conſtitiſſent. Erant enim qui eam perpetuò veram eſſe crederent aut ſaltem non niſi perpaucis caſibus vitiari, inter quos Marcianus in *leg. quin.* 16. *ad legem Aquiliam.* & Paulus noſter in *leg. in ambiguis* 85. §. 1. *de regulis iuris.* & *in leg. debitor* 82. *de leg.* 2. vbi ob hanc cauſam in quæſtione illius legis, diſſentit à Papiniano in *leg. verbis* 5. *ad legem Falcidiam.* vt teſtatur Iuſtinianus in §. *ex contrario Inſtitut. de legat.* iunct. *lege penultima.* §. *vltimo de verborum obligatione.* quæ eſt eiuſdem Pauli. Alij contra putarunt regulam illam tam ſæpè falſam eſſe vt nomen regulæ non mereatur, inter quos Papinianus in *dicta lege verbis*, Marcellus in *leg. exiſtimo* 98. *de verborum obligatione.* Furius Anthianus in *dict. lege vltima hoc titulo.* Nam quod putat Cuiacius debere Paulum noſtrum intelligi de fideiuſſoribus qui ipſi pactum duplex fecerint, prius de non petendo, poſterius de petendo, prorſus improbabile eſt, nec conuenit verbis Pauli, qui hue expreſſim vult, illud ipſum pactum debitoris poſterius quod elidit prius per replicationem, facere vt nec ipſius fideiuſſoribus pactum prius prodeſſe poſſit ad retinendam exceptionem quam initio pepererat. Probabilius eſſet, quod alij volunt, intelligendum eſſe Paulum de pacto quod initum quidem ſit per debitorem, ſed ſciente & conſentiente fideiuſſore. Verùm neque hoc probabile eſt, ſed planè commentitium. Nihil enim eſt apud Paulum de ſcientia fideiuſſoris. Et quod ait *eadem ratione:* non alium ſenſum habet, quàm hunc vt qua ratione pactum poſterius elidit, prius per replicationem, eadem faciat ne poſſint fideiuſſores, prioris pacti exceptione ſe adiuuare.

l *Velut iniuriarum.* Eſt enim pactum hoc iniuriarum legitimum ſicut & furti, quia lege 12. tabularum confirmatum eſt. de vtroque dixi ad *leg.* 6. & *leg.* 17. §. 1. *ſupr. hoc tit.*

m *Non poterit poſtea paciſcendo vt agere poſſit, agere.* Et ita erit inutile pactum, non quòd actionem non pariat, (nec enim validitas pacti ex eo æſtimanda eſt) ſed quia neque exceptionem parere poteſt, cùm nulla ſuperſit actio quæ poſſit elidi per exceptionem: & pactum hoc quo conuenit vt poſſit agi, non fit ad producendam exceptionem, elidendamque actionem, ſed è contrario ad inducendam: ad quod tamen quodlibet pactum nudum ex ſe inefficax eſt. Tunc ergo prodeſt pactum poſterius ad elidendum prius, cum replicatione tantùm opus eſt, non etiam actione, quod contingit quoties prius pactum de non petendo ſeu de non agendo, non ſuſtulit ipſo iure actionem quam porrò tollit nunquam niſi cùm eſt legitimum.

n *Non enim ex pacto iniuriarum naſcitur actio.* Ratio dubitandi. Volenti & conſentienti non fit iniuria. *l. in*

diem 8. §. 1. de aqua & pluuia aqua arcenda. Ergo qui pactus eſt vt poſſit iniuriarum actione conueniri, poteſt ex eo pacto citra iniuriam conueniri.

Ratio decidendi. Actiones ſiue ciuili ſiue prætorio iure naſcantur, non niſi certis modis naſcuntur, id eſt, vel ex contractu vel quaſi, vel ex delicto, vel ex variis cauſarum figuris. *leg. 1. de oblig. & act.* Inter eos modos neque pactum nudum eſt, neque voluntas eius qui conuenitur, maximè in actione iniuriarum quæ naſcitur vtique ex delicto, vt hîc Paulus ait, hoc eſt, ex ſola contumelia.

o *Totam obligationem ſuſtulerit.* purà ſi conuenerit vt ab emptione in totum diſcedatur. Nam rebus omnibus integris abiri ab emptione nudo pacto & ſolo conſenſu poteſt. *l. ab emptione 58. ff. hoc tit.* vbi vide rationem dubitandi & decidendi.

p *Reſuſcitatur.* Eſt enim iuris regula, Actionem quæ ſemel extincta fuit nunquam reſuſcitari. *leg. qui res 98. §. aream. de ſolut. l. ſi pro patre 10. §. idem quærit. de in rem verſ.*

Ratio dubitandi. Non minoris virtutis & poteſtatis eſt creare quàm reſuſcitare. Atqui pactum hoc creare nouam actionem poteſt vt lex ait. Ergo & extinctam reſuſcitare.

Ratio decidendi. Difficilius eſt reſuſcitare quàm creare, quia quod de nouo creatur, fit idem ſpecie dumtaxat cum eo quod fuit. Quod verò reſuſcitatur, fit idem numero, quod ſane difficilius eſt.

q *Sed proficiet pactum ad nouum contractum.* Ratio dubitandi. Etiam in contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur, differt pactum à conſenſu. Nec quiſquam benè dixerit, eos contractus fieri nudo pacto, qui tamen fiunt nudo conſenſu. Pacto igitur conſtitui emptio, aut alius ſimilis contractus nunquam poteſt.

Ratio decidendi. Multùm intereſt quomodo pactum ſit conceptum. Nam ſi habeat conſenſum præſentem, purà ſi conuenerit inter nos vt fundus meus ſit tibi venditus pretio centum aureorum, pactum hoc nihil niſi venditio eſt, poteſtque dici verè pactum venditionis, quod à venditione ipſa nihil diſtat. Sed ſi paciſcar de fundo vendendo, licèt additum ſit, *eo pretio centum aureorum*, verbis pacti in futurum collatis, pactum erit de venditione facienda, ſed non erit venditio, neque ex eiuſmodi pacto dabitur actio, niſi adhibitum ſit in ingreſſu vel egreſſu alterius contractus, cuius partem conſtituat. Ex hoc igitur loco apparet falſam eſſe differentiam quam vulgò interpretes tradunt inter pactum & contractum qui conſenſu perficiatur. Quòd pacta, inquiunt, conferantur in futurum, contractus verò in tempus præſens. Nam ſi pactum nudum non poſſet fieri quin conferretur in tempus futurum, nunquam poſſet eam vim habere vt contractum emptionis aut alium ſimilem conſtitueret; quod tamen hîc Paulus negat. Denique contractus omnes qui ſolo conſenſu perficiuntur, pacta ſunt, ſed non nuda, cùm habeant vinculum non ſolùm iuris gentium, ſed etiam iuris ciuilis transeántque in nomen contractus. Sed non ſimiliter pacta omnia quæ fiunt de his contractibus ſunt contractus.

r *Sed vt imminueret.* Malè quidam ponunt exemplum in pacto quo conuentum emptionis pretium minuatur. Nam, cùm ſubſtantia emptionis conſiſtat ex pretio, noua emptio eſt, non vetus imminuta, quoties rebus omnibus integris aliquid de pretio minuitur, vt dixi ad *leg. 7. §. adeò ſuprà eod. ex l. pacta conuenta 72. §. Paulus notat. de contrah. empt.* Ponendum igitur eſt exemplum in pacto per quod imminuatur aliquid ex iis quæ vocantur adminicula contractus; purà ſi conuenerit ne cautio duplæ præſtetur, aut ne de euictione agatur ad id quod intereſt, ſed tantùm ad pretij reſtitutionem, *dicta lege 72. & l. ex empto 11. §. vltimo de action. empt.* Hoc enim caſu non tollitur contractus, ſed minuitur, quia minuuntur eius præſtationes. Finge itaque pactum tale interueniſſe etiam

ex interuallo. Imminutus ſanè erit contractus, quia huiuſmodi pacta, quamuis ex interuallo adiecta, inſunt ex parte rei, vt emptori pariant exceptionem agente venditore, vel venditori agente emptore. Ac quoniam exceptiones omnes ipſo iure inſunt bonæ fidei iudiciis *leg. 3. de reſcindenda venditione*, prodeſt tale pactum ad reformandam emptionem ipſam id eſt, ad faciendum, vt aliam formam habeat quam quæ fuerat ei ab initio innata, ita vt perinde deneganda ſit emptori actio ad interponendam duplæ cautionem, aut venditori ad id quod intereſt ob euictionem, atque ſi ab initio ea lege fuiſſet venditio contracta. Sed ſi poſteriore pacto conuenerit in contrarium vt poſſit venditor agere de euictione, aut vt de dupla caueat, videbitur renouatus primus contractus venditionis qui nunquam ſublatus fuit. Renouatus, inquam, id eſt, veteri ſuæ formæ redditus, quia ſicut exceptiones ita & replicationes inſunt ipſo iure bonæ fidei iudiciis, de quibus ſolis hoc loco agitur. Proinde quod pactum poſſet parere replicationem ad elidendam exceptionem prioris pacti, ſi contractus ſtricti iuris proponeretur, idem prodeſt ad renouandum contractum, ſi bonæ fidei contractus fuit. Sed hactenus tantùm vt veteri ſuæ formæ reddatur, id eſt, vt non imminutus videatur, at non etiam vt augeatur. Nam ſi poneres conueniſſe vt venditor ſatiſdare cogeretur, non ideò dabimus actionem emptori ad extorquendam à venditore ſatiſdationem, quia nec ſi aliud pactum nullum præceſſiſſet, poſſet tamen agi ex pacto adhibito ex interuallo, ſed prodeſſet pactum emptori eo tantùm caſu, quo ipſe à venditore conueniretur. Cùm verò per pactum id agitur vt præſtationes ex contractu venientes, neque augeantur, neque minuantur, nulla neceſſitas eſt agendi ex pacto, ſufficiente actione ex ipſo contractu. Alio ſenſu dixit Vlpianus in *lege 7. §. adeò ff. eod. renouari contractum*, vt ibi explicauimus.

ſ *Vt præſenti die dos redderetur.* Valet enim pactum per quod melior fit conditio dotis.

Ratio dubitandi. Ex legibus debet dos reddi annua, bima, trima die. *leg. 1. §. cum verum eſt. de dot. releg. leg. vnic. §. cùm autem. Codice de rei vxor. act.* Ergo contra leges eſt pactum quo conuenit vt præſenti die dos reddatur, & conſequenter non ſeruandum. *l. 7. §. ait prætor. ſuprà eodem.*

Ratio decidendi. Quod legibus antiquis cautum erat, vt annua, bima, trima die dos redderetur, factum eſt fauore dotis, ne tardius redderetur, non autem vt non ſit in poteſtate paciſcentium facere ne citius reddatur. Deterior enim dotis conditio fieri pacto non poteſt, melior poteſt. *l. de die 14. cum tribus ſequentibus. de pact. dotal.* Ne quod fauore dotium conſtitutum eſt, in eorum odium retorqueatur. *lege quod fauore. 6. Codice de legibus. l. nulla 25. eod.*

t *Deinde paciſci vt tempore ex legibus dato dos reddatur.* Ratio dubitandi. Deterior conditio dotis fieri pacto non poteſt *dicta lege de die. & ſequentib.* Ergo poſtquàm conuenit vt præſenti die dos reddatur, non poteſt fieri per pactum vt reddatur annua, bima, trima die, cùm ea ratione fiat deterior conditio dotis. Si quidem plus & minus ſoluitur etiam tempore *§. ſi quis agens. verſ. tempore. Inſtit. de action.* & dies ſolutionis ſicuti ſumma pars eſt ſtipulationis *l. 1. §. editiones ſupr. de edend.*

Ratio decidendi. Quoties de dote actio redit ad ius quod lex naturæ eius tribuit, non fit cauſa dotis deterior, ſed formæ ſuæ redditur, aut, vt dicam breuius, non tam fit deterior, quàm non melior. Eius namque conditio æſtimanda ex legibus, non ex forma quam paciſcentium conuentiones ei dederunt. Quod enim pacto addi poteſt vt melior dotis conditio fiat, cur non poterit etiam contrario pacto detrahi hactenus vt ne poſſit dici facta melior, non etiam vt fiat deterior. Et hinc nimirum ſolent noſtri probare, nec malè, Vnamquamque rem facilè redire ad ſuam naturam. Ex hoc autem exemplo apparet

quod proximè dictum eſt de pacto poſteriore adhibito ex interuallo in emptione ad eam renouandam & reformandam, non poſſe intelligi de pacto quo pretium emptionis fuerit auctum vel imminutum, (illud enim ad ſubſtantiam emptionis pertineret, rebúſque omnibus integris nouam faceret emptionem *leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.*) ſed intelligendum eſſe de pacto inito circa adminicula contractus, vt à nobis explicatum fuit, quoniam & pacta illa, Vt præſenti die, vel vt ſua die dos reddatur, non ad ſubſtantiam dotis, ſed ad contractus adminicula pertinent, vt videre eſt.

u *Incipiet dos redire ad ſuum ſuam.* id eſt, poterit dos peti ſua tantùm die, cùm ſi poſterius pactum non interueniſſet, peti ſtatim dos potuiſſet vi & poteſtate prioris pacti. Proinde ponendum eſt prius pactum interueniſſe, non poſt ſolutum matrimonium, vt malè ponit Cuiacius, ſed ſtatim & ipſo tempore dandæ dotis aut incontinenti poſt datam dotem. Alioqui ex nudo pacto quod ex interuallo adhibitum eſſet ad aliquid adiiciendum actioni de dote, cuiuſmodi pacta certum eſt non ineſſe, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, ſecundùm Papiniani diſtinctionem in *dicta lege pacta conuenta*, quia ſi ineſſent, oporteret ex parte actoris ea ineſſe, & ex iis formari actionem, quod non magis fieri poteſt, quàm vt ex pacto nudo actio detur: quandoquidem non alia pacta poſſunt informare contractum & actionem bonæ fidei, quàm quæ ſi eſſent adhibita poſt contractum ſtricti iuris, poſſent parere actionem præſcriptis verbis, & in factum ciuilem. Atqui non alia pacta poſt contractum ſtricti iuris adhibita poſſunt parere actionem, quàm quæ incontinenti adhibita ſunt *leg. rebus. 6. & lege vltima Codice de rerum permutatione. leg. Titius 34. de præſcriptione verborum. l. legem 9. leg. cùm res 22. Codice de donationibus.* Omnibus enim pactis incontinenti adhibitis commune illud eſt, vt inſint contractui, eíque dent legem, ſine qua non erat contracturus is qui pactus fuit. At non etiam vt inſint iudicio & actioni, quia non niſi bonæ fidei iudiciis & actionibus inſunt, non autem ſtrictis, cùm actionem bonæ fidei formare poſſint, ſtrictam non poſſint, vt dixi ad *dictam legem 7. §. quinimò. ſuprà eodem.* Ergo pactum de dote ſtatim reddenda, ſi ex interuallo appoſitum ſit, non poteſt ad agendum prodeſſe. *leg. 1. Codice de pactis conuent. tam ſuprà dot.* nec proinde poteſt mulier ex eo pacto agere actione de dote, vt ſtatim dos reddatur: quo admiſſo illud quoque ſequitur, vt maritus vel mariti heres non egeat poſterioris pacti poteſtate, ſiue ad excipiendum, ſiue ad replicandum, ſiue ad negandum actionem vllam præſentem mulieri competere, cùm etiam nullo tali pacto interueniente nulla ratio ſit mulieri præſens actio detur, ſiue natura contractus dotis inſpiciatur, ſiue ad prioris pacti poteſtatem reſpiciatur. Quare & ſuperuacua illa quæſtio eſt, An eiuſmodi poſterius pactum inſit actioni de dote, adeóque nec verè dici poteſt ineſſe, ne quidem ex parte rei, quia non poteſt ineſſe ex parte rei non ſolùm ipſo iure, ſed neque per exceptionem, quin prius inſit etiam ex parte actoris, quod tamen tanquam ex interuallo adhibitum ad adiiciendum, oſtendimus non ineſſe. At ſi ponas fuiſſe adhibitum ex continenti, & tempore ipſo datæ dotis, tum verò inerit ex parte mulieris etiam ad agendum, formabítque actionem de dote, ſi aliud pactum contrarium nullum ſequatur. Subſecuto autem alio pacto de dote ſuis legibus ſoluenda, ſiue ſtatim, ſiue ex interuallo ſubſecutum proponatur, ea vis ipſius erit, vt actionem de dote reddat ſuæ formæ, id eſt, vt impediat ne præſenti die dos peti poſſit, quaſi priore pacto per poſterius ſublato. Impediat, inquam, non per exceptionem, ſed ipſo iure, non quaſi prius pactum ipſo iure ſuſtulerit; (nunquam enim prius pactum tolli poteſt per poſterius ipſo iure) ſed quia exceptio illa quæ omnimodò ex poſteriore pacto competit, ineſt ipſo iure actioni de dote, eámque omnimodò format, quia nec opus eſt vt inſit, niſi ex parte rei. *dicta lege pacta l. 3. de reſcindenda venditione.* Et hic loci huius ſenſus eſt, à paucis meo iudicio perceptus.

3 ¶ Illud nulla actione effici poteſt, ne dolus præſtetur. quamuis ſi quis paciſcatur, ne depoſiti agat [x], vt ipſa id pactus videatur, ne de dolo agat, quod pactum proderit.

Ad §. 3. Illud nulla.

Ratio dubitandi. Nihil tam congruum eſſe fidei humanæ quàm pacta ſeruari. *lege ſuprà hoc titulo.* Ergo & pactum illud valere debet, Ne de dolo agatur, cùm volenti non fiat iniuria, *leg. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluuiæ arcenda.* ſibíque debeat imputare, qui ita pactus fuit. Ratio decidendi. Non valent pacta quæ inuitant ad delinquendum. *leg. 5. §. 1. de pactis dotalibus.* tanquam quæ ſint contra bonos mores. *leg. quæ ſub conditione 8. in principio, & §. ſed ſi ſub iuriſiurandi. de condic. inſtitut. inſtit. leg. non dubitamus 20. de condit. & demonſtrat. l. 7. §. ait prætor. ſuprà hoc titulo.* Atqui pactum quo dolus futurus remittitur tale eſt. Improbi namque homines quos metus diuini numinis à ſcelere deterrere non poteſt, quid non dolo malo facturi ſint, ſi eum videant fore impunitum? Alia ratio eſt doli præteriti. Is enim pacto remitti poteſt, quia in eo ceſſat ratio quæ impedit pactum de dolo futuro, vt dicitur in *§. prox. ſeq.*

x *Ne depoſiti agat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *legem 7. §. ſed & ſi quis 15. ſuprà eodem.* nec differentia eſt admittenda, quam inducit Accurſius inter contractus & vltimas voluntates, quaſi in vltimis voluntatibus, putà remiſſo per legatum debito, dolus tamen non ideò remiſſus intelligatur. *ex leg. ſi quis rationes 9. & leg. Aurelio 20. in fin. de liberatione legata.* Nam, vt rectè Cuiacius monet, aliud eſt remitti rationum redditionem, aliud verò remitti actionem in quam dolus ſiue ſolus, ſiue etiam cum culpa veniat. Priore caſu dolus remiſſus eſſe non creditur, quamuis præteritus, qui vtrique remitti poterat, ſi teſtator voluiſſet: nempè quia credendus eſt potius teſtator exiſtimaſſe ex bona fide geſta eſſe omnia quæ geri ex bona fide debuerunt. argument. *leg. creditor 70. §. vltimo. mandat. lege Titius 54. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* At poſteriore caſu non eſt quod quæramus, an dolum remittere teſtator voluerit, quia etiamſi de dolo remittendo non cogitaſſet, actione tamen remiſſa, per quam dolus vindicandus erat, nullum remedium ſupereſt quò vindicetur. Idque probatur optimè ex *dicta lege ſi quis rationes*, in vltimis illis verbis, *vel actionem ei remittere.* Oſtendunt enim ſufficere quod actio remiſſa ſit in quam dolus veniebat ad hoc ne quicquam poſſit peti eius doli nomine, præteriti ſcilicet: nam de præterito tantùm poteſt eſſe illa ſpecies, non de futuro.

4 ¶ Pacta, quæ turpem cauſam continent, non ſunt obſeruanda: veluti ſi paciſcar, *ne furti agam, vel iniuriarum* [y], *ſi fecerìs*: excedit enim timere furti, vel iniuriarum pœnam. Sed poſt admiſſa hæc paciſci poſſumus.

¶ Item *ne experiar interdicto vnde vi*, [z] quatenus publicam cauſam contingit, paciſci non poſſumus. & in ſumma ſi pactum conuentum à re priuata remotum ſit, non eſt ſeruandum.

¶ Ante

¶ Ante omnia enim animaduertendum eſt, ne conuentio in alia re facta [b], aut cum alia p[...] alia re, aliàve perſona noceat.

Ad §. 4. Pacta quæ turpem.

y *Ne furti agam, vel iniuriarum.* Ratio dubitandi. Ex lege duodecim tabularum expreſſim confirmata ſunt hæc pacta, Ne furti agatur, vel iniuriarum, vnde & legitima appellantur. *lege 6. lege 7. §. ſi paciſcar ne operis in fine legis. 17. §. primo. & hac ipſa lege. §. proximè præcedenti.* Ergo dubitari non poteſt quin valeant.

Ratio decidendi. Permittit lex paciſci de furto iam facto, & de iniuria iam admiſſa, ſeu non de furto futuro, nec de admittenda iniuria: ne huiuſmodi pactis inuitentur improbi ad delinquendum, vt dixi ad §. *præcedentem. ex lege 5. §. 1. de pactis dotalibus.* Publicè namque expedit improbos & facinoroſos homines, qui amore virtutis non poſſunt à malè faciendi propoſito reuocari, timere ſaltem pœnam furti vel iniuriarum, & eo metu deterreri ne furtum vel iniuriam faciant. Itaque quod hîc additur *ſi feceris*, ſic accipe, *ſi facies*, furtum ſcilicet aut iniuriam.

z *Ne experiar interdicto vnde vi.* Ratio dubitandi. Vbi vis iam admiſſa eſt, minùs intereſt reipublicæ vt agatur interdicto Vnde vi, quàm interſit vt agatur furti poſt furtum admiſſum, quia interdicta nulla ſunt famoſa *lege neque 13. infrà vnde vi. vt neque condictiones lege ceſſat. 36. de obligationibus & actionibus.* Atqui valet pactum ne furti iam admiſſi vel iniuriarum nomine agatur. *dicta lege. 7. §. ſed & ſi quis lege 17. §. 1. ſuprà eodem.* vt proximè dictum eſt. Ergo & multò magis valebit pactum, Ne experiar interdicto, Vnde vi. Tractamus enim de illo caſu quo pactum fiat de vi iam admiſſa. Alioqui conuentionem impediet eadem ratio quæ facit ne paciſci liceat de dolo futuro. Siquidem vis non poteſt eſſe ſine dolo. *lege 2. §. dolo. ꝗ. vi bonorum raptorum. niſi in caſu l. 3. §. vlt.* ne quis eum qui in ius vocatus eſt.

Ratio decidendi. Valet quidem huiuſmodi pactum ſi fiat & de vi iam admiſſa, & de re ad priuatam paciſcentis vtilitatem pertinente: at non etiam ſi publicam cauſam contingat, quia priuatis permittendum non eſt vt de iis quæ ad reipublicæ cauſam pertinent paciſcantur, quoniam eiuſmodi pacta ad publicam læſionem referrentur, vt ſcriptum eſt in *dicta lege 7. §. ſi paciſcar ne operis. ſuprà eodem.* Sicuti enim duplex vis eſt, vna priuata, alia publica, vt conſtat ex *lege Iulia De vi priuat. & de vi public.* Ita & vtriuſque nomine interdictum competere certum eſt. *lege 1. §. ne quid autem. vnde vi. §. recuperandæ. Inſtitut. de interdict.* Paciſci ergo licet ne agatur interdicto, Vnde vi, ſi vis fuit priuata. Non licet ſi fuit publica. Dicam tamen quod ſentio. Mihi verſiculus hic ſuſpectiſſimus eſt, vt & cætera omnia quæ in hoc paragrapho ſequuntur. Primùm quia nullam cum præcedentibus habet connexitatem. Erat enim iis conſequens, vt Paulus ſcriberet valere pactum de interdicto, Vnde vi, quàm vt ſcriberet non valere. Proxima námque propoſitio cuius qualitas videtur repetita per dictionem *item.* erat affirmatiua. *Sed poſt admiſſa hæc paciſci poſſumus.* Principium autem §. erat de pactis turpem cauſam continentibus, quibus nihil ſimile aut commune habet pactum de interdicto, Vnde vi, ne quidem quatenus publicam cauſam contingit. Quod rurſum ſequitur, *& in ſumma ſi pactum conuentum à re priuata remotum ſit*, prorſus ſimile eſt ei quod ſcriptum legimus in *lege 7. §. & generaliter ſuprà hoc titulo. & generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt.* quem locum Vlpiani non eſſe, ſed totum Triboniani nos ibi oſtendimus. Et quemadmodum dixit Tribonianus eo loco, *pactum à iure communi remotum*, pro eo quod voluit dicere, *pactum quod ſit contra ius commune*, ita & hîc, *pactum à re priuata remotum*, non aliter interpretari poſſumus, quàm de pacto quod ſit contra vtilitatem rei priuatæ: quæ tamen bona ratio non eſt infirmandi pacti, ſed illa tantùm ſi ſit contra vtilitatem reipublicæ. Itaque hoc ſenſu legendum potius eſſet, *à re publica*, quomodo nonnulli legunt, quàm vt vulgò, *à re priuata.* Sed neque ratio quæ ponitur in *verſ. ante o*[...] poteſt aptari ſuperioribus. Nam quod Cuiacius ait ſic aptandum eſſe, vt & ſi quis pactus ſit de re publica, alij de populo nihilominus admittantur eius rei exequendæ cauſa, quam ille pacto remiſerit, prorſus alienum eſt. Aliud enim eſt dicere: Pactum de re publica factum non eſſe ſeruandum, quod proximè dictum fuerat: aliud verò non nocere neque in alia re, neque in alia perſona. Nam præter id quod alia res non eſt, quæ ſemper eſt publica, illud etiam apertum eſt, nec paciſcendi nocere pactum; quod non valet. Quid ergo fuit opus monere quod aliis non noceret? Sed me omnium maximè illud mouet, quod falſiſſimum eſt interdictum Vnde vi, publicam cauſam vllo modo vlloque caſu contingere, id eſt, ne tum quoque cùm vis publica fuit. Nam cùm interdictorum alia ſint quæ ad ius diuinum pertinent, alia quæ ad ius humanum quidem, ſed publicum, alia denique quæ ad ius priuatum, & ad rem familiarem. *lege 1. de interdict.* certum eſt interdictum Vnde vi ad poſtremam interdictorum ſpeciem pertinere. *l. 2. §. 1.* Vnde eſt quod actio ex eo competens dicitur rei perſecutionem continere, ideóque perpetua eſſe. *l. tertia. §. hac actio. ꝗ. vnde vi & de vi armat.* quod nemo dixerit de actione publica & populari, quam ſcilicet qui habet non ideirco intelligitur eſſe locupletior *l. penultima in fine & lege vltima de populari actione.* Omnimodò igitur dicendum eſt valere pactum, Ne experiar interdicto Vnde vi, etiamſi vis publica fuerit, dummodo pactum interpoſitum ſit poſt vim factam, Non ſolùm quia nunquam contingit vim publicam, vt Tribonianus loquitur, ſed etiam quia de vi quoque publica, vt & de cæteris omnibus publicis & capitalibus excepto adulterio tranſigere vel paciſci prohibitum non eſt. *leg. tranſigere 18. Cod. de tranſactionibus.* Quare etiamſi cætera huius loci quæ Triboniano adſcribimus commodè explicari & defendi poſſent, tamen non dubitarem quin ſaltem illa adiectio *Vnde vi* adſcribenda eſſet alicui imperito interpreti. Qua ſublata relinqueretur hoc vnum, quod eſſet veriſſimum, Non valere pactum Ne experiar interdicto, quatenus publicam cauſam contingit, & ſi tale pactum fecerim, ſeruandum id non eſſe ne quidem in mea perſona, quia pertinet ad publicam læſionem iuxta Labeonis diſtinctionem poſitam in *d. l. 7. §. ſi paciſcar ne operis*, vbi quod additur *& in cæteris igitur ad edictum prætoris pertinentibus*, illud ipſum eſt quod hîc ſcribitur generaliter de interdictis, quæ omnia ſunt ex edicto prætoris.

b *Ne conuentio in alia re facta.* Ratio dubitandi. Pacta in rem concepta etiam aliis quam paciſcentibus proſunt. *l. & heredi 21. §. vlt. ſ. h. tit.* Ergo non eſt perpetua hæc regula, vt pactum vnius alteri neque prodeſſe debeat, neque nocere.

Ratio decidendi. Proſunt iis tantùm, quibus vt proſint intereſt paciſcentis, *d. §. vlt.* quod cùm ſit, proſunt paciſcentis principaliter, aliis verò non niſi per conſequentias *l. fideiuſſoris 23. & §. ſi cum reo. in fin hac ead. le.* Et ſanè cùm pactorum ſeruandorũ ratio tota pendeat ex æquitate fidei ſeruandæ, quæ nata ſuit, nulla ratio eſt, cur valere debeat pactum, quod ad eum cui nulla fides data fuit *l. 1. h. tit.* Ac rurſum cùm in pactis nihil niſi factũ verſetur, inſpiciẽdum in pactis ſemper eſt, quid & à quo factum ſit, ne ad alias res aut perſonas trahatur. Nam & in ſtipulationibus idem ſeruatur generali ratione, quia per liberã perſonam nihil acquiri nobis poteſt, id eſt, neque actio, neque exceptio. *l ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* nec verborum obligatio contrahi niſi quatenus verbis expreſſum eſt. *l. quidquid 99. eod.* Noli tamen dicere cum vulgo interpretũ, Pacta ſicut & ſtipulationes eſſe ſtricti iuris. Nam quę iuris nullomodo ſunt, quomodo ſtricti iuris eſſe poſſunt?

5 ¶ Si cùm decem mihi deberes, pepigero, *ne à te viginti petam*: in decem prodeſſe tibi pacti conuenti vel doli exceptionem placet. ¶ Item ſi cùm viginti deberes [c], pepigerim, *ne decem petam*: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, vt tantùm reliqua decem exigere debeam.

Ad §. 5. Si cùm decem.

Ratio dubitandi. Non conſentit pactum cum obligatione, cùm in obligatione ſint decem tantùm, in pacto autem viginti. Ergo nullomodo valet pactum, id eſt, ne quidem in decem, vt de acceptilatione ſcriptum eſt in *l. niſi 14. ff. de acceptilatione. iunct. §. præterea. Inſtitut. de inutil. ſtipul.* Ratio decidendi. Conſentit pactum cum obligatione, quia & viginti decem inſunt. *lege 1. ſtipulanti de verborum obligatione.* ideóque & acceptilatio in viginti facta ei qui non niſi in decem debebat, valere deberet, ſi non eſſet actus legitimus ac ſolemnis. *leg. actus legitimi 77. de regulis iuris.* conſequenter indiuiduus, qui non poteſt pro parte non valere. At in pactis nullum ius verſatur, nulla ſolemnitas, ſed vinculum duntaxat æquitatis & voluntatis. Non poteſt autem negari quin is qui voluit paciſci de non petendo viginti, multò magis voluerit paciſci de non petendis decem. Proinde etiamſi ſummo iure ageremus, & pactum quoque valere negaremus, tanquam non conſentiens obligationi, ita vt pacti exceptio dari non poſſet, doli tamen exceptio non eſſet deneganda quæ eſt ſubſidiaria exceptionis pacti. *leg. reſcriptum 10. §. vltimo ff. eodem.* An non enim dolo facit, qui pactus de non petendis viginti, petit decem? Cùm verò ea doli exceptio ſit ex æquitate, dubitandum non eſt quin competere debeat illo etiam caſu quo inutilis acceptilatio facta eſt. Neque hoc negat Paulus in *dicta lege niſi.* ſed ait dumtaxat imperfectam eſſe liberationem. Imperfecta autem eſt quoties reus non liberatur ipſo iure, ſed indiget doli exceptione. Alia & difficilior quæſtio eſt, Si decem ſtipulanti promiſero viginti, an valeat ſtipulatio in decem. Ibi enim conſenſus formalis & præciſus nullus eſt. *dict. §. præterea.* niſi diuerſitas reſponſionis illico placuerit, quomodo accipi debet. *dicto §. ſi ſtipulanti.* At in ſpecie huius paragraphi, conſenſerunt paciſcentes in viginti, nec ſenſit alius de decem, alius de viginti, ſed ambo de viginti. Ergo & in decem. Itaque facilius eſt vt ex hoc pacto detur exceptio pacti vel doli, quàm vt actio ex ſtipulatu contra eum qui interrogatus de decem reſpondit de viginti.

c *Item ſi cùm viginti deberes.* Ratio dubitandi. Quod debetur non poteſt ſolui pro parte, quia ſolutio per partes plerumque magna habet incommoda. *leg. 3. ff famil. erciſc.* Ergo neque de parte debiti paciſci licet, cùm id pactum non maiorem vim habere poſſit, quàm ſolutio.

Ratio decidendi. Non poteſt quidem ſolui pars debiti inuito creditori, ſi ſummo iure agatur, ſed ſi creditor ſolutionem partis accipiat, & debitum ſit pecuniarium, quod commodam diuiſionem recipit, dubitandum non eſt, quin pro ea parte liberatio contingat. *leg. ſtipulatus ſum. 9. §. 1. de ſolutione.* Quinimò placuit Triboniano humanius facturum prætorem, ſi inuitum quoque creditorem cogat partis ſolutionem accipere. *leg. quidam 21. de rebus creditis.* Nec enim dubito quin temperamentum in ea lege poſitum ſit Triboniani, non ſolùm quia pugnat cum ratione iuris, ſed etiam quia ratio mala eſt, quod ad prætoris officium pertineat lites minuere. Cum ſi is cui debebantur viginti, noluerit oblata decem accipere, perinde lis maneat pro decem, atque erat antea pro viginti, nec plures ſint lites pro viginti quàm pro decem, ſed vna tantùm, quæ tantò importunior & odioſior eſt, quantò minor res eſt de qua litigatur, vt dicam ad eum locum. Cæterum in ſpecie huius paragraphi nullus huic dubitationi locus eſt, quia pactum non fit niſi inter volentes & conſentientes. Volenti autem partem ſolui poſſe, vt diximus, certum eſt, ita vt pro ea parte liberatio contingat ipſo iure.

6 ¶ Sed ſi ſtipulatus *decem aut Stichum*, de decem pactus ſim, & petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conuenti in totum obſtaturam. nam vt ſolutione, & petitione & acceptilatione [b] vnius rei tota obligatio ſolueretur: ita pacto quoque conuento de vna re non petenda interpoſito totam obligationem ſummoueri. Sed ſi id actum inter nos ſit, *ne decem mihi, ſed Stichus præſtetur* [c]: poſſum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. ¶ Idem eſt & ſi *de Sticho non petendo* conuenerit.

Ad §. 6. Sed ſi ſtipulatus.

Ratio dubitandi. Pactum de vna re factum non debet in alia nocere. *§. pacta. verſicul. ante omnia ſuprà hac eadem lege.* Atqui in pacto de quo agitur nihil fuit conuentum, niſi de decem, nihil autem penitus de Sticho. Ergo petenti Stichum non poteſt obiici exceptio huius pacti.

Ratio decidendi. Obligatio quæ præceſſit pactum fuit alternata, vel, vt vulgò loquuntur, alternatiua de præſtandis decem aut Sticho. In obligationibus autem alternatiuis, licèt vtrumque in obligatione ſit. *leg. ſi duo 128. in fine de verborum obligatione.* alterutrum tamen præſtari ſufficit, & vtriuſlibet præſtandi electionem habet debitor. *leg. plerumque 10. §. vltimo de iure dotium. leg. 2. §. Scæuola. de eo quod cert. loc. leg. ſi in emptione 34. §. ſi emptione.* niſi creditor eam ſibi ſtipulatus ſit, *vt in leg.* Stichum aut Pamphilum *95. in principio de ſolutione.* Potuit ergo promiſſor ſoluendo decem ipſo iure liberare ſe à præſtando Sticho, ſicut & petitione & acceptilatione pecuniæ tota obligatio, id eſt, etiam quod ad Stichum extincta fuiſſet. Ergo ſimiliter pacto conuento de vna re non petenda interpoſito, totam obligationem, id eſt, quod ad vtramque rem exceptione pacti ſummoueri oportet, vt eadem ſit vis pacti iure exceptionis, quæ eſſet ſolutionis & acceptilationis ad tollendam ipſo iure actionem. Sicut enim per ſolutionem & acceptilationem id agitur, vt obligatio tollatur ipſo iure, ita & per pactum de non petendo vt tollatur ope exceptionis, quod in effectu tantondem eſt. *lege nihil intereſt 112. de regulis iuris.* Alioqui pactum hoc de non petendo quod palam eſt, pro debitore interpoſitum fuiſſe, eidem noceret, ſi adhuc Stichus præciſè peti poſſet. Adimeret enim illi electionem quam habuerat ante pactum. Grauius autem eſt debere aliquid purè ac præciſè, quàm debere duas res alternatiuè §. ſi quis agens. *verſicul. huic autem. Inſtitut. de actionibus.* Nec proinde dici poteſt eum qui Stichum aut decem debeat, ſi paciſcatur de non petenda pecunia facere conditionem ſuam meliorem hactenus vt vna tantùm res in obligatione ſuperſit. Cum ſit melior, vt dixi, conditio eius qui duas res alternatiuè debet, quàm eius qui vnam tantùm, niſi quod duabus rebus alternatiuè debitis, ſi vna pereat aut deſinat poſſe præſtari, ſupereſt obligatio pro alia: quæ nulla ſupereſſet, ſi ea tantùm res quæ perempta eſt in obligatione fuiſſet. *lege Græcè. 8. §. ſi quis Stichum. de fideiuſſoribus.* Sed exceptio illa ad rem noſtram non pertinet, quia cùm ex duabus rebus alternatiuè debitis pactum fuit de alterutra non petenda, debet illa haberi pro ſoluta, potiùs quam pro perempta. Neque verendum eſt ne tollamus actori actionem, dum

volumus

volumus reo reſeruare optionem, vt in *dicto §. Scæuola in fine.* Sibi enim ille ipſe eam ademit, cùm pactus eſt de non petendis decem, quorum ſolutionem alioqui eligere debitor potuiſſet. Et ita locum hunc explicandum arbitror, non quomodo Cuiacius, qui pro ratione adfert, Fruſtra fore hoc pactum, niſi id agatur, ne quid omninò vllo modo petatur. Nam & detracto, inquit, tali pacto vna res non iure petitur. Poſſet enim reſponderi, Imò non fruſtrà fore hoc pactum, ſi adimatur, vt adimat debitori electionem, potiùs quàm creditori actionem, niſi replices ex ratione illa quam nos attulimus, abſurdam fore eiuſmodi interpretationem per quam fiat vt debitori noceat pactum de non petendo, quod tamen non niſi pro ipſo interponi & potuit & debuit, quominùs ſcilicet non quo magis teneretur, argument. *leg. legata 14. de adim. legat. leg. 3. §. ſi mancipatus de bon. poſſeſſ. contra tabulas. leg. in ratione 30. §. tametſi ad legem Falcidiam.* Nam & poterat creditor, ſi ea mente erat vt debitori noceret, ſic paciſci, *Ne decem ſibi, ſed Stichus præſtaretur,* vt ſtatim Paulus ſubiungit. Generalis autem regula eſt, Pactorum interpretationem ſemper fieri debere contra eum qui potuit legem apertiùs conſcribere. *leg. veteribus. 39. ff. h. tit.* In propoſitu autem conſcripta lex fuit à creditore non à debitore.

b *Acceptilatione.* Obiici ſolet *leg. & per iuſiurandum. 13. §. ſi Stichum. de acceptilatione. ſed malè.* Ibi enim facta fuit acceptilatio Stichi pendente conditione ſtipulationis quo tempore Stichus nundum debebatur, quod & Accurſius benè vidit.

c *Ne decem mihi, ſed Stichus præſtetur.* Ratio dubitandi, eadem quæ fuit decidendi ad ſuperiorem ſpeciem. quòd ſi dicamus ſolum Stichum præciſe præſtandum eſſe, & vt pactum hoc de non petendis decem noceat debitori, pro quo tamen fuit interpoſitum, cùm auferat ei electionem quam alioquin habiturus erat nullo pacto intercedente. Ratio decidendi. Pactum ita conceptum, ne decem ſtipulatori, ſed Stichus præſtetur non tam debitoris fauore interpoſitum videri debere ad actionem creditori adimendam, quàm fauore creditoris ad electionem debitori auferendam. Etſi poteſt ex euento fieri vt commodo debitoris pactum cedat, ſi fortè poſtea Stichus qui ſolus in obligatione remanet, deceſſerit citra culpam & moram heredis. Ita enim fit vt in totum liberetur debitor, qui non liberaretur, ſi adhuc Stichum aut decem deberet. *dicta lege Græcè. 8. §. ſi quis Stichum. de fideiuſſoribus.* Non idem eſſet, ſi e contrario conuenitſet, vt non Stichus, ſed pecunia præſtetur. Eo namque caſu fieri nequit, vt non cedat pactum incommodo debitoris, quia pecunia quæ ſola ſupereſt in obligatione, Perire nunquam poteſt. *leg. incendium. 1. Cod. ſi certum petatur.* Et tamen *idem eſt*, inquit Paulus *ſi de Sticho non petendo conuenerit*, id eſt, poterit creditor efficaciter agere de pecunia, neque ſummouebitur exceptione, quia non poteſt dici hoc actum vt nihil peteretur, cùm expreſſim conuenit vt Stichus aut vt pecunia præſtetur. Simile in *l. 4. de reſcind. vend.* Quid ſi creditoris fuiſſet electio, & de non petendo Sticho pactus eſſet? Poſſet adhuc decẽ petere: quia paciſcẽdo videretur electionem tantùm, non etiã actionem ſibi ademiſſe.

7 ¶ Sed ſi generaliter mihi hominem debeas, & paciſcar, *ne Stichum petam*: Stichum quidem petendo, pacti exceptio mihi opponetur [d]: alium autem hominem ſi petam, rectè agam [e].

Ad §. 7. Sed ſi generaliter.

Ratio dubitandi. Qui generaliter hominem debet, ſi Stichum ſoluat, liberatur ab omni obligatione, vt alius homo nullus peti ab eo poſſit, non magis quam ſi Stichum promiſiſſet, quia hominis & ſtipulatio & legatum orationis compendio ſingulos homines continet. *lege Mœuius. 66. §. duorum de legat. 2.* Ergo & ſi paciſcatur de non petendo Sticho, dicendum eſt totam obligationem exceptione ſummoueri. Quemadmodum & proximè diximus euenire, cùm is qui Stichum aut decem debet pactus eſt de Sticho non petendo, Eadem námque ratio eſt obligationis generalis & alternatiuæ *leg. cùm is 32. §. vlt. de condict. indeb.* cùm in vtroque electio ſit debitoris, dum ne peſſimum det *l. ſi hæres 110.* iunct. *l. legato generaliter 37. de legat. 1.*

Ratio decidendi. Is cui generaliter homo debetur, ſi paciſcatur de non petendo Sticho, non ideò ſibi nocet quominus alium quemlibet hominem in genere poſſit petere, quia non magis Stichus quam alius homo quilibet in obligatione continetur, nec valet argumentum à ſpecie ad genus negatiuè licèt valeat à genere ad ſpeciem: hoc volo bonam eſſe conſecutionem, ſi quis dicat, homine non legato ne quidem Stichum deberi: & contrà, homine legato Stichum quoque deberi & ſolui poſſe, ſed non è conuerſu bonam fore, ſi quis dicat, Stichus non debet præſtari propter pactũ de non petendo, aut Stichus non debetur, quia omnium vel optimus vel peſſimus eſt. Ergo alius homo nullus debetur. Quid enim vetat Stichum aut peti aut præſtari non poſſe. & alium tamen hominem deberi qui & peti & ſolui poſſit? Quanquam nec hoc ſufficeret, niſi poſt pactum conuentum de Sticho non petendo ſupereſſet adhuc electio ſua debitori. Nam & cùm quis promiſit Stichum aut Pamphilum, ſi pactum ſit de non petendo Sticho, Pamphilus quidem perinde præſtari poteſt, & tamen receſſum videtur à tota obligatione, vt proximè diximus: nempè quia ſi qua ſupereſſet obligatio, ea non poſſet alia eſſe, quam præſtandi præciſè Pamphili, atque ita debitori electio adempta eſſet per pactum quod ipſius fauore interpoſitum fuiſſet. At cùm promiſſus eſt homo in genere licèt ſubducatur Stichus per pactum de non petendo, ſupereſt tamen debitori electio, vt ex aliis omnibus hominibus præſtare poſſit quemlibet, dum ne ſit ille omnium peſſimus. Itaque extra perſonam Stichi remanet in ſuo ſtatu obligatio: ita vt nec debitori electio, nec creditori actio adimatur. Et hæc differentia euidens eſt inter obligationem præſtandi hominis in genere, de qua in hoc paragrapho & illam de qua dictum eſt §. *præcedenti præſtandi Stichi aut Pamphili.* Erit tamen bona comparatio ſi ponas promiſſum fuiſſe Stichum aut Pamphilum aut Erotem. Tunc enim quamuis ſubducta ſit perſona Stichi per pactum de non petendo, perinde tamen ſupereſt debitori electio præſtandi vel Pamphili vel Erotis, ac ſi hominem in genere deberet. Dixi *per pactum de non petendo*, quia ſi per acceptilationem id factum eſſet aliud probari oporteret. *l. & per iuſiurandum. 13. §. ſi is qui hominem. de acceptilatione.* cùm acceptilatio imaginariæ ſolutionis vim habeat. *lege penultima de ſolutione. § 1. Inſtitut. quibus modis tollitur oblig.* non etiam pactum de non petendo. Quid enim tam alienum à ſolutione quam paciſci ne petatur idipſum quod ſolui debeat? Hæc verò Cuiacius non intellexit exiſtimans poſt Irnerium non poſſe hunc paragraphum intelligi, niſi de illo caſu quo electio ſit creditoris. Præcedentem verò paragraphum de illo caſu quo electio ſit debitoris. Quod ſi ita eſſet, non debuerat Paulus diſtinguere, quomodo diſtinxit, an in obligatione fuerit Stichus aut Pamphilus, vterque alternatiuè, an homo in genere. Sed an electio fuerit debitoris, an creditoris, de quo tamen ne verbum quidem. Fefellerunt Cuiacium, quod nec poteſt diſſimulare verba illa huius paragraphi. *ne Stichum petam*, rurſum illa, *Stichum quidem petendo*, & poſtremò illa, *alium autem hominem ſi petam*: quia, inquit, etiam nullo pacto interueniente, nec Stichum, nec alium hominem vllum petere poteſt creditor qui non habet electionem. Hoc ipſo enim plus cauſa peteret quod ſuam debitori electionem auferret. *§. ſi quis agens verſ. huic ſimilis. Inſtitut. de action.* Ego verò admitto quidem

id verum fore, ſi Stichus præcisè peteretur, item ſi alius homo quilibet. Sed nego hunc eſſe ſenſum Pauli. Ponendum enim eſt creditorem qui non habuit electionem, & pactus fuit de Sticho non petendo, cùm ei homo in genere deberetur, petere Stichum non præcisè, ſed cum ea disiunctione, & alternatione, *aut alium hominem quemlibet*: idémque eſſe alium hominem nominatim petat, putà Pamphilum. Hoc enim facere poteſt, cùm hominis ſtipulatio orationis compendio ſingulos homines contineat, vt ſuprà dictum eſt ex *leg. Manius*, 66. §. *duorum de lega.* 2. dummodò addat, *vel alium quemlibet*, ne debitori electionem adimere videatur. Vtrique autem caſui commune illud eſt, quod ſiue Stichus petatur, de quo non petendo conuenit, ſiue Pamphilus, de quo nihil pactum fuit, non tamen plus cauſa petitur, quia debitori ſua electio per ſupradictam adiectionem conſeruatur. Sed differentia inter hos caſus illa eſt, quod creditor hominis in genere pactus de Sticho non petendo, ſi Stichum nominatim petat, etiamſi cum illa adiectione, *aut alium hominem quemlibet*, ſummouendus eſt exceptione pacti, quoniam petendo nominatim Stichum, & deducendo eum in actionem, facit locum exceptioni eo nomine competenti. Qui verò alium quemlibet quàm Stichum petit, relicta ſemper, vt diximus, debitori electione quem velit hominem præſtandi, rectè agit, neque vlla pacti exceptione ſummoueri poteſt, quia pactum de ſolo Sticho locutum ad alios homines porrigi non debet, Adeóque quod magis eſt, etiam Stichum præſtare promiſſor poterit, quandoquidem qui pactus eſt, ne Stichus peteretur, non ſtatim pactus eſt, ne præſtaretur, id eſt, ne promiſſor eum præſtare, ſi vellet, poſſet, at tantummodò ne præſtare illum cogeretur.

d *Pacti exceptio mihi opponetur.* Ratio dubitandi. Homine generaliter legato, nihil agitur repudiato Pamphilo aut Sticho, adeò vt ille ipſe qui repudiatus eſt eligi adhuc poſſit. *leg. in homine.* 18. *de optione legata.* Ergo & ſimiliter homine generaliter debito, ſi pactum fiat de non petendo Sticho, nihil agi dicendum eſt, eúmque ipſum Stichum peti adhoc poſſe.

Ratio decidendi. Nihil agitur repudiato Pamphilo, quia prius eſt vt quod repudiatur debeatur, quàm vt repudiari poſſit. *leg. ſi ita ſcriptum.* 45. §. *ſi ſub conditione. de le.* 2. *l.* 1. §. *decretalis. de ſucceſſ. edi.* Atqui homine legato generaliter ſiue heredis ſiue legatarij electionem teſtator eſſe voluerit, non debetur Pamphilus priuſquàm electus ſit. Nemo autem dixerit legatarium (cuius ſanè electionem fuiſſe ponendum eſt in ſpecie *dicta lege* homine, vt fuit olim ſemper in legatis per vindicationem, ſicut è contrario fuit heredis in legatis per damnationem) eligere Pamphilum videri, cùm eum repudiat. Quid enim tam contrarium electioni, quàm repudiatio? Ergo non poteſt repudiatio, quæ inutilis eſt, facere quominùs eligi adhuc poſſit idem Pamphilus, qui malè repudiatus fuerit. At pacti de non petendo alia ratio eſt. Nam ſi legatarius hominis in genere, etiam qui habuit electionem paciſcatur de non petendo, aut quod effectu idem eſt de non eligendo Pamphilo, benè paciſcitur, viámque ſibi præcludit eligendi Pamphili, quia etiam de legato conditionali, & quod nondum debetur paciſci licet. *leg.* 1. *Codice hoc tit.* Quod ſi electio heredis fuit, tantò magis ſummouendus erit legatarius exceptione pacti, ſi Pamphilum petat, non etiam tamen ſi alium quemlibet petat dummodò relicta heredi electione. Nec enim poteſt id actum videri ne quid omnino petatur, quandiu electio ſalua eſſe poteſt, etiam poſt ſubductam Pamphili perſonam. Quomodo dicimus legato generaliter homine, ſi poſtea Stichus adimatur, non tam ademptum videri legatum, quàm extenuatum. *leg. qui hominem.* 11. *de adim. legat.* In eóque rurſum Cuiacius errauit, hoc tantummodò obſeruandum exiſtimans tam in ſtipulationibus quàm in legatis, an electio ſit debitoris, an creditoris, de quo nihil penitus apud Paulum. Itaque nec diſtinctio hæc admittenda eſt, nec rurſus ſtipulationes à legatis hac parte ſecernendæ ſunt, quod fit à pleriſque, ſed pactum de non petendo à repudiatione diſtinguendum.

e *Alium autem hominem ſi petam, rectè agam.* Ratio dubitandi. Si is cui homo in genere debebatur, Stichum accepto tulerit, tollitur in totum obligatio, nec alium vllum hominem petere poteſt, *lege & per iuſiurandum.* 13. §. *ſi is qui hominem. de acceptilatione.* Ergo idem erit ſi pactus ſit de non petendo Sticho, Quid enim tam ſimile acceptilationi, quàm pactum de non petendo? Ni[illegible] quod per acceptilationem obligatio tollitur ip[illegible] pactum verò de non petendo, non niſi ope excep[illegible]. Adeò vt acceptilatio etiam inutilis includat in ſe [illegible] pactum vtile de non petendo, vt dicemus ad §. *ſi acceptilatio.* j.

Ratio decidendi. Larga differentia eſt inter acceptilationem & pactum de non petendo, quoniam acceptilatio ſolutionis vim habet. §. 1. *Institut. quibus modis tollitur obligatio. lege penultima de ſolutione.* Quod ergo inuito ſtipulatori promiſſor ſoluere poteſt, cur non & accepto latum pariet liberationem? vt ibi Vlpianus argumentatur. At pactum de non petendo ſolutionis vim habere non poteſt, cùm præſupponat ſuperſtitem non modò obligationem, ſed etiam actionem, vt ſ. dixi. Et in hoc quoque Cuiacium erraſſe miror, qui vult tantundem fieri poſſe pacto per exceptionem, quantum iuſta & legitima acceptilatione.

8 ¶ Item ſi pactus, *ne hereditatem peterem*: ſingulares res, vt heres, petam [f]: ex eo, quod pactum erit, pacti conuenti exceptio aptanda erit, quemadmodum ſi conuenerit, *ne fundum peterem*: & vſumfructum petam [g] aut *ne nauem* [h] *ædificiúmve peterem*: &, diſſolutis his ſingulas res petam: niſi ſpecialiter aliud dictum eſt [i].

Ad §. 8. Item ſi pactus.

Ratio dubitandi. Pactum in vna re factum, in alia nocere non debet. §. *pacta ſuprà.* Atqui pactum proponitur factum de non petenda hereditate, non autem de non petendis rebus ſingulis. Aliud autem eſt hereditas, aliud verò res ſingulæ hereditariæ. *lege in fideicommiſſaria* 18. *ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Hereditas enim conſiſtit in iure, non in corpore. *lege hereditas* 50. *de hered. petit. leg. quamuis* 24. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Ergo pactum de non petenda hereditate non debet nocere petenti res ſingulas.

Ratio decidendi. Hereditas quidem differt formaliter à rebus hereditariis, ſed tamen fatendum eſt eum qui paciſcitur de non petenda hereditate, vt ipſa ſentire de rebus hereditariis, vt in iis conſiſtat totum emolumentum pacti, in quibus tota vtilitas hereditatis conſiſtit.

f *Vt heres petam.* Ergo ſi ex alia cauſa dominium nactus petam res hereditarias, non nocebit exceptio pacti, quia ſicut de hereditate nemo paciſci poteſt, niſi tanquam heres, ita neque de ſingulis rebus hereditariis, niſi tanquam heres pactus intelligitur.

g *Ne fundum peterem, & vſumfructum petam.* Ratio dubitandi. Vſusfructus neque fundus totus eſt, neque pars fundi, quia in iure & ſeruitute, non in parte conſiſtit. *lege Manius.* 66. §. *fundo. de legat.* 2. *leg. ſi à reo.* 70. § *de fideiuſſoribus. leg. rectè* 25. *de verborum ſignificatione. l. & per iuſiurandum.* 13. §. *illud de acceptilat.* Pactum ergo factum de non petendo fundo non debet nocere petenti vſumfructum.

Ratio

Ratio decidendi. Vſusfructus licèt in iure non parte conſiſtat, emolumentum tamen rei continet. *dicto §. fundo. ideóque portionis inſtar obtinere dicitur. leg. cùm filius 76. §. domi ius. eod.tit. l. 4. ff. de vſufr. l. qui vſumfructum 58. de verb. oblig.*

h *Aut ne nauem.* Ratio dubitandi. Cæmenta, tigna lapides, calx, columnæ, trabes, lateres, feneſtræ, parietes non ſunt partes ædificij. *dicta lege & per iniurandum. 13. §. illud de acceptilatione.* ſicut nec tabulæ partem nauis conſtituunt. *leg. naue. 36. de euictione.* Ideóque is qui inſulam petiit, ſi poſtmodum cæmenta petat, vel tigna, vel quid aliud quod ſuum ſit, non repellitur exceptione rei iudicatæ *leg. ſi quis cum. 7. §. ſed in cæmentis. de exceptione rei iudicatæ.* Ergo & qui pactus eſt ne nauem, vel ædificium peteret, ſi diſſolutis his ſingulas res petat, exceptione pacti ſummouendus non eſt.

Ratio decidendi. Non ſunt quidem iſta pars ædificij aut nauis, ſed tamen pertinent ad voluntatem pacti de naue vel ædificio interpoſiti: quia nemo dixerit eum qui paciſcitur de naue non petenda, vel de ædificio non petendo, cogitare tamen de petendis iis, ex quibus nauis vel ædificium conſtat, cùm neque nauis aut ædificij diſſolutio probabiliter ſperetur. Pactum autem ex eo potiſſimum quod actum eſt, & ex ſola paciſcentium voluntate æſtimatur. Nec ſanè ratio vlla eſt, cur velit aliquando poſſe iſta petere is qui domum ipſam aut nauim petere cùm poſſit, nolit. Siquidem pactum de non petendo præſupponit ius eſſe petendi: indéque nimirum petenda eſt ratio differentiæ inter exceptionem pacti, & exceptionem rei iudicatæ: Nam cùm pronuntiatur domum vel nauim meam non eſſe, hoc ipſo apparet ac pronuntiatur me non habuiſſe ius vindicandi, ex quo ſi quis inferat, Diſſoluta igitur domo vel naui repellendum eſſe me exceptione rei iudicatæ petentem res ſingulas, ex quibus domus vel nauis conſtat, is proculdubio errauerit. Nihil enim vetat diſſoluta domo vel naui, hæc mea eſſe, quamuis domus vel nauis ipſa mea non fuerit: cùm non vtique ſint cæmenta eius, cuius & inſula eſt, vt ratiocinatur Vlpianus in *dict. §. ſed cæmentis.* Quod ait Cuiacius omnem cauſam in pacto deduci, non etiam in re iudicata, præterquàm quod ſubobſcurè eſt, ad rem illam non pertinet. Ponimus enim ex eadem cauſa peti cæmenta domus ex qua & domus ipſa petita fuit, id eſt, iure dominij: Eum autem qui non fuerit dominus ædificij extantis, dominum eſſe cæmentorum ædificio diſſoluto. Itaque non nocet ei exceptio rei iudicatæ, non quia ex alia cauſa petat, ſed quoniam aliud petit, vt lex ait. At is qui pactus de non petenda domo poſt eam diſſolutam petit cæmenta id ipſum petit, quod peteret etiam ſtante ædificio. Cùm ponendum ſit habuiſſe illum ius domum petendi, de qua non petenda alioquin fruſtrà pactus fuiſſet. Ergo quæ exceptio pacti ei obſtaret, ſi domum adhuc ſtantem peteret, obſtabit etiam petenti cæmenta poſt ædificij diſſolutionem. Nam qui petit domum, vi ipſa petit etiam cæmenta, ſi non minus iuris habiturus eſſet in ipſis cæmentis ſoluto ædificio, quàm in ædificio ſtante. Ergo & qui paciſcitur de non petenda domo, pactus quoque intelligitur de cæmentis non petendis: quorum ſcilicet petendorum ius eum habere neceſſe eſt, vt vel ipſi quæſtioni locus fieri poſſit, an eorum nomine pacti exceptione repelli debeat.

i *Niſi ſpecialiter aliud dictum eſt.* Additio, ni fallor, Tribonianea, certè Triboniano familiariſſima, requirenti ſpecialem voluntatem, vbi vel ſupernacua illa futura ſit vel inepta, vt pleriſque locis & exemplis a nobis comprobatum eſt.

6 ¶ Si acceptilatio inutilis fuit: tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.

Ad §. 9. ſi acceptilatio.

Ratio dubitandi. Acceptilatio non fit niſi per ſtipulationem, id eſt, per mutuam interrogationem & reſponſionem. *lege prima & toto titulo de acceptilatione.* Atqui ſtipulatio inutilis non valet in vim taciti pacti. *lege prima §. ſi quis ita de verborum obligatione.* ſicut & quæ facta eſt ab eo qui non ſibi conſtitui, ſed ſtipulari voluit non habet vim tacitè conſtituti, quia non animo conſtituentis, ſed promittentis id factum ſit. *lege prima. §. eum qui de conſtit. pecun.* Ergo nec acceptilatio inutilis pactum vtile in ſe habere poteſt.

Ratio decidendi. In acceptilatione duo ſunt: voluntas & ſolemnitas, cùm ſit actus legitimus, qui ſemper vtroque conſtat & voluntate & ſolemnitate. *leg. actus legitimi. 77. de regulis iuris.* Si ſolemnitas ſola deficiat, acceptilatio non eſt. Voluntas tamen quæ ſubeſt liberandi debitoris ſufficiens eſt ad pactum inducendum, quippe quod ſola voluntate, contentum eſt. Nam & quid aliud eſt pactum de non petendo, quàm conſentiens vtriuſque paciſcentium voluntas de liberando debitore? Hac vna differentia quod per acceptilationem liberatio fit ipſo iure, per pactum vero non niſi exceptionis ope. Inter quæ ſi conſideret modum tollendæ obligationis differentia, ſanè larga eſt, & quæ vt benè ait Cuiacius, non poteſt negligi, quin iudiciorum omnium totiuſque iuriſprudentiæ perturbatio inducatur. Sed ſi effectum rei inſpicias, nulla planè eſt. *leg. nihil intereſt 112. de regulis iuris.* Porro qui paciſcuntur de effectu tantum rei cogitant, non de arte ac ſubtilitate iuris, cui pacta ipſa incognita ſunt. Non poteſt igitur negari, quin ex voluntate paciſcentium inutilis acceptilatio vim habeat pacti taciti de non petendo. *leg. an inutilis 8 in principio leg. ſi accepto latum 19. de acceptilatione. leg. cùm emptor 5. de reſcindenda venditione.* Stipulationis alia ratio eſt, quia ei pactum non ineſt, cùm ſtipulatio & pactum differant animo, &, vt Cuiacius loquitur, concluſione. *leg. 7. §. quinimo ſupra eod.* Multò minùs ineſt ei conſtitutum. Ineſt tamen conſenſus, & quidem quanto opus eſt ad pactum ineundum, ſed ad pactum liberatorium, non ad obligatorium, quia proniores ſumus ad liberationem quam ad obligationem etiam quæ naturalis tantùm ſit, inducendam. *leg. Arrianus 47. de obligation. & action.* Quæ cùm ita ſint, miror Haloandrum emendaſſe Vlpianum in *dicta lege an inutilis*, & pro illis verbis *contra ſenſum*, legiſſe, *conſenſum*, vt induceret euidentem ἀντινομίαν: quæ ſi Florentinam vulgatámque editionem retineas, nulla prorſus erit, vt ad eum locum dicemus.

10 ¶ Seruus heredi poſt adituro nominatim paciſci non poteſt, quia nondum is dominus ſit: ſed ſi in rem pactum conuentum factum ſit [k], heredi adquiri poteſt.

Ad §. Seruus heredi.

Ratio dubitandi. Heres quandocunque adeundo hereditatem, tam inde ex die mortis eam adiiſſe retrofingitur. *lege heres quandocunque 54. de acquir. hered. leg. omnis hereditas 138. leg. omnia ferè 193. de regulis iuris.* Ergo ſeruus hereditarius paciſcendo nominatim heredi poſtea adituro, videtur pactus domino ſuo. Et conſequenter acquirit ei exceptionem pacti, ſicut & acquireret ei actionem ex ſtipulatu, ſi ei ſtipulatus eſſet. *l. ſi ex re 28. §. vlt. de ſtipulat. ſeruor.*

Ratio decidendi. Qui heredem dicit, dominum dicit. *§. vltimo. Inſtitut. de hered. qualitate & differentia. lex de hereditate 19. §. pater. de caſtrenſi peculio. leg. 3. § idem Pomponius de minoribus.* Proinde heres inſtitutus non poteſt videri dominus priuſquàm ſit heres, nec heres eſſe priuſquam

priuſquam adeat. *leg. precia 63. ad legem Falcidiam.* Interim ergo extraneus eſt, quæ res facit, vt in eius perſonam collata pactio aut ſtipulatio nominatim, nullius ſit momenti, *leg. ſeruus hereditarius* 16. de ſtipulatione ſeruorum: perinde ac ſi à ſeruo alieno facta eſſet. *leg. ſeruus alienus* 30. *eodem.* Etſi enim ad hoc vt inutilis pactio & ſtipulatio ſit, ſufficit collatam fuiſſe nominatim in perſonam eius qui non ſit dominus. *dicta lege* 46. poteſt tamen defendi ſeruum hereditarium eſſe alienum, quia eſt hereditatis, hereditas autem non heredis, ſed defuncti perſonam repræſentat. *leg. non minus* 31. §. 3. *de heredibus instituendis. leg. in eo.* 33. §. *vltimo. cum lege ſequenti de acquirendo rerum dominio.* Et quamuis verum ſit heredem & hereditatem, tametſi duas appellationes recipiant, vnius perſonæ vice fungi. *leg. heres* 22. *de vſucapione.* id tamen tunc obtinet, cùm adita hereditas eſt. Atqui in pactis & ſtipulationibus, cùm quæritur cui actio vel exceptio acquiratur conuentionis tempus præcisè ſpectandum eſt, tum quoque cùm conuentio ſit ſub conditione. *leg. ſi filiusfamilias* 76. *de verborum obligationibus.* Ergo cùm is cui nominatim pactus fuit ſeruus hereditarius non fuerit dominus tempore pactionis, nihil ei per ſeruum hereditarium acquiri potuit, id eſt, neque pacti exceptio, neque doli.

k *Sed ſi in rem pactum conuentum factum ſit.* Ratio dubitandi. Etiamſi pactum ſerui hereditarij in rem conceptum ſit, perinde tamen verum eſt, eum qui futurus eſt heres non eſſe dominum tempore interpoſiti pacti: Ergo non magis valere debet pactum, ſic vt nec valeret ſi ſeruus hereditarius ei nominatim ſtipulatus eſſet ſecundùm ea quæ proximè diximus.

Ratio decidendi. Cùm pactum in rem conceptum eſt, acquiritur exceptio hereditati tanquam dominæ, per hereditatem verò heredi futuro tanquam in conſequentiam quia hereditas transfundit in heredem quidquid eſt hereditatis. *leg. 1. paragrapho Scæuola. ſi quis teſtament. lib. eſſe iuſſ.* in quo numero continetur quicquid ſeruus hereditarius ſtipulatus eſt vel per traditionem accepit. *dicta lege in eo.* 33. §. *vltimo. de acquirendo rerum dominio.* Nec aliud eſt etiamſi ſeruus hereditarius non ſimpliciter in rem pactus ſit, ſed ipſi heredi futuro, dum ne nominatim, ſed tantùm ſub heredis nomine appellatiuo. Hic enim caſus eſt, quem Caius tractat *in dicta leg. ſi ex re* 28. §. *vltimo de ſtipulationibus ſeruorum.* vbi refert contrarias Proculi & Caij in quæſtione iſta opiniones. Ratio eadem eſt quam proximè attulimus, quod cùm ſeruus hereditarius paciſcitur futuro heredi, non tanquam Titio, ſed tanquam heredi futuro, quod noſtri dicunt ſub nomine appellatiuo heredis, acquiritur rectà hereditati, quæ ſola eo tempore domina reperitur, mox per hereditatem heredi quandocunque adeunti, quia hereditas illa eſt, quæ facit heredem. Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm ipſi heredi pactum fuit nominatim. Tunc enim deque ipſi heredi rectà poteſt acquiri, quippe qui nondum ſit eo tempore dominus, neque hereditati, quia ſeruus alienus alij nominatim ſtipulando non acquirit domino, quia non voluit. *d. l. ſeruus alienus* 36. *eo* ſicut nec acquiri ei cui ſtipulatus fuit, quia non potuit.

28. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

CONtra iuris ciuilis regulas pacta conuenta rata non habentur [a]. Veluti ſi pupillus ſine tutoris auctoritate pactus ſit [b], *ne à debitore ſuo peteret*, aut *ne intra certum tempus* [c] veluti quinquennium peteret. nam nec ſolui [d] ei ſine tutoris autoritate poteſt.

¶ Ex diuerſo autem ſi pupillus paciſcatur, *ne quod debeat à ſe peteretur:* ratum habetur pactum conuentum [e]. quia meliorem conditionem ſuam facere ei etiam ſine tutoris autoritate conceſſum eſt.

Ad l. Contra iuris 28.

a *Rata non habentur.* Ratio dubitandi. Pacta ſunt incognita iuri ciuili, nec defenduntur, niſi tuitione prætoria data ex iis per prætorem exceptione regulariter, interdum etiam actione, vt dixi ad *leg. 7. §. ſed cùm nulla. & ad §. ait prætor ſuprà eodem.* Ergo non ſunt æſtimanda ex regulis iuris ciuilis, ſed potiùs ex iure prætorio, cuius eſt ius ciuile non tantùm interpretari, ſed etiam corrigere & emendare. *leg. ius autem* 7. §. 1. *& lege ſequenti de iuſtitia. & iure.* Ratio decidendi. Tuetur quidem pacta ſed non ea quæ contra leges proponuntur. *dicta lege* 7. §. *ait prætor. leg. pacta quæ contra* 6. *Codice eodem.* Prætor enim etſi inuita facere potuit fecitque præter leges, nihil tamen contra leges *leg. nec non* 28. §. *quo ad eius ex quibus cauſis maior. leg. cùm ſponſus. §. ſi res, de public. in rem act.* vt ſcripſi ad dictam legem 7. §. 1. *de iuſtitia & iure.* Fit autem contra leges quidquid fit vetantibus regulis iuris. *leg. quæ vetante.* 102. *de regulis iuris.* Paciſci tamen contra edictum Ædilium licet. *lege paciſci* 31. *infra hoc titulo vbi dicam.*

b *Si pupillus ſine tutoris authoritate pactus ſit.* Ratio dubitandi. Pupillus promittendo etiam ſine tutoris autoritate adeóque per ſtipulationem, quæ ipſa iuris ciuilis eſt, obligatur naturaliter. *lege 1. in fine de nouationibus.* etiamſi non ſit factus locupletior *leg. cùm illud* 25. §. *heres meus quando dies legat. ced. leg. Stichum* 95. §. *aditio. de ſtipulationibus.* nam ſi locupletior factus eſſet, etiam ciuiliter obligaretur ex reſcripto Diui Pij. *leg. 3. §. pupillus. leg. 6. leg. Neſennius* 34 *verſ. in ſpecie de negot. geſt. leg. 2. Codice eodem.* (Obligatio enim naturalis æſtimatur ex facto. *leg. nec ſeruus* 41. *de peculio.* Verum autem eſt pupillum promiſiſſe de facto ſiue paciſcenti, ſiue ſtipulanti promiſerit. Nam quod re vera factum eſt nulla iuris prohibitione infectum fieri poteſt. *leg. denique* 19. *ex quibus cauſis maior. leg. in bello* 12. §. *facti de capt. & poſtlim.* Ergo ſi pupillus paciſcatur ne petat, naturaliter obligatur, & conſequenter fatendum eſt, pactum valere in neceſſarium antecedens, quia ſi non valeret, ne quidem naturaliter pupillus obligaretur. *leg. 1. §. ſi quis ita l. is cui bonis 6. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Pupillus obligatur quidem naturaliter ex pacto aut ex ſtipulatione interpoſita ſine tutoris autoritate. Sed eius obligationis naturalis nullus eſt effectus, neque ad impediendam condictionem ſoluti, neque ſubmouendam actionem exceptione pacti, neque ad inducendam compenſationem) qui ſunt tres effectus naturalis obligationis. *leg. naturales* 10. *de obligat. & action. leg. etiam* 6. *de compenſat. dicta lege Stichum* 95. §. *naturales de ſolutione.* quia cùm pactum ex quo naturalis iſta obligatio naſcitur, improbum ſit à iure ciuili, ac proinde etiam à prætore, effectus autem illi naturalis obligationis, de quibus diximus, ſint ex iure prætorio fieri non poteſt vt prætor eos effectus tribuat obligationi naturali, quin à ſe ipſo diſſentiat. Nullus enim ex his effectibus poteſt induci contra pupillum, quin eueniat vt pupillus facto ſuo ſine tutoris autoritate conditionem ſuam fecerit deteriorem quod iuris ciuilis regula non admittit. Regula enim eſt, Poſſe pupillum ſine tutore conditionem ſuam meliorem facere deteriorem non poſſe. Vnde fit vt ſi quando pupillus promittendo conditionem ſuam meliorem faciat, quod vix alio vllo caſu poteſt euenire, quàm eo de quo in *dicta lege 1. de nouationibus.* cùm pupillus promittit ſtipulatori animo nouandi valeat ſtipulatio

latio ad inducendam obligationem, non quidem ciuilem, ſed naturalem, & quæ effectum habeat prioris obligationis ciuilis perimendæ, quia vtilius eſt pupillo vt ſit obligatus naturaliter tantùm quàm vt ciuiliter, ſicut & is cui bonis interdictum eſt, nouare poteſt, ſi modò nouando faciat conditionem ſuam meliorem. *l. 3. eodem.* Quid ergo ſi pupillus quod ſine tutoris autoritate ſtipulanti promiſerat, ſoluerit tutore autore? Nam ſi ſoluat ſine tutoris autoritate etiam id quod non modò naturaliter, ſed etiam ciuiliter debuit, conſtat poſſe illum repetere, non quaſi ſoluerit indebitum, ſed quia perſona locum facit repetitioni, *leg. interdum 29. de condict. indeb.* Ponamus ergo ſolutum fuiſſe ex tutoris autoritate, quod à pupillo promiſſum fuerat ſine tutore: Nihilominus repetet, quia nec natura debet. *le. quod pupillus 41. eodem id eſt nec naturali iure, nec gentium. leg. quod amplius 84. §. is natura debet. de regulis iuris.* Non dicit, quia non debet naturaliter, ſed quia non debet iure naturali, quod diuerſum eſt. Plus enim eſt deberi naturali iure, quàm deberi naturaliter. Pactum quodlibet pupilli ſufficiens eſt ad faciendum vt pupillus obligetur naturaliter, etiamſi tutoris autoritas non interuenerit, quia æquitas generalis quæ tuetur pacta, quod æquum ſit fidem datam ſeruari, etiam pupillum obligat. *dicta lege 95. §. naturalis de ſolutione.* Vnde eſt quod pupillus qui ſine tutore pactus fuit, fideiuſſorem dare poteſt, vt ibi Papinianus ait, quod falſum eſſet, ſi ne quidem naturaliter eſſet obligatus, *dicta lege. §. ſi quis ita. & dicta lege 6. de verborum obligatione.* Sed æquitas illa naturalis non eſt ſufficiens ad conſtituendum ius naturale, quia maiore & contraria æquitate perinde naturali labefactatur, quod natura ipſa ferre non debeat, vt qui naturæ vitio ſibi proſpicere non poteſt, nocere ſibi poſſit. Nullum eſt ius naturale ſine naturali æquitate: ſed non omnis naturalis æquitas ſufficiens eſt ad ius naturale conſtituendum, vt aliis exemplis alibi demonſtrauimus. Inde etiam eſt quod pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris autoritate accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur, *leg. pupillus 59. de oblig. & action.* quem tamen negare non poſſumus obligari naturaliter. *le. naturaliter 13. §. vltimo de condict. indeb. dicta lege cum illud. 25. §. 1. quand. dies legat. ced. dicta lege Stichum. §. aditio.* quibus locis probatur, quod magis eſt, huius obligationis naturalis effectum aliquem eſſe, ſi ſolutio ſit ſecuta, aut aliquid quod cedat loco ſolutionis. Cur verò hæc tam variè, vt obligatio naturalis quàm pupillus promittendo contrahit, nullum effectum habeat, nec ſi tutore autore ſolutio ſecuta ſit. *dicta lege quod pupillus.* Habeat autem illa quam contrahit pupillus mutuam pecuniam accipiendo, cùm tamen vtrique commune illud ſit, quòd neutra iuris naturalis vinculum habet? Reſpondeo diuerſitatis rationem ex eo petendam eſſe, quod obligatio naturalis, quæ contrahitur per pactum pupilli ſine tutoris autoritate interpoſitum à iure ciuili improbata eſt, non etiam illa quam pupillus contraxerit mutuam pecuniam accipiendo Iuris enim regula prohibet ne pupillus ſine tutore quicquam promittat ſiue paciſcenti, ſiue ſtipulanti, quia certum eſt, Omnem qui promittit hoc ipſo quod obligatur fieri pauperiorem extra caſum. *dicta lege 1. de nouationib.* At nulla iuris regula prohibet ne pupillus ſine tutore mutuam pecuniam accipiat, quia licèt accipiendo ſe obliget ſaltem naturaliter, non tamen omnimodo fit pauperior quiſquis mutuam pecuniam accipit, ſed plerunque locupletior, ſi eam, quod facile ſequi poteſt, in neceſſarios aut vtiles vſus impendat. Imò hoc ipſo quod mutuam accepit, niſi probetur aut præſumatur perdidiſſe. Quò videtur pertinere quod de pupillo locupletiore facto ſcriptum eſt in *dicta lege naturaliter. §. vltimo de condict. indebit.* Proinde non potuit ſine periculo damnóque pupillorum ita ius conſtitui, vt mutuam pecuniam ſine tutore accipere prohiberentur. Cùm ergo nihil faciat contra iuris regulas is, qui mutuam pecuniam dat pupillo ſine tutoris autoritate, licèt euentu contingat pupillum non fieri locupletiorem, ſed eam pecuniam perdere, nihil tamen cauſæ eſt, cur naturalis obligatio per mutui dationem contracta non debeat eos habere omnes effectus quos habent cæteræ omnes obligationes, à iure ciuili non dicam approbatæ (eſſent enim dicendæ ciuiles, ſi approbatæ eſſent) ſed non improbatæ. Atque ita totam hanc ſanè perdifficilem, De pupilli obligatione quæſtionem explicandam arbitror.

c *Ne intra certum tempus.* Ratio dubitandi, Pactum de non petendo intra certum tempus, non nocet poſt illud tempus, nec ſi à maiore factum proponatur. *leg. proxima. §. primo, ſupra eodem.* quia non tollit obligationem aut actionem, ſed tantùm exactionem impedit ad tempus, quod tempus vt plurimùm breue eſt. Dici autem ſolet non eſſe magnum damnum iri mora modici temporis. *lege ſi debitore 21. de iudiciis. leg. etſi poſt tres 8. ſupr. ſi quis cautionibus.* Ergo ſaltem pactum de non petendo intra certum & breue tempus à pupillo conuentum, quamuis ſine tutoris autoritate ſeruandum eſt.

Ratio decidendi Etiam tempore minùs ſoluitur. *§. ſi quis agens. verſicul. tempore. Inſtit. de actionibus.* quia dies ſolutionis, non minùs quàm ſumma pars eſt obligationis. *leg. prima §. editiones. ſuprà de edend.* Ergo facit conditionem ſuam deteriorem pupillus qui paciſcitur de non petendo intra certum quantumuis breue tempus, & fit pauperior, ſi non in toto, vt aiunt, ſaltem in tanto. Æquè igitur pactum hoc eſt contra regulas iuris ciuilis, ac ſi paciſceretur pupillus de nunquam petendo. Quia regula iuris eſt, Non poſſe pupillum ſine tutoris autoritate conditionem ſuam facere deteriorem.

d *Nam nec ſolui.* Ratio dubitandi. Non videtur bona conſecutio iſta: Pupillo ſolui non poteſt ſine tutoris autoritate. Ergo nec poteſt pupillus paciſci de non petendo Nam inter has ſpecies differentia illa eſt, quòd pupillus qui accipit ſolutionem, alienat, cùm amittat debitorem. Indéque nimirum fit vt ſolutionem ſine tutoris autoritate non poſſit, quoniam nec alienare quicquam poteſt. *§. nunc admonendi. Inſtitut. quibus alienare licet. leg. pupillo 15. de ſolutionibus.* At is qui paciſcitur de non petendo è contrario nihil alienat, quia non amittit debitorem. Siquidem pactum de non petendo neque obligationem neque actionem tollit.

Ratio decidendi. Imò bona conſecutio eſt, quia tametſi pactum de non petendo non tollat ipſo iure actionem, quam tollit ſolutio, tollit tamen ope exceptionis quod cùm in effectu tale ſit, ac ſi ipſo iure tolleret. *l. nihil intereſt 112. de regulis iuris.* conſequens eſt vt etiam in effectu alienet qui paciſcitur de non petendo. Sed & fauorabilior eſt liberatio quæ contingit ipſo iure per ſolutionem, quàm quæ ope exceptionis inducitur per pactum de non petendo, quia ſolutus eſt modus legitimus tollendæ obligationis, nec quicquam eſt aut æquius, aut rationi iuris conuenientiùs, quam vt verus debitor ſoluens quod debet vero creditori iure ipſo liberetur, ne non poſſit impunè ſoluere qui poteſt etiam inuitus cogi ad ſolutionem. *l. quod autem. 6. § apud Labeonem. quæ in fraudem creditorum. leg. ait prætor. 7. §. ſed etſi. de minoribus.* Qui autem paciſcitur ne à ſe petatur, nec ſoluit nec aliud quicquam facit quod ſit loco & vice ſolutionis. Ergo bona conſecutio eſt, vt qui non poteſt ipſo iure liberari ſoluendo pupillo, multò minùs liberetur ope exceptionis, ſi paciſcatur cum eo pupillus de non petendo. Idque apparet ex eo quod tutor ſolutionem accipere poteſt, paciſci de petendo non poteſt. *l. pactum 22. Cod. h. tit.*

e *Ratum habetur pactum conuentum.* Ratio dubitandi. Pupillus neque conſilij capax eſt, neque in ea ætate decernere quicquam poteſt, non magis quàm furioſus. *leg. more 8. §. 1. cum lege ſequenti de acquirenda hereditate.* Nec enim ætas illa intelligit etiam illa quæ videt. *lege 1. Codice de falſ. monet.* Ideóque comparatur furioſo pupillus in omnibus: niſi in eo quod furioſus nihil facere poteſt, ne quidem curatore autore, pupillus verò omnia cum tutoris

ris autoritate. *lege in negotiis. 5. de regulis iuris.* Atqui pactum non eſt ſine conſenſu. *lege 1. ſupra hoc titulo.* nec conſenſus ſine animo & iudicio ſe obligandi. *leg. 7. §. qui ȷ. eod.* Ergo non poteſt valere pactum initum à pupillo ſine tutoris autoritate, quamuis in ipſius pupilli vtilitatem.

Ratio decidendi. Permiſſum eſt pupillo meliorem ſuam facere conditionem, non etiam facere deteriorem: ne alioqui quod regula iuris in fauorem pupillorum conſtituit in eorum odium retorqueatur contra *leg. nulla. 25. ſuprà de legibus. leg. quod fauore 6. Codice eod.* Nec credendum eſt conſilium aut iudicium, aut animum paciſcendi defuiſſe pupillo qui ſibi benè proſpexit, cùm præſertim ea ætas interdum etiam doli capax ſit. *leg. heredibus 13. §. de dolo. leg. 4. §. de dolo 26. de dols ex. ep sene.* Sic dicimus, Per eos qui in noſtra poteſtate ſunt meliorem noſtram conditionem fieri poſſe, deteriorem non poſſe. *leg. melior 133. de regulis iuris. leg ſiuus 25. Codice hoc titulo.* Sed & quod magis mirum eſt in vno eodémque contractu qui ſit vltro citróque obligatorius, ſi quis cum pupillo contrahat ſine tutoris autoritate, contractus claudicat, nec obligatur pupillus, licèt alium ſibi obliget. *leg. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo. de act. empt.* Imputare enim ſibi debet qui cum pupillo ſine tutore contrahit. Cùm enim ſciat aut ſcire debeat iuris regulam ea lege & conditione contrahere videtur. arg. *l. ſi duo 38. de acq. her.*

1 ¶ Si curator furioſi, aut prodigi pactus ſit, *ne à furioſo, aut prodigo peteretur*: longè vtile eſt curatoris recipi pactiones, ſed contrà [a].

Ad §. 1. Si curator.

Ratio dubitandi. Pactum vnius alteri neque prodeſſe debet neque nocere. *leg. proxim. §. pacta quæ turpem. in fin. ȷ. eod.* Atqui alia perſona eſt furioſi aut prodigi, alia curatoris. Ergo pactum curatoris non debet prodeſſe furioſo vel prodigo.

Ratio decidendi. Curator datus furioſo vel prodigo non tantùm bonis, ſed etiam perſonæ datus intelligitur. *leg. & toto titulo de curat. fur.* in quo ſimilis eſt tutori. *leg. 1. quia perſona 14. de teſtam. tutor.* diſſimilis autem ei qui datur curator minori. *leg. cùm in vna 17. §. 1. de appel.* Ergo quemadmodum tutoris pactum prodeſt pupillo *leg. tutoris 15. ſuprà eodem.* ita & quod furioſi vel prodigi curator pactus fuit, furioſo vel prodigo prodeſſe oportet, ne alioqui nulla ratio ſit perſonis iſtis proſpiciendi, cùm furioſus & prodigus non habeant rerum ſuarum adminiſtrationem, ne quidem autore curatore. *leg. 5. de regulis iuris.* Etſi differentia illa eſt inter furioſum & prodigum, quod furioſus nihil omnino facere poteſt ſine curatore, id eſt, ne quidem ſibi acquirere, ſiue ſtipuletur ſiue accipiat per traditionem. Prodigus autem acquirere ſibi poteſt. *dict. leg. 5. iunct. leg. is cui bonis 6. de verborum obligatione.* quia nimirum prodigo deeſt ſola poteſtas, non voluntas ad contrahendum. At furioſo & voluntas & poteſtas deeſt. Pactum ſanè curatoris qui fuerit datus minori nihil minori proderit, quia poteſt minor ſibi ipſi conſulere ſiue ſolus, ſiue cum curatore, cui nulla in minoris perſonam poteſtas eſt. Nec vlla vtilitas vel æquitas exigit vt à iuris regula diſcedatur fauore minoris, quo modo exigit ſanè fauore prodigi vel furioſi. Idque eſt quod ſignificaut verba illa, *longè vtile eſt curatoris recipi pactiones*, vt intelligamus ex æquitate & vtilitate receptum hoc eſſe contra meram iuris rationem.

a *Sed non contrà.* Ratio dubitandi. Curatores iſti qui dantur furioſo vel prodigo, cùm dentur perſonæ ſicut tutores, liberámque habeant bonorum adminiſtrationem habendi ſunt pro dominis & vice dominorum ſunt. *l. qui fundum 7. §. ſi tutor pro empt. leg. interdum 56. §. qui tutelam. de furt. leg. ad ea 157. de regulis iuris.* Ergo pactum ab iſtis curatoribus interpoſitum furioſo & prodigo nocere debet.

Ratio decidendi. Dominorum loco ſunt quoties benè & ex pupilli, vel furioſi, vel prodigi vtilitatem adminiſtrant, non cùm eos ſpoliat, *dicto §. ſi tutor.* Ideóque debitum exigere iis permiſſum eſt, non etiam remittere. *l. pactum curatoris 22. Codice hoc titulo leg. Lucius 46. §. vltimo de adminiſtratione tutorum. leg. pignus 11. & lege ſequenti de curat. fur.* Atqui non benè adminiſtrat, ſed ſpoliat qui de non petendo paciſcitur. Huiuſmodi enim pacti vulgo non aliam habent cauſam, quàm liberalitatis, cùm fiant donandi animo, donare autem ſit perdere. *l. ſiliusfamilias. 7. de donat.*

2 ¶ Si filius, aut ſeruus pactus ſit, *ne à ſe peteret*: inutile eſt pactum.

¶ Si verò in rem pacti ſunt, id eſt, *ne ea pecunia peteretur*: ita pactio eorum rata habenda erit aduerſus patrem, dominúmve [b]: ſi liberam peculij adminiſtrationem habeant: & ea res, de qua pacti ſint: peculiaris ſit. Quod & ipſum non eſt expeditum: nam cùm verum eſt, quod Iuliano placet, etiamſi maximè quis adminiſtrationem peculij habeat conceſſam, donandi ius eum non habere [c]: ſequitur, vt, ſi donandi cauſa de non petenda pecunia pactus ſit, non debeat ratum haberi pactum conuentum. Quòd ſi pro eo, vt ita paciſceretur [d], aliquid, in quo non minus, vel etiam amplius eſſet, conſecutus fuerit: rata habenda eſt pactio.

Ad §. 2. Si filius.

Ratio dubitandi. In pactis non ius, ſed factum verſatur. *leg. 27. §. pactus, ſuprà eodem.* Eorum autem quæ facti ſunt capaces ſunt non tantùm filiifamilias, ſed etiam ſerui, *leg. nec ſeruus 41. de pecul.* nec ſolent iſta tranſire ad patrem aut ad dominum. *leg. qui heredi. 44. de conditionibus & demon.* Cúmque nec filius, nec ſeruus qui pactus eſt ne ipſe peteret, quicquam petere poſſit iure, quia neque filiusfamilias proprio nomine, neque ſeruus vllo modo actionem inſtituere poteſt. *leg. filiusfamilias 9. de obligat. & act. leg. quoties 13. ſuprà ſi quis cautionibus.* debet huiuſmodi pactum ad factum potius quam ad ius referri, vt ſit in iis conditionibus & obligationibus quæ iuris effectum habere nullum poſſunt. *dicta lege qui heredi. lege Mauius 55. eodem tit. titul. leg. heredibus 77. §. vltimo ad Senatusconſultum Trebellianum. leg. nec ſeruus 41. de pecul.* Finge enim vt huius pacti effectus aliquis eſſe poſſit, promiſſam eſſe à filiofamilias vel à ſeruo pœnam, ſi contra pactum faceret, id eſt, ſi peteret. Nam & moris erat tales ſtipulationes pœnales poſt pactum interponi. *l. ſi pacto 14. Codice hoc titulo. lege penultima. infrà de tranſactione.* Quidni dicamus filio vel ſeruo petente de facto commiſſam eſſe ſtipulationem, vt ex ea parte aut dominus ſaltem de peculio obligetur?

Ratio decidendi. Hæc pactio non de alia petitione intelligi poteſt, quàm quæ in iudicio fiat, & per litis conteſtationem, non ſolùm quia in id vſque tempus qui interpellat, & extra iudicium petit, adeóque controuerſiam mouet, non tam petit quàm petere vult. *leg. amplius 15. ȷ. rat. rem. hab.* Sed etiam quia cùm alius pacti huius effectus eſſe non poſſit, quam vt pariat exceptionem. *leg. 7. §. ſed cùm nulla ſuprà hoc titulo.* exceptioni autem locus eſſe nequeat, niſi præſuppoſita, & propoſita actione, apparet,

petitionem

petitionem iudicialem eſſe oportere, vt pacto locus eſſe poſſit, adeoque proprio petentis nomine inſtruendam, vt non alij quàm ipſi paciſcenti pactum noceat. Atque filiusfamilias vel ſeruus nihil poſſunt in iudicio petere, multò minùs proprio nomine, exceptis actionibus illis perpaucis, quas placuit à filiofamilias proprio ipſius nomine exerceri poſſe, de quibus in dicta lege filiusfamilias & in *lege* 30. *infrà hoc titulo*. Sicut nec ſeruus poteſt quicquam promittere per ſtipulationem extra cauſam peculij. *dicta lege* 30. §. 1. licet poſſit ſtipulari ex perſona domini. *toto titulo de ſtipulatione ſeruorum*. Conſequens igitur eſt vt tale pactum non valeat. Ne filiusfamilias aut ſeruus petat, quia in ipſius filiifamilias aut ſerui perſonam collatum ſit. Nam ſi in rem conceptum ſit, adhibenda diſtinctio eſt quæ ſequitur in textu.

b *Aduerſus patrem, dominúmve*. Ratio dubitandi. Pactum vnius alteri nec prodeſſe debet, nec nocere: vt ſæpiùs diximus ex *lege* 27. §. *pacta quæ turpem. in fine ſuprà hoc titulo*. Atqui alia eſt perſona patris, alia filij: alia domini, alia ſerui. Pactum ergo filiifamilias, nec ſerui quamuis in rem conceptum ſit patri, dominóve nocere non poteſt. Per eos enim quos in poteſtate habemus, melior quidem conditio noſtra fieri poteſt, ſed deterior non poteſt. *leg. melior*. 133. *de regulis iuris. leg. filius* 23. *Codice hoc titulo*.

Ratio decidendi. Cùm pater vel dominus filiofamilias vel ſeruo liberam peculij adminiſtrationem conceſſit, intelligitur ei mandaſſe omnia quæcunque poſtea filius vel ſeruus facit circa res peculiares. Id enim demùm eſt liberam peculij adminiſtrationem concedere. *leg. ſi conuenerit* 18. §. *vltimo de pigneratitia actione. l. ſi liberam* 10. *Codice quod cum eo qui in alien. poteſt*. Ergo pactum filiifamilias vel ſerui nocet hoc caſu patri vel domino, non tam propter ipſius filij aut ſerui, quàm propter patris aut domini voluntatem *l. in ædibus* 9. §. *pen. de donat*.

c *Donandi ius eum non habere*. Ratio dubitandi. Peculium, ſiue filiifamilias ſiue ſerui proprium quodammodo ipſius patrimonium eſt. *leg*. 5. §. *peculium. leg. hinc quæritur*. 19. §. *primo. verſicul. cum enim. leg. peculium*. 39. ꝗ. *de peculio*. Vnde & peculiaris pecunia opponitur dominicæ, quaſi non ſit illa domini. *l. proximè infrà. l. ſeruus. inſcio* 19. *de fideiuſſoribus*. Atqui de patrimonio ſuo poteſt quilibet pro ſuo arbitrio diſponere. *leg. qua ratione* 9. §. *hæ quoque res de acquirendo rerum dominio. l. in re mandata*. 21. *Codice mandat*. & in filiifamilias potiſſimùm perſona indignum eſt libero & ingenuo homine non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem. *lege* 2. *infrà ſi à parente quis manum*. Ergo donandi quoque ius habebit filiusfamilias aut ſeruus, dum ne donet niſi ex peculio. Tanto magis quod ponimus habere illum etiam à patre aut domino liberam peculij adminiſtrationem. Sibi enim debet pater aut dominus imputare cur adeò liberam conceſſerit, ac non potius limitatam. Ratio decidendi. Non ad hoc conceditur filiofamilias aut ſeruo libera peculij adminiſtratio, vt perdat, ſed vt peculium ex bona fide adminiſtret. *leg. filiusfamilias*. 7. *de donationibus*. Nam vt maximè liberæ illius adminiſtrationis conceſſionem pro mandato accipias; certum eſt mandato quantumlibet generali ineſſe clauſulam *ex bona fide. l. creditor*. 60. §. *vltimo. infrà mandati*. Non eſt autem ex bona fide vt quid perdatur. Atqui donare eſt perdere *dicta lege filiusfamilias*. Donat autem qui paciſcitur de non petendo, ſi nullam cauſam habeat ita paciſcendi aliam quam liberalitatem, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente conceditur. *leg. donari* 29. *de donationibus. l. donari*. 82. *de regulis iuris*. Non ergo videtur filiofamilias aut ſeruo permiſſum, quantumcumque liberam habeant peculij adminiſtrationem, vt de re peculiari non petenda paciſcantur. Niſi ponas expreſsè permiſſum fuiſſe donandi poteſtatem, vt in *dicta lege filiusfamilias verſic. item videamus*. Peculium enim licet ſit quodammodo patrimonium filiifamilias vel ſerui, re vera tamen magis eſt patris aut domini. *l*. 3. §. *ſed vtrum. l. patri* 27. *in princ. de minorib. d. l. ſi liberam* 10. *Cod. quod cum eo*.

d *Quod ſi pro eo vt ita paciſceretur*. Ratio dubitandi. Qui paciſcitur de non petendo, licèt non amittat nec extinguat actionem ipſo iure, eam tamen remittit & inefficacem reddit. *leg. pactum curatoris*. 22. *Codice hoc titulo*. atque ita nocet ei cui actio competit. Atque deterior fieri non poteſt conditio noſtra per eos quos in poteſtate habemus. *leg. melior* 133. *de regulis iuris. leg. filius* 23. *Codice hoc titulo*. Ergo nec ſi filius aut ſeruus ita paciſcatur de non petendo, vt pro hoc ipſo quod paciſcitur aliquid viciſſim accipiat, valere pactum poteſt. Ratio decidendi. Qui ſic paciſcitur de non petendo, vt aliquid conſequatur in quo vel amplius vel ſaltem non minus ſit quàm quanti illud eſt quod remittit, non tam donare dici poteſt, quàm permutare. Donatio enim non eſt, quæ aliam cauſam habet quàm liberalitatem. *lege hoc iure* 19. §. 1. *& penultimo & vltimo. & lege penultima*. §. 1. *de donationib. leg. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit. infrà de petitione hereditatis*. Ceſſat igitur hoc caſu ratio quæ in ſuperiore ſpecie impediebat ne pactum de non petendo valere poſſet, quod filiusfamilias aut ſeruus feciſſet, etiam cui libera peculij adminiſtratio data eſſet. Hoc enim ſemper retinendum eſt, & liberam peculij adminiſtrationem conceſſam fuiſſe, & rem peculiarem eſſe de qua conuentum fuit ad hoc vt pactum valeat. Alioqui ſanè non valeret, etiamſi ob rem aliquam magis quàm gratuito & donandi animo factum proponeretur.

29. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

SIn autem dominicam pecuniam crediderit: quod credendi tempore pactus eſt, valere Celſus ait.

Ad l. Sin autem 29.

Ratio dubitandi. Seruus cùm quoque enim dominicam pecuniam credit, non poteſt paciſcendo facere deteriorem domini ſui conditionem: ſed tantùm meliorem. *dicta lege melior* 133. *de regulis iuris*. Ergo nec ſi eo tempore pactus ſit in necem domini, nocere id domino debet. Ratio decidendi. Tractamus de ſeruo qui & liberam peculij adminiſtrationem habuerit, & pecuniam dominicam, id eſt non peculiarem crediderit: (opponitur enim dominica peculiari, *leg. ſeruus* 19. *de fideiuſſoribus*.) denique qui pactus ſit animo non perdendæ, ſed adminiſtrandæ pecuniæ, & in ipſo tempore crediti. Quo caſu perinde pactum illud dat legem & formam contractui, atque ſi ab ipſo domino interpoſitum eſſet, quia non poteſt dominus eundem contractum ſerui pro parte probare, & pro parte improbare cùm ab initio pactum illud contractui adhæſerit argument. *leg*. 2. *de reb. eor. qui ſub tutel. leg. cùm quæritur* 16. *de adminiſtratione tutorum. leg*. 7. *de bon. libert. leg. ſi ita ſtipulatio* 39. §. 1. *de oper. libert*. Ex cuius enim facto actionem habemus, eius quoque factum in eodem ipſo negotio præſtare debemus. *leg. ex qua perſona* 149. *de regulis iuris. leg. filia* 88. *leg. filius* 90. *de ſolutione*. At in totum ſi velit, poterit improbare cùm nunquam probauerit, quia nec dedit huic liberam eius pecuniæ adminiſtrationem. *dicta lege ſi liberam* 10. *Codic. quod cum eo*. Finge itaque ſeruum crediſſe pecuniam dominicam hoc pacto addito, vt ne ante biennium petatur, valebit pactum, nec poterit dominus petere ante biennium, ſi modò nihil in ea re dolo malo & perfidia ſerui factum ſit. Semper enim exceptio hæc ſubricienda eſt. Et tamen ſi pecunia purè credita eſſet, tum ſeruus ex interuallo pa-

ciſceretur, ne ante biennium peteretur, non valeret pactum, nec domino noceret, nec ſi pecunia credita peculiaris fuiſſet. tametſi liberam peculij adminiſtrationem, ſeruus hic habuiſſet quoniam actio quæ ſemel ex contractu ſerui quæſita domino fuiſſet ex pacto ſerui eidem adimi poſteà vel deterior fieri non potuiſſet: Præſertim quia nec in peculio ſerui eſſet: cùm non poſſit ſeruus habere in peculio actionem, cuius ſcilicet adminiſtrandæ alia ratio non eſt, quam vt exerceatur: Eam potiò exercere ſeruus non poteſt. *d. l. quoties 13. ſi quis cautioni.*

30. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

IN perſona tamen filiifamilias videndum eſt, ne aliquando, & ſi pactus ſit, *ne ageret:* valeat pactio: quia aliquando, filiusfamilias habet actionem, veluti iniuriarum. Sed cùm propter iniuriam filio factam habeat & pater actionem: quin pactio filij nocitura non ſit patri agere volenti, dubitari non oportet.

Ad l. In perſona 30.

Ratio dubitandi. Actio quam filiusfamilias proprio nomine exercere poteſt ipſius propria eſt, eiuſmodi ſunt actiones depoſiti, commodati, iniuriarum, & quod vi aut clam. *leg. filiusfamilias 9. de oblig. & action.* Ergo in ipſius filiifamilias arbitrio & poteſtate eſt vt eiuſmodi actiones remittat, & de iis tanquam de re ſua diſponat. Eſſet enim abſurdum cui agere ſuo nomine permittitur ei liberum non eſſe neagat, aut ne paciſcatur de non petendo: cùm liceat cuilibet iuris ſui perſecutionem deteriorem conſtituere, *leg. pactum 46. hoc titulo. leg. quaritur 14. §. ſi venditor de aedil. edict.* Ergo nihil cauſæ eſt cur non valere debeat pactum ſi filiusfamilias pactus ſit ne agat de ea re de qua ſuo nomine actionem habet. Ratio decidendi. Pactum quidem valet hactenus vt noceat filio paciſcenti, ſed non etiam vt noceat patri ſuo nomine ex hac quoque cauſa agere volenti. Nam quibus caſibus habet filiusfamilias actionem ſuo nomine, habet enim pater æquè ſuo nomine vt dicam ad *dictam legem filiusfamilias.* Maximè verò quod pertinet ad actionem iniuriarum. Cùm iniuria facta filio patrem quoque contingat adeò vt poſſit ille duobus iudiciis & ſuam & filij iniuriam perſequi. *lege pater 41. de iniur.* Quamuis ergo actionem illam habeat pater propter filium, cùm tamen eam habeat proprio nomine, & ex ſua non ex filij perſona, ratio iuris aut æquitatis non patitur, vt ea patri per filium adimatur. Sanè quod ad illam actionem pertinet quam habet pater ex perſona filij, & nomine filij, dubitandum non eſt quin pactum filij noceat patri. Semper enim ſpectandum eſt non tam cui actio competat, quàm cuius nomine. *leg. Papinianus 8. in fine princip. de inoffic. teſtam. leg. 3. §. Pomponius de minor. l. tutorem 22. de his quæ vt indign.*

1 ¶ Qui pecuniam à ſeruo ſtipulatus eſt, quam ſibi Titius debebat: ſi à Titio petat, an exceptione pacti conuenti ſummoueri & poſſit & debeat: quia pactus videatur, ne à Titio petat: quæſitum eſt? Iulianus ita ſummouendum putat, ſi ſtipulatori in dominum iſtius ſerui de peculio actio danda eſt: id eſt, ſi iuſtam cauſam intercedēdi ſeruus habuit: quia fortè tantundem pecuniam Titio debuit. Quod ſi quaſi fideiuſſor interuenit, ex qua cauſa in peculium actio non daretur: non eſſe inhibendum creditorem, quo minus à Titio petat. ¶ Æquè nullo modo prohiberi eum debere, ſi eum ſeruum liberum eſſe crediſiſſet.

Ad §. 1. Qui pecuniam.

Ratio dubitandi. Is qui Titio debitore ſuo delegante ſtipulatus eſt à ſeruo Mæuij eandem ipſam pecuniam quam ſibi Titius debebat, hoc ipſo videtur pactus cum Titio ne pecuniam ab eo petat. Immò & ipſo iure liberatus videtur tanquam facta nouatione per delegationem cùm delegare nihil aliud ſit quàm vice ſua reum alium dare creditori. *leg. delegare 11. de nouat.* Nam & olim nouatio fieri intelligebatur quoties aliqua noua vel cauſa vel perſona interueniebat. *lege vltima Codice eodem.* maxime verò accedente delegatione cum delegatio ſolutionis vim obtineat. *lege quamuis 8. §. interdum ad Senatusconſultum Velleianum.* Nec eſt quod reſpondeas cum Cuiacio ſerui perſonam nullam eſſe. Etſi enim nulla eſt qua poſſit obligari iure ciuili quod ſeruos non agnoſcit, eſt tamen aliqua quæ poſſit obligari non ſolùm naturaliter, ſed etiam iure naturali. *lege quod attinet 32. de regulis iuris. leg. ſerui 14. de oblig. & action.* Sufficit autem poſteriorem obligationem vel naturaliter tenere ad hoc vt poſſit iure fieri nouatio quæ priorem tollat *lege 1. de nouat.* Nam & bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum qualiſqualis ille ſit. *l. inter cauſas 26. §. abeſſe mandat. lege qui debitorem 18. de fideiuſſ.* debetque ſibi imputare, qui pro libero homine ſeruum elegit, & non idoneum pro idoneo debitore, *l. 1. §. illud ſciendum, & ſeq. de ſeparat.* Ergo multo magis in propoſito caſu danda erit Titio exceptio pacti. Nam qui ipſo iure liberatus eſt, pacti exceptionem longè facilius habere poteſt. Quod ſi ponas neque nouandi animum adfuiſſe, neque delegationem vllam factam eſſe aut ſaltem expromiſſionem, de qua ſola Cuiacius hunc locum intelligit, & quæ nihil niſi nouatio eſt facta interuentu nouæ perſonæ citra delegationem, dicendum erit ſeruum quaſi fideiuſſorem interceſſiſſe: in qua tamen ſpecie non video quo colore poſſit dici eum qui acceperit, ſiue ſeruum, ſiue liberum hominem in fideiuſſorem, hoc ipſo videri pactum de non petendo à principali debitore. Qua ratione motus Cuiacius cogitur dicere *fideiuſſorem* hîc ſcripſiſſe Caium pro expromiſſore, quod tamen adeo nouum eſt vt nec diſſimulet alibi nuſquam hoc eſſe. Habent enim fideiuſſor & expromiſſor commune hoc tantùm quòd ſunt interceſſores, & pro alio ſe obligant. Sed in eo differunt quod fideiuſſor & pro alio & cum alio ſe obligat, expromiſſor verò pro alio quidem ſed ſolus. Denique, vt dicam breuiùs, vel ſeruus hic ſtipulanti promiſit animo nouandi, vel non animo nouandi. Si animo nouandi, nihil impedit, quominùs facta ſit nouatio etiamſi neque ſeruus obligetur ciuiliter, ſed naturaliter tantùm, neque dominus de peculio. *dicta lege 1. de nouat.* Si non animo nouandi nihil cauſæ eſt cur is qui ſtipulatus eſt à ſeruo videatur pactus de non petendo à Titio, præſertim ſi Titius ſtipulationis tempore abſens fuit, ſed potiùs dicendum eſt vtrumque teneri, ita tamen vt altero ſoluente alter liberetur. *l. ſi Stichum 8. §. vltim. de nouat.* Cùm enim non ſit nouatio adiicitur noua obligatio potiùs quàm vt vetus aut ipſo iure aut exceptionis ope tollatur. *l. ſeruus 16. eodem.* Alioqui eueniret vt prodeſſet ei pactum initum ab eo quem ipſe non haberet in poteſtate contra iuris regulam. Ita fit vt nullo caſu poſſit verum eſſe quod notat Cuiacius, inutilem nouationem hoc caſu proficere ad pactum. Nam vel non eſt inutilis vel ne quidem proficit

ficit ad pactum. Eſt enim hac parte longè diſſimilis ratio acceptilationis & eius nouationis quæ fit per mutationem debitoris citra delegationem. Acceptilatio enim etiam inutilis habet vim taciti pacti de non petendo, vt dixi ad *leg.* 27. §. *penultimo ſupra eodem.* quia & acceptilationi & pacto de non petendo commune illud eſt quod vtrumque fit ad liberandum, & cum eo ipſo qui liberandus eſt hac ſola differentia quod acceptilatio fit ad liberandum ipſo iure, pactum autem de non petendo ad liberandum ope exceptionis. Porrò non poteſt animus liberandi ope exceptionis non eſſe in eo qui animum habet debitorem ſuum liberandi ipſo iure. At is qui accipit expromiſſorem, licèt ea voluntate ſit vt ſolùm expromiſſorem habeat obligatum, ita tamen id velle intelligitor, ſi expromiſſor vtiliter & efficaciter obligetur. argum. *leg. voluntate* 10. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Nec enim id agit principaliter vt debitorem ſuum liberet, ſed vt alium ſibi obliget. Quod verò debitor liberatur fit per conſequentias. Ergo huic ſtipulationi quæ non cum Titio ipſo priore debitore, ſed cum ſeruo interponitur, non poteſt ineſſe pactum tacitum de non petendo à Titio: & quamuis ineſſet, valere tamen non poſſet, tanquam inter alios factum. Ratio decidendi. Eſt omnino hic locus intelligendus de creditore qui quod ſibi Titius debebat ſtipulatus ſit à ſeruo Mæuij animo nouandi & interpoſita delegatione, aut ſaltem per ſtipulationem factam Titio ſciente & conſentiente. Nam ſi poneres hanc nouationem factam eſſe non ſolùm citra delegationem, ſed etiam ignorante Titio quo etiam inuito fieri poſſet. *dicta lege ſi Stichum* 8. *in fine.* nemo vtique diceret aut ſuſpicaretur videri pactum creditorem de non petendo à Titio cum quo nihil egiſſet. At cum adfuit animus nouandi ſiue per delegationem, ſiue per nudam ſtipulationem, non poteſt negari quin id actum ſit inter ſtipulatorem & promiſſorem ne quid à Titio peteretur. Quæ res facit locum quæſtioni, an huic ſtipulationi inſit tacitum pactum de non petendo. At difficultas tota in eo eſt cur non ipſo iure liberatus ſit Titius per nouationem, aut ſi reſpondeam quomodo reſpondendum eſt, quia nouatio nulla ſit, cur non valeat nouatio, cùm ſufficiat, vt diximus poſteriorem obligationem quæ priorem tollat eſſe naturalem. *dicta lege* 1. *de nouat.* certum autem ſit ſeruum poſſe ex contractu obligari naturaliter, *dicta lege ſerui* 14. *de oblig. & act. leg. heres à debitore* 21 §. *ſeruo suo de fideiuſſ.* Sed dicendum eſt, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit ſeruum obligari naturaliter ex iis tantùm contractibus qui ſint iuris gentium, cuiuſmodi ſunt mutuum, emptio & alij ſimiles, quia & iuri gentium ſerui cogniti ſunt, vnámque hominum ſpeciem conſtituunt. *lege* 4. *&* 5. *de iuſtitia, & iure.* At non etiam ex ſtipulatione quæ tota iuris ciuilis eſt, non quia lex reſiſtat huic obligationi, vt volunt, ſed quia lex ſeruos non agnoſcit, quibus proinde non eſt quod debeat, aut poſſit reſiſtere. Ideóque dicimus inutilem eſſe ſtipulationem quoties ſeruus ſtipulanti promittit, non minùs ſi extraneo, quàm ſi domino ſuo promittat. §. *item inutilis. Inſtitut. de inut. ſtipulat.* adeò vt nec actione de peculio dominus ex ea ſtipulatione obligetur. *leg.* 3. §. *ſi ſeruus de pecul.* in quo ſeruus à filiofamilias diſtat. §. *ſed ſi filius ibi.* iunct. *leg. non diſtinguemus* 32. §. *ſi ſeruus* 8. *de recept. qui arbitr.* Quinimò quod magis eſt ſi dominus ſoluat, quod ſeruus per ſtipulationem promiſit poteſt repetere. *leg. ſed ſi ſerui* 20. *de fideiuſſ.* quod vtique falſum eſſet ſi ex ea ſtipulatione naturalis obligatio contracta eſſet. Ille enim vnus & præcipuus effectus eſt obligationis naturalis vt impediat ſoluti repetitionem. *lege naturales.* 10. *de oblig. & act.* Cùm ergo ex ſtipulatione interpoſita cum ſeruo & ex ſerui promiſſione nulla ne quidem naturalis obligatio naſcatur, conſequens eſt non poſſe per eiuſmodi ſtipulationem fieri nouationem. Nec enim nouatio eſt tantùm peremptio prioris obligationis, ſed etiam transfuſio eius in ſequentem obligationem. Sequitur autem nulla eſſe poteſt, niſi quæ teneat aut ciuiliter aut ſaltem naturaliter *dicta lege* 1. *de nouat.* Neque aliud erit etiamſi ponas delegationis interponendæ animum adfuiſſe. Nam cùm delegare ſit alium vice ſua reum & debitorem dare. *dicta lege delegare* 11. *de nouat.* non poteſt videri facta delegatio, ſi is de quo per nouationem obligando agitur, nullomodo poſſit obligari, Dixi *nullomodo*, quia ſi aliquomodo poſſit obligari & obligatus ſit, licèt naturaliter tantùm, aut licèt aliquam habeat exceptionem quæ actionem creditoris inefficacem reddat, non eo minus delegatio ritè facta videbitur, & effectum ſuum obtinebit vt vim habeat ſolutionis, quemadmodum ſi per ſulam debitoris delegati inopiam actio per delegationem quæſita inanis redderetur, *lege nam et* 6. *de dolo.* Aut quemadmodum ſi quis non debitorem tanquam debitorem delegaſſet, *lege ſi non debitorem* 13. *de nouat.* Ac proinde non ſupereſſet eo caſu locus quæſtioni de tacito pacto inducendo in fauorem Titij qui eſſet ipſo iure liberatus: quandoquidem pacti exceptio vt & alia quælibet præſupponit ſuperſtitem & obligationem & actionem. Atque hæc quidem propoſitæ quæſtionis ſententia eiúſque proponendæ ratio vera eſt. Sed quod ad hanc quæſtionem ex Iuliano reſpondetur, hoc verò eſt quod ego non poſſum intelligere. Reſpondetur enim his verbis, *Iulianus ita ſummouendum putat ſi ſtipulatori in dominum illius ſerui de peculio actio danda eſt.* Quaſi verò probari poſſit vllo iuris loco dandam eſſe actionem de peculio dominum ex promiſſione ſerui cótra quàm ſcriptum ſit in *d. l.* 3. §. *ſi ſeruus. de pec. & d. l.* 32. §. *ſeruus de recept.* vbi negatur actioné de peculio dádam in dominum ex compromiſſo ſerui, non alia vtique ratione, quàm quia compromiſſum fit per ſtipulationem, ex ſtipulatione autem ſicut ſeruus non obligatur, ne quidem naturaliter, ita nec dominus de peculio. Idque ſiue ex cauſa peculiari ſtipulatio interpoſita ſit, ſiue ex cauſa non peculiari: Nec enim diſtinctio hæc iis locis adhibetur, vt nec alio vllo in quo agatur de ſeruo qui aliquid promiſerit per ſtipulationem. Quod autem explicationis gratia ſequitur, *id eſt, ſi iuſtam cauſam intercedendi ſeruus habuit, quia fortè tantandem pecuniam Titio debuit*, minùs habet rationis. Nam quod ſeruus ex cauſa peculiari debuit Titio, potuit quidem dare & dedit Titio actionem de peculio aduerſus dominum ſerui, ſed non etiam Titij creditori cui ſeruus per ſtipulationem promiſerit. Et ratio diuerſitatis euidens eſt, quia ſeruus hic debebat Titio ex eo nimirum contractu ex quo poteſt ſeruus obligari naturaliter puta ex mutuo, at nihil debet creditori Titij, quia neque mutuam pecuniam âb eo accepit, neque aliter cum ipſo contraxit niſi per ſtipulationem, quo contractus genere nullomodo potuit obligari. Mirum igitur non eſt actionem de peculio quæ competebat Titio aduerſus Mæuium ſerui dominum non competere creditori Titij qui à ſeruo Mæuij ſtipulatus fuit, quia inauditum eſt vt actio de peculio contra dominum competat ex eo ſerui contractu ex quo ſeruus ne quidem naturaliter obligetur. Proinde illud ſaltem requirendum eſſet, vt Titius, quam aduerſus dominum ſerui habebat de peculio actionem, eam præſtaret ſtipulatori, tanquam quæ non ſit perempta per inualidam nouationem: vt ſi ſtipulator hic idemque creditor agens contrà Titium priorem ſuum debitorem exceptione taciti pacti de non petendo aliquo caſu repellendus ſit eo ipſo caſu ſaltem in ſolatium eliſæ per exceptionem actionis, alienàm actionem exceſſione conſequatur, quam alioqui non haberet. Quæ res faceret vt Titius opponens pacti taciti exceptionem non aliter audiendus eſſet quàm ſi actione ſua cedere paratus eſſet, ac ni id faceret exceptionem pacti replicatione doli, aut vt vocant cedendarum actionum elidi oporteret. Nec obſtat ſententiæ noſtræ quod Iulianus ſcribit in *leg. ſeruus inſcio* 19. *de fideiuſſ.* Cum ſeruus inſcio domino pro quodam fideiuſſiſſet, ac eo nomine pecuniam deinde ſoluiſſet, & quæreretur an dominus poſſet repetere ab eo cui ſoluta eſſet. Intereſſe quo nomine

ſideiuſſerit. Nam ſi ex cauſa, inquit, peculiari fideiuſſerit, tunc id quod ex peculio ſoluerit repetere dominus non poterit: quibus verbis videtur Iulianus duo ſentire quæ nos negamus. Vnum eſt in ſeruo fideiubente ac proinde per ſtipulationem promittente diſtinctionem illam adhibendam eſſe, Vtrùm ex cauſa peculiari, an ex alia promiſerit. Alterum eſt, Seruum ex ea promiſſione obligari naturaliter, cùm alioqui poſſet repetere quod ſoluiſſet tanquam prorſus indebitum, *dicta lege naturales* 10. *de oblig. & action.* Nos verò vtrique obiectioni ſic ſatisfacimus, Diſtinctionẽ iſtam in hoc caſu locum habere fuerintne nummi promiſſi ex cauſa peculiari necne? Non propter ſtipulationem, id eſt, vt ſciatur, an ſtipulatio & promiſſio ſerui præſertim quæ inſcio domino facta ſit, valeat an non quam certum eſt non valere, ſed propter ſolutionem quæ fuerat ſecuta, Et ſimiliter impediri condictionem ſoluti, non propter naturalem obligationem quam ſeruus promittendo contraxerit, quæ ſanè nulla fuit, ſed ob ſecutam ſolutionem: quia cùm ſolutum ſit & quidem ab ipſo ſeruo ex ea cauſa quæ fuit peculiaris, licet ſtipulatio quæ interuenit nullius omnino ſit momenti, nec obligationem naturalem vllam peperit, ſublata tamen poteſtate ſtipulationis, ſupereſt cauſa peculiaris negotij, quæ perinde ſoluti repetitionem impediret, etiamſi ſtipulatio nulla interueniſſet: argum. *lig. cum is* 32. *§. mulier. de condict. indebit.* Magis illud obſtat quod Vlpianus ſcribit in *dicta lege* 3. *§. ſi filius-familias de peculio.* ſi filiusfamilias vel ſeruus pro aliquo fideiuſſerint, vel alias interuenerint, vel mandauerint tractatum eſſe, An ſit de peculio actio, Et eſſe verius in ſeruo cauſam fideiubendi vel mandandi ſpectandam vt ſi quaſi interceſſor ſeruus interuenerit non agens rem peculiarem non obligetur dominus de peculio, ſi verò fideiuſſerit in rem peculiarem obligetur. Non ergo indiſtinctè verum eſt ex fideiuſſione & promiſſione ſerui dominum de peculio non teneri, ſed eo demum caſu quo ſeruus fideiuſſerit extra rem peculiarem. Reſpondeo, in ſeruo fideiuſſori adhiberi hanc diſtinctionem ex qua cauſa fideiuſſerit, & teneri dominum de peculio quoties ſeruus fideiuſſit in rem peculiarem, non quaſi hoc caſu dominus ex ſtipulatione ſerui poſſit conueniri de peculio, ſed quaſi ex negotio geſto, vt eleganter loquitur idem Vlpianus in *dicta lege* 3. *§ ſi ſeruus*, id eſt, quia negotium geſtum tale fuerit, vt ex eo potuerit naſci actio de peculio etiam citra vllam ſtipulationem. Finge ſeruum hunc, cùm mutuam pecuniam pro negotio peculiari accepturus eſſet a Titio qui nolebat ei credere, adhibuiſſe perſonam Sempronij, qui ſe conſtituerit debitorem, & pro eo fideiuſſiſſe, atque ita mutuam pecuniam habuiſſe, ac peculiare illud negotium explicaſſe. Quis non videt ſeruum hoc caſu in rem ſuam fideiuſſiſſe, hoc eſt, in rem peculiarem? Quidni ergo dominus de peculio tenebitur? Nam & teneretur etiam nulla ſtipulatione interueniente, ſi modò probari poſſet interpoſitam fuiſſe Sempronij perſonam, ſed re vera pecuniam in cauſam peculij & acceptam & verſam eſſe. Denique nunquam dominus tenetur de peculio ex ſtipulatione & promiſſione ſerui, quomodo tenetur ſemper & omnimodo pater ex ſtipulatione & promiſſione filij, teſte eodem Vlpiano in *dicta lege* 3. *§. ſed ſi filius, & ſequenti.* vbi hanc nominatim differentiam conſtituit inter filiumfamilias & ſeruum, ſed tantùm ex negotio geſto, vt in ſupradicto exemplo, in quo ſeruus qui in rem ſuam, id eſt, peculiarem interuenit non tam pro fideiuſſore, quàm pro debitore principali habendus eſt, cùm peculiare negotium non modò re ipſa, quod ſufficeret, ſed etiam vtiliter geſſerit, *lege ſed ſi fideiuſſor* 24. *ſuprà hoc titulo.* In propoſito autem caſu, cùm Sempronius ſtipulatus eſt à Sticho ſeruo Mæuij pecuniam, quam ſibi Titius debebat, licèt ponas iuſtam cauſam intercedendi Sticum habuiſſe, quia fortè tantundem pecuniam Titio debuerat ex cauſa peculiari, nullum tamen aliud negotium eſt, ex quo poſſit naſci actio de peculio præter ſtipulationem.

Quid enim facit in rem & vtilitatem peculij Stichus, cùm ſe obligat Sempronio? Nil penitus, quia non ideò ſe liberat a Titio, cui remanet ſemper obligatus, etiamſi animus nouandi adfuerit, cùm nec valeat nouatio. Si ob eam promiſſionem acciperet ille aliquid in augmentum peculij, purà pecuniam à Sempronio, vel liberationem à Titio, quod contingeret, ſi fingeret Titium accepto ei tuliſſe pecuniam quæ ſibi ex cauſa peculiari debebatur, fatendum ſanè eſſet geſtum fuiſſe aliquod negotium ex quo actionem de peculio non ex ipſa ſtipulatione aduerſus Stichi dominum Mæuium competere æquum eſſet. At cùm nihil aliud ſit, niſi quod Stichus Sempronio promittit per ſtipulationem eam ipſam pecuniam quam Titius ex peculiari cauſa debebat, & cuius nomine poſt interpoſitam quoque hanc ſtipulationem perinde obſtrictus manet, ac ſi nihil Sempronio promiſiſſet, quódnam obſecro negotium geſtum videri poteſt, propter quod debeat Sempronius habere actionem de peculio contra Mæuium ſeruota ſtipulatione? Dices fortaſſe, Imò negotium aliquod geſtum eſſe in eo quod ex eiuſmodi ſtipulatione nactus ſit Titius exceptionẽ pacti taciti de non petendo contra Sempronium creditorem ſuum, ob ídque debeat & ipſe repelli ſimili exceptione, ſi pergat petere à Mæuio per actionem de peculio quod ſibi ille debebat. atg. *l. ſi pecunia* 77. *de legat.* 1. Verùm cùm textus noſter dicat, ita demum dandam eſſe Titio pacti exceptionem aduerſus Sempronium, ſi Sempronius poſſit habere actionem de peculio aduerſus Mæuium, intelligimus priùs probandum eſſe quod ea actio de peculio danda ſit Sempronio contra Mæuium, quàm vt ex præſuppoſitione illa, quòd dari poſſit, inferamus Titio dandam eſſe exceptionem pacti contra Sempronium. Ergo ſi geſtionem negotij peculiaris in hac ſerui promiſſione non aliunde colligimus quàm ex eo quod Titius contra Sempronium exceptionem habere poſſit, quaſi ea res acquirere ſimiliter debeat exceptionem Mæuio contra Titium, fateamur neceſſe eſt, prius eſſe vt probemus dandam eſſe Titio exceptionem contra Sempronium, quàm vt poſſimus adfirmare negotium aliquod peculiare in ea promiſſione per Stichum Sempronio facta geſtum eſſe: atque ita de primo ad vltimum, vt loquuntur, cùm probari non poſſit dãdam eſſe Titio pacti exceptionẽ contra Sempronium quia nec probari poteſt dandam, eſſe Sempronio actionem de peculio aduerſus dominũ Stichi Mæuiũ, benè ſequitur, per eã Stichi promiſſionẽ negotiũ nullum geſtũ eſſe, ex quo poſſit contra dominum naſci actio de peculio: Et viciſſim nullã poſſe dari Sempronio actionẽ de peculio contra Mæuium, quia negotium nullum peculiare geſtum ſit. Sublata enim ratione illa geſti negotij, ſola ſupereſt ſtipulatio ſerui, ex qua certum eſt dominum de peculio conueniri nunquam poſſe, quòd ex ea nec ſeruus ipſe obligetur, nequidem naturaliter. Nam abſurdum & iniquum eſt dari actionem de peculio contra dominum ex promiſſione ſerui, qui ipſe nullomodo, id eſt, ne quidem naturaliter teneatur. Actio námque de peculio ſemper aliam obligationem præſupponit, aut naturalem in perſona filij *l. nec ſeruum* 41. *l. ſi quis cum* 44. *& paſſim. de pecul.* Idque eſt quod ſequitur in textu noſtro, Si Stichus hic ſeruus Mæuij promiſerit Sempronio ſtipulanti quaſi fideiuſſor, non eſſe inhibendum Sempronium creditorem, quominùs à Titio petat. Nempe quoniam ex hac cauſa in peculium actio non datur, id eſt, ex ſerui fideiuſſione quoties interuenit ille quaſi fideiuſſor. Sic enim accipio verba illa, *ex qua cauſa in peculium actio non daretur*, nõ quaſi diſtinctionem nouam contineant. Vtrum fideiuſſor interuenerit ex cauſa peculiari, an ex alia. Sed vt conſtituant ſecundum membrum ſimplex totius diſtinctionis. Illa enim vnica diſtinctio eſt, an ſeruus promiſerit & interuenerit in rem peculiarem, an quaſi fideiuſſor, id eſt, non agens rem peculiarem, vt explicat Vlpianus. *dicta lege* 3. *§ ſi filius-familias de pecul.* ſed quaſi interceſſor & interceſſoris officio functus, vt ille ibidem addit, & in §. *ſequenti.*

ſequenti. Nempe quia priore caſu, licèt ſeruus dicat ſe fideiubere, tamen re vera non tam fideiuſſor eſt quàm debitor principalis, cùm fideiubeat in rem ſuam & peculiarem *dicta lege. ſed etſi 24. ſuprà hoc titulo.* Itaque ſunt iſta è diametro oppoſita, ſeruum fideiubere in rem peculiarem, & fideiubere quaſi fideiuſſorem & interceſſorem. (Fideiuſſorem enim proculdubio dicit hic textus pro interceſſore quolibet, non pro expromiſſore, vt male putat Cuiacius) Cùm fideiubet in rem peculiarem gerit, negotium peculiare ex quo naſci commodè poteſt & debet actio de peculio in eius dominum. Sed cùm fideiubet quaſi fideiuſſor, id eſt, in rem alienam nullum negotium peculiare gerit propter quod æquum ſit dominum teneri de peculio. Hæc cùm ita ſint cogor dicere, totum hunc locum corruptum eſſe à Triboniano abutente, vt ſolet, Iuliani ſententia & diſtinctione, quam nòn percepit. quod enim ea Iuliano hic refertur illud ipſum eſt quod Vlpianus refert in *dicta lege 3. §. Iulianus de peculio.* Iulianum libro 12. Digeſtorum ſcribere, ſi ſeruus mandauerit vt creditori ſolueretur intereſſe quam cauſam mandandi habuerit ſi pro creditore ſuo ſolui mandauit eſſe dominum obligatum de peculio. Secus autem ſi functus ſit officio interceſſoris. Ex quo apparet non fuiſſe locutum Iulianum de ſeruo qui aliquid promiſerit per ſtipulationem, ſed de eo qui mandauerit ſolui creditori. Quod genus contractus multùm differt à ſtipulatione quia ſtipulatio iuris ciuilis eſt, mandatum verò iuris gentium. Rurſus in illa Iuliani ſpecie ſeruus mandando ſolui ſuo creditori geſſit negotium peculiare, quia ponendum eſt ſolutam fuiſſe pecuniam debitam creditori huius peculiari, atque ita rem peculiarem geſtam eſſe adeóque vtiliter. At in caſu noſtro nullum negotium peculiare geſtum eſt vt probauimus, quia quamuis promiſſa ſit ea ipſa pecunia quæ Titio ex cauſa peculij debebatur; non ideò tamen liberatum à Titio fuit peculium, nec pecunia vlla rationibus peculij acceſſit. Quòd ſi replices Iulianum non tantùm in ſeruo mandante, ſed etiam in ſeruo fideiuſſore idem ſenſiſſe eandémque diſtinctionem adhibuiſſe vt conſtat ex *dict. leg. ſeruus inſcio 19. de fideiuſſ.* nec aliam Vlpiani & Celſi ſententiam fuiſſe, vt apparet ex *dicta lege 3. §. ſi filius familias de peculio.* Dicam, nos quoque tandem diſtinctionem admittere, vt ea promiſſione ſerui fideiubentis poſſit dominus teneri de peculio, ſi ille in cauſam peculiarem fideiuſſerit & quaſi debitor non etiamſi quaſi fideiuſſor, ſed negare nos, quod Iulianus nunquam dixit, in cauſam peculiarem videri interueniſſe ſeruum qui promiſit Sempronio ſtipulanti eam ipſam pecuniam quam Titio iam debebat, quamuis & nouandi animo promiſerit & eam pecuniam ea peculiari cauſa debuerit, quia non ideò fit vt negotium illud peculiare gerere videatur, neque vtiliter, neque alio vllo modo, cùm ſemper æquè maneat obligatus ipſo iure, nec vllam pacti exceptionem acquirat domino contra Titium priſtina actione experientem, vtpote quæ per nouationem inutilē nec ſublata ſit nec eliſa. Negamus item, quod Iulianus nuſquam ſcripſit. Tum quoque cùm ſeruus in rem peculiarem fideiuſſit, poſſe dominum conueniri de peculio ex ea ſtipulatione. Dicimus enim poſſe quidem eum conueniri, ſed quaſi ex negotio geſto, non quaſi ex ſtipulatione. Et conſequenter ſi nullum negotium geſtum ſit, nullam domini de peculio conueniendi rationem ſupereſſe. Concludo itaque falſiſſimum eſſe quod in hoc paragrapho ſub Caij nomine Tribonianus ex Iuliano concludit, Eum qui pecuniam à ſeruo ſtipulatus eſt quam ſibi Titius debebat, ſummouendum eſſe exceptione taciti pacti de non petendo. Falſum item quod ait ſtipulatori in dominum iſtius ſerui actionem de peculio dandam eſſe. Falſum denique quod pro ratione adfert iuſtam cauſam intercedendi ſeruum hunc habuiſſe ſi fortè tantundem pecuniam Titio debuit. Quænam enim iuſta eſſe potuit cauſa illa promittendi cum promittendo neque pecuniam neque liberationem ſiue ipſo iure ſiue per exceptionem peculio acquiſiuerit? Eſſet planè bona ratio ſi ſeruus huic propter factam ſibi à Titio acceptilationem Sempronio promiſiſſet, quia tunc iuſta cauſa fuiſſet promittendi & intercedendi erga Sempronium pro Titio qui Mæuium dominum Stichi per acceptilationem Sticho factam liberaſſet, neque poſſet negari quin eo caſu peculiare negotium à Sticho geſtum fuiſſet, ex quo actio de peculio contra Mæuium induceretur. At non ponit Tribonianus acceptilationem vllam interueniſſe, quæ ſi interueniſſet idem tamen quæſtioni locus relinqueretur, An inducendum eſſet tacitum pactum de non petendo in fauorem Titij pro quo Stichus nouandi animo tantundem Sempronio promiſiſſet. Cùm enim æquè futurum eſſet vt non valeret nouatio non poſſit dici Titius ipſo iure liberatus per nouationem, non magis quàm ſi acceptilatio nulla præceſſiſſet, quoniam acceptilatio à Titio facta Sticho, liberat quidem Stichum eiúſque dominum à Titio, ſed nòn eo magis vtilem facit nouationem, nec proinde liberat Titium à Sempronio, verùm hoc tantùm facit vt Stichus negotium peculiare geſſiſſe dici poſſit, atque ita vt ex eo negotio danda ſit de peculio actio Sempronio contra Mæuium. Quæ res per conſequentiam inducit vt ſi Sempronius Titium conueniat priſtina actione ſummouendus ille ſit exceptione taciti pacti de non petendo, non quaſi nouatio inutilis valeat hoc caſu in vim pacti vt vult Cuiacius, ſed quia Sempronius ex eo negotio quod cum Sticho geſſit adquiſiuit ſibi actionem de peculio contra Mæuium, idcóque nullam iniuriam patitur tametſi ſummoueatur exceptione pacti perinde atque non fieret ei iniuria ſi actionem ſuam ipſo iure amiſiſſe diceretur ſubſiſtente & præſuppoſita vtili nouatione, quia ſicut illo caſu habiturus erat actionem ex ſtipulatu contra nouum ſuum debitorem, ita & hoc caſu habet contra Mæuium actionem de peculio per quam tantundem conſequi poſſit quantum per illam conſequeretur. Ponimus enim tantum eſſe in peculio, quantum fuit in promiſſione Stichi non minus. Quid autem intereſt, qua actione conſequatur ſuum Sempronius dum ne remaneat in damno? Quin etſi minùs eſſet in peculio, quidni tamen idem iuris ſeruaretur? Quid enim aliud quàm peculium ſerui intuitus videri poteſt is qui cum ſeruo ſciens contraxit? Cùm igitur Sempronius per ſtipulationem illam nouandi animo interpoſitam nihil niſi actionem de peculio ſibi acquirere & voluerit & potuerit, tandem verò actionem habeat ſiue ſtipulatio illa valeat ſiue non valeat, dummodo negotium aliquod geſtum ſit ex quo citra ſtipulationem actio de peculio naſci poſſit, quid refert quod ad rei effectum & contrahendi propoſitum attinet, an actio illa naſcatur ex ſtipulatione, an ex negotio geſto? Itaque non tam falſa eſt ea ſententia quæ Iuliano adſcribitur, & quæ habet, ita ſummouendum ſtipulatorem ſi ſtipulatori in dominum ſerui actio de peculio dari poſſit, quàm ad propoſitum caſum malè accommodata. Debuerat enim Tribonianus animaduertere in caſu noſtro non poſſe dari Sempronio contra Mæuium actionem de peculio neque ex ſtipulatione, quia nullomodo valuit neque ex negotio geſto, quia negotium geſtum nullum fuit, nec poteſt videri ſeruus interceſſiſſe in rem peculiarem, ob id ſolùm quod promiſerit Sempronio pecuniam quam Titio debebat ex cauſa peculiari, cùm non ideò aut liberationem aut aliud quicquam peculio acquiſierit. Sanè quod ſequitur nullam dubitationem habet. Æquè nullomodo prohiberi Sempronium debere quominus à Titio pecuniam petat ſi Stichum à quo ſtipulatus erat liberum eſſe credidiſſet. An quia non etiam hoc caſu habiturus ſit Sempronius actionem de peculio contra Mæuium dominum Stichi, ſi in effectu appateat geſtum ab eo fuiſſe negotium peculiare? Imò habiturus eſt. Nec enim actionem de peculio inducit opinio eius qui contrahit cum ſeruo alieno, ſed rei veritas, ſiue ſeruum ſciat, ſiue liberum eſſe putet. Sed quia cum ab eo ſtipulatus eſt quem liberum eſſe putabat, id egit vt ſibi acquireret actionem non de peculio,

ſed in ſolidum, quam tamen non potuit ſibi acquirere contrahendo cum ſeruo. Et idcirco quamuis tacitè pactus fuerit de non petendo à Titio, quia tamen non niſi certa lege & conditione id facere voluit, id eſt, ita demum ſi eum ipſum à quo ſtipulabatur obligatum haberet in ſolidum, fieri non poteſt vt in eo ſeceptus debeat ſummoueri exceptione pacti in utilnam actionem, quæ nec ſublata fuit exerce[illegible] Atque hæc ſunt quæ de huius loci ſane quam o[illegible] ſententia videntur nobis dici poſſe, quibus iungenda ſunt quæ dicemus ad §. ſeq.

2 ¶ Si ſub conditione ſtipulatus fuerim à te, quod Titius mihi putè deberet: an deficiente conditione, ſi à Titio petam, exceptione pacti conuenti & poſſim & debeam ſummoueri? & magis eſt exceptionem non eſſe opponendam.

Ad §. 2. Si ſub conditione.

Ratio dubitandi. Cùm ſtipulor à te quamuis ſub conditione quod Titius debet mihi purè, & quidem animo nouandi, id ſanè inter nos agitur, vt prior obligatio Titij perimatur & in te transferatur, per delegationem, quæ cùm non fiat niſi præſente ac mandante Titio, conſequens planè eſt vt videar omnimodo cum Titio paciſci ne ab eo petam. Siquidem delegato vicem ſolutionis obtinet *leg. quamuis 8. §. interdum ad Senatuſconſultum Velleianum. lege qui debitorem 18. de fideiuſſoribus.* Et quamuis aliquid ſit, quod impediat ne delegatio valeat, videtur tamen non eò minùs valere pactum, ſicut dicimus ex acceptilatione quantumlibet inutili vtile pactum tacitum induci *leg. ſi vnus 27. §. penultimo ſuprà eodem.* Illud enim tam delegationi quàm acceptilationi commune eſt vt ſit loco ſolutionis, & is qui vel acceptum fert vel delegationem admittit liberari velit ſuum veterem debitorem adeóque ipſo iure.

Ratio decidendi. Differentia magna eſt hac parte inter delegationem & acceptilationem, non in eo ſolùm quod delegatio poteſt fieri ſub conditione *leg. nouatio 24. de nouat. acceptilatio non item. leg. 4. de acceptilat.* Sed in eo etiam, quod acceptilatio longè maiorem adfinitatem habet cum pacto de non petendo, quàm delegatio. Fit enim ad eum expreſſim finem vt debitor cui fit liberetur, ſicut & pactum de non petendo hac ſola differentia quod in acceptilatione id agitur vt liberatio contingat ipſo iure, in pacto autem vt ope exceptionis. At per delegationem id agitur principaliter vt nouus debitor acquiratur, per conſequentias autem vt delegans liberetur, nec ſtipulatio interponitur inter delegantem & creditorem cui fit delegatio, ſed inter eum cui delegatio fit & nouum debitorem delegatum. Facilius ergo eſt vt acceptilatio, quàm vt delegatio inutilis includat tacitum pactum de non petendo. Verùm eſt etiam in caſu noſtro aliquid vnde ſpecialior ratio ſumi poſſit. Nimirum quod multum interſit an delegatio vel acceptilatio ſit nulla ob rationem aliquam iuris, an verò ob rationem voluntatis. Exemplum eſto delegationis quæ ſit inutilis ex ratione iuris, ſi quis fortè delegauerit ſeruum extra cauſam peculiarem, nec enim valet ſerui promiſſio *leg. ſed ſi ſeruus 10. de fideiuſſoribus.* nec proinde delegatio cùm delegare ſit alium vice ſua reum & debitorem dare *lege delegare 11. de nouation.* Exemplum verò acceptilationis inutilis ex ratione iuris ſi fortè acceptilatio facta ſit in diem vel ſub conditione. Fit enim hoc modo inutiliter, nec conualeſcit, quamuis dies venerit, vel conditio extiterit *lege 4. & 5. de acceptilatione.* At exemplum erit vtriuſque inutilis ob rationem voluntatis, ſi aut delegatio aut acceptilatio facta ſit ſub conditione quæ defecerit: Hæc enim non tam de iure inutilis eſt quam nulla, vt loquuntur, de facto, quia omnibus actibus conditionalibus commune illud eſt vt ſi conditio deficiat, pro non interpoſitis habeantur. Itaque nemo dixerit in acceptilatione, quæ hoc modo inutilis ſit contineri tacitum pactum de non petendo: nam quemadmodum is qui acceptum tulit ſub hac conditione quæ defecit non ea fuit voluntate vt debitorem liberaret niſi conditio extiterit, quamuis valeret acceptilatio, ita nec intelligendus eſt tacitè pactus fuiſſe de non petendo, niſi ſub eadem conditione ſub qua acceptum tuliſſe diceretur ſi valuiſſet acceptilatio. Prius enim eſt vt acceptilatio aliqua facta ſit quam vt poſſit includere pactum de non petendo. Atqui verum eſt nullam interueniſſe acceptilationem ne quidem de facto, cùm acceptilatio facta eſt ſub conditione quæ defecit, ergo neque pactum de non petendo. Idque eſt quod euenit in caſu noſtro facta quidem delegatione, ſed ſub conditione quæ defecit. Proinde quamuis alio iuris loco ſcriptum eſſet delegationem inutilem habere vim pacti, non poſſet tamen id dici in ſpecie propoſita, in qua non tam inutilis eſt delegatio quàm prorſus nulla propter defectum conditionis, non minùs enim pacti illius taciti quàm delegationis conditio defeciſſet. Quod nec Cuiacius noſter ad hunc locum benè vidit, errans in eo quòd aliam conſtituit rationem delegationis inutilis, aliam inutilis acceptilationis, neque tamen diſſimilitudinis iſtius quam comminiſcitur rationem vllam reddit. Debuit diſtinguere inutilem delegationem à nulla, & nullam dicere eam cuius conditio defecit, etſi enim delegatio ſub conditione fieri poteſt, non prius tamen effectum habet quàm conditio extiterit, & deficiente conditione euaneſcit. *lege ſi Stichum 8. paragrapho 1. leg. quoties 14. leg. nouatio 24. de nouat. & de legat.*

31. VLPIANVS libro ad Edictum ædilium curulium.

PAciſci contra edictum ædilium omnimodo licet, ſiue in ipſo negotio venditionis gerendo conueniſſet, ſiue poſteà.

Ad l. Paciſci 31.

Ratio dubitandi. Pacta quæ contra ius ciuile facta ſunt non valent *lege 7. §. ait Prætor. leg. contra 28. ſuprà hoc titulo.* Atqui iuris ciuilis pars eſt ius honorarium, iuris autem honorarij portio ius ædilitium *leg. 6. §. 1. & l. 7. de iuſt. & iur. §. prætorum. de iur. nat. gent. & ciuil.* ergo nec pacta valere poſſunt quæ contra edictum ædilitium facta proponuntur.

Ratio decidendi. Ædilitium edictum, de quo in *titul. de ædilit. edict.* ita conceptum eſt vt non tam ius publicum reſpiciat quàm priuatam contrahentium vtilitatem, quibus vtique permiſſum eſt iuri pro ſe priuatim introducto renunciare *lege pactum 46. infrà hoc titulo. lege penultima. Codice eodem.* Quanquam defendi meo iudicio poteſt non aliam eſſe rationem iuris ædilitij, quàm cæterarum partium iuris ciuilis, nec minorem autoritatem. Non enim hic Vlpianus abſolutè ſcribit contra edictum Ædilium omnimodo paciſci licere, id eſt, ne redhibitoria agatur quomodo videtur intellexiſſe Cuiacius, ſed addit, *ſiue in ipſo negotio venditionis gerendo conueniſſet, ſiue poſtea*, vt intelligamus, Non igitur validum pactum ſi ante negotium gerendum interponeretur, quia tunc pugnaret cum autoritate Ædilium, & edicti quod partem ſanè iuris ciuilis conſtituit hoc ipſo quod facit partem iuris honorarij. At cùm interponitur in negotio ipſo gerendo aut poſtea, non tam conuellitur autoritas edicti quàm beneficium ipſius repudiatur, quomodo etiã poteſt heres

heres repudiare beneficium legis falcidiæ, ſi velis paciſci de legatis integris ſoluendis, dummodò poſt mortem teſtatoris non etiam viuo teſtatore. *lege quod bonis 15. §. 1. ad legem falcidiam.* Aut filius paciſci cum herede patris de legitima non petenda, quod pactum cum patre ipſo factum non valeret. *leg. ſi quando 35. §. illud. & ſequent. Codice de inoffic. teſtament.* Similiter dicerem non valiturum pactum ſi inter priuatos conueniſſet, ne in futuris eorum contractibus ædilitio locus eſſet, neque magis hoc fieri poſſe, quàm ne in priuatorum contractibus locus ſit legibus, quod vtique conſtat fieri non poſſe. *lege ius publicum 38. infrà hoc titulo.* Tunc ergo tantùm valet cùm iam cœpit ædilitio edicto locus eſſe, id eſt, cùm cœpit contrahi venditio aut poſtea. Iam enim ſatisfactum eſt Ædilibus ſtatim atque potuit emptor edicti beneficium implorare, nec id agunt etiam aut curant Ædiles, vt eo beneficio vtatur emptor ſi nolit. Remittentibus enim actiones ſuas non eſt dandus regreſſus. *lege quaritur 14. §. ſi venditor de ædilitio edicto.* vbi tamen additur quod ſummopere notandum eſt, ſi venditor ſciens morbum aliquem conſultò eum reticuerit, & conuenerit ne teneatur redhibitoria, non tamen omnino ſtandum eſſe ei quod conuenit, ſed dandam eſſe emptori aduerſus exceptionem pacti replicationem de dolo malo, ne alioqui eueniat, vt contra bonos mores dolo faueatur. Aliud erit ſi morbum aliquem nominatim exceperit, vt ibidem dicitur. Nec enim deceptus eſt qui ſciens morboſum emit.

32. PAVLVS libro 3. ad Plautium.

QVod dictum eſt, ſi cum reo pactum ſit, vt non petatur, fideiuſſori quoque competere exceptionem: propter rei perſonam placuit, ne mandati iudicio conueniatur. Igitur ſi mandati actio nulla ſit, fortè ſi donandi animo [a] fideiuſſerit: dicendum eſt, non prodeſſe exceptionem fideiuſſori.

Ad l. quod dictum 32.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. & heredi 21. §. vlt. & l. ſeq. ſ. eod.*

a *Fortè ſi donandi animo.* Ratio dubitandi. Non debet eſſe durior conditio fideiuſſoris ob id quod donandi animo interceſſerit cùm tanto fauorabilior eſſe debeat, is qui animum donandi habuit, ne ex liberalitate ſua inops fieri periclitetur. argument. *l. ne liberalitate 50. de re iudic.* Nam & in aliis pleriſque iuris partibus ſuccurritur donatori pura ne teneatur ſupra quàm facere poſſit, nec ſi dotem promiſerit. *lege ſi extraneus 33. & lege penultima de iure dotium. leg. inter eos 19. §. is quoque de re iudic.* Item vt non teneatur de euictione niſi expreſſim promiſerit vel fuerit in dolo *l. 7. C. de iur. dot.*

Ratio decidendi. Pactum de non petendo factum à debitore, & in rem conceptum prodeſt fideiuſſori non propter fideiuſſorem cui certum eſt nullam poſſe acquiri exceptionem per debitoris perſonam quæ & libera eſt & non in poteſtate fideiuſſoris, ſed propter debitorem ipſum, cuius principaliter intereſt ne fideiuſſor inquietetur qui ſcilicet habiturus eſſet regreſſum actione mandati contra debitorem. *dicta lege 21. §. vltimo. & lege ſequenti ſuprà eodem.* Atqui nullam actionem nullúmque regreſſum poteſt habere is qui fideiuſſit animo donandi. Id enim eſt fideiubere animo donandi, nullum regreſſum habere velle, ergo non poteſt pactum debitoris prodeſſe huic fideiuſſori qui donandi animum habuit. *lege 5. de liber. legat.* quia nihil intereſt debitoris, licet quàm maximè interſit fideiuſſoris.

33. CELSVS lib. 1. Digeſtorum.

AVus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promiſit: & pactus eſt, *ne à ſe, néve à filio ſuo dos peteretur:* ſi à coherede filij dos petatur [b]: ipſe quidem exceptione conuentionis tuendus non erit: filius verò exceptione conuentionis rectè vtetur [c]; quippe heredi conſuli conceſſum eſt: nec quicquam obſtat, vni tantùm ex heredibus prouidere [d], ſi heres factus ſit: ceteris autem non conſuli.

Ad l. Auus 33.

b *Si à coherede filij dos petatur.* Ratio dubitandi. Pater cùm pactus eſt ne à ſe néve à filio ſuo dos peteretur, intelligitur pactus filio vt heredi *leg. auus 10. de pact. dot.* alioqui nec ipſi filio pactum prodeſſet ſaltem vt ei exceptio pacti dari deberet, *leg. & heredi 21. §. nos autem in fine ſuprà hoc titulo.* Atqui non fuit ſolus filius heres. Ergo aliis quoque coheredibus pactum debebit prodeſſe ſaltem ad doli exceptionem, argument. *leg. tale pactum 40. §. vlt. ſ. eod.*

Ratio decidendi. Pater pactus quidem eſt filio tanquam heredi futuro, ſed non tanquam ſoli futuro heredi at potiùs tanquam prædilecto. Denique tanquam coheredi non tanquam heredi, quod diuerſum eſt in ſpecie *dicta lege tale pactum. §. vltimo,* vt ibi dicemus. Nec ſanè quicquam vetat aliquem conſulere vni ex ſuis heredibus. aliis autem non conſulere vt ſequitur in hac lege. Quamuis omnibus paciſci poſſit æquè facilè ac vni ſoli ſi velit *l. ſi pactum 9. de probat.*

c *Filius verò exceptione conuentionis rectè vtetur.* Ratio dubitandi. Non poſſumus paciſcendo prodeſſe iis qui in noſtra poteſtate ſunt, nec ſi pactum in perſonam filij expreſſim conferatur *dicta lege & heredi 21. §. nos autem ſuprà hoc titulo.* non magis quàm ſi quis paciſceretur Titio penitus extraneo qui poſtea heres extitiſſet *leg. ſi decem 17. §. ſi pactus ſim eodem.* Ergo non poteſt hic filius quamuis heres patris exceptione conuentionis paternæ ſe tueri, at ne quidem exceptione doli, vt contra Cuiacium aut potius contra Tribonianum ſupra dictis locis diſputauimus.

Ratio decidendi. Non poteſt pater paciſci tanquam filio non magis quàm quaſi extraneo, ſed poteſt ei paciſci tanquam heredi futuro ſiue ex aſſe ſiue ex parte. Nam & heredi alij cuilibet paciſci poſſet, vt proximè diximus ex *leg. tale pactum 40. §. vltimo infra eodem. dicta lege ſi pactum 9. de probat.* Intelligitur autem pater filio ſuo paciſci tanquam heredi, non quoties ſuam quoque perſonam comprehendit paciſcendo ne à ſe néve à filio ſuo dos petatur, vt conſtat ex *dicto paragrapho ſi pactus ſim & dict. §. nos autem.* Sed cùm paciſcitur de eo quod ſecum contractum eſt, vt benè docet Cuiacius, quia pactum de non petendo præſupponit obligationem & actionem, quæ porrò ex contractu paterno nulla poteſt competere in filium, niſi ſit heres patris *tote tit. Codice ne filius pro patre.*

d *Nec quicquam obſtat vni ex heredibus prouidere.* Ratio dubitandi. Obligationes omnes iam actiuæ quàm paſſiuæ tranſeunt ex lege duodecim tabularum in omnes heredes pro hereditariis portionibus, etiam inuito eo à cuius perſona cœperunt originem *leg. 1. Codice ſi certum petatur. leg. 2. & toto titulo. Codice de hered. action. leg. 1. & 2. Codice ſi vnus ex pluribus hered. deb. vel credit.* Et ideò nimirum ſi ſtipuler *te & Titium heredem tuum decem*

daturum ſpondes. dicimus Titij perſonam ſuperuacuò comprehenſam eſſe, ſiue enim ſolus heres extiterit inſolidum tenebitor, etiamſi nihil de eo dictum eſſet in ſtipulatione, ſiue pro parte eodem modo quo cæteri coheredes eius, obligabitur *leg. cum qui ita 56. §. 1. de verborum obligatione.* vbi additur, quamuis conueniſſe videatur ne ab alio herede quàm à Titio peteretur, tamen inutile pactum conuentum coheredibus eius fore. Ergo nec in caſu noſtro valere poteſt pactum, ne ab vno ex heredibos petatur.

Ratio decidendi. Non poteſt fieri per pactum vt obligationes omnes defuncti tranſeant in vnum ex heredibus ſolum, nec vt non tranſeant in omnes pro hereditariis portionibus: quia tale pactum eſſet contra legem 12. tab. cuius ſolius poteſtate inducta eſt ea tranſmiſſio actionum quæ proinde à voluntate hominis pendêre non poteſt, ſicut nec poſſet quiſquam habere heredem iuriúmque omnium ſucceſſorem niſi ob eam cauſam lex induceret fictionem & nomen hereditatis quæ defuncti perſonam in omnibus repræſentaret *leg. in eo 37. §. vltimo cum lege ſequenti de acquirendo rerum dominio.* vt per hereditatem poſſet deinde ad heredem peruenire quicquid fuiſſet hereditatis *lege 1. §. Scæuola ſi quis teſtament. lib. eſſe iuſſ.* Sed poteſt facilè fieri per pactum vt vni ex heredibus conſulatur acquiſita ei per pactum de non petendo exceptione aliqua quæ cæteris non acquiratur. Nihil enim fit in hoc contra legem, cùm pactum de non petendo præſupponat actionem, legi autem ſatisfactum ſit, ſtatim atque actio contra omnes heredes cœpit competere pro hereditariis portionibus, licèt futurum ſit vt in alicuius ex iis perſona inefficax ſit, & elidenda per exceptionem, vt & in *leg. 1. Codice de except.* Dices, cur ergo in ſpecie *dict. paragraphi 1. leg. 56. de verborum obligatione* non datur exceptio pacti cæteris coheredibus, de quibus tacitè videtur conueniſſe ne ab iis petatur? Reſpondeo non dari, non quia iis paciſci defunctus non potuerit, ſed quia non ea fuit mens contrahentium, vt cæteri heredes non vrgerentur, niſi Titius coheres ſolidum præſtaret, cùm ſolidum habere omnimodo voluerit ſtipulator, ſiue à promiſſore, ſiue à Titio vno ex ipſius heredibus. Atqui non potuit per ſtipulationem fieri vt Titios eo caſu quo non niſi pro parte heres eſſet in ſolidum tamen teneretur. Ergo quemadmodum ſtipulatio non valet ad Titium ſolum ipſo iure obligandum in ſolidum, ita neque pactum ad liberandos ope exceptionis cæteros coheredes ſed diuerſa ratione. Impeditur enim ſtipulatio ratione iuris non voluntatis, Pactum verò ratione voluntatis non iuris, quaſi factum ſub conditione illa quæ deficit, ſi Titios totum debebit. Pactum enim tacitum non magis poteſt valere deficiente conditione quæ ei tacitè inſit, quàm pactum expreſſum deficiente conditione ſi quæ in eo fuerit expreſſa, vt dixi ad *legem in perſona 30. §. vltimo ſuprà eodem.* Atque ita modum hunc diſſoluendum arbitramor, paulò apertiùs quàm Cuiacius, etſi verum ſanè illud eſt quod ait Pacta facti eſſe non iuris *leg. ſi vnus 27. §. pactus ſuprà hoc titulo.* Quæ autem facti ſunt vni ex heredibus acquiri poſſe. Quæ verò iuris non item ex *leg. continuus 137. §. vltimo de verborum obligatione.* qui tamen locus non de pacto loquitur, ſed de ſtipulatione in quam factum ſit deductum, vt & *lege quod dicitur 130. eodem titulo.* Ex quo apparet non tam eſſe hac parte diſtinguenda pacta à ſtipulationibus, quomodo videtur Cuiacius diſtinguere, (de quo enim paciſci non poſſumus, nec ſtipulari poſſumus *leg. 7. §. & generaliter ſuprà hoc titulo.*) quàm res ipſas quæ in ſtipulationem deducuntur, id eſt, ſtipulationes dandi à ſtipulationibus faciendi. Ius enim vni ex heredibus ſtipulari non poſſumus dummodo nobis primùm ſtipulemur, aut heredi noſtro tanquam heredi quod addo ne quis obiiciat *dicta lege quod dicitur*, vbi pater filio tanquam filio non tanquam heredi factum ſtipulatus proponebatur. Quæ tamen diſtinctio in pacta non cadit, quia ſemper ſunt facti, nunquam iuris. In pacto autem de non petendo hoc amplius eſt, quod non tantùm facti eſt, ſed etiam de re quæ in facto conſiſtit. Nam actionem quidem habere iuris eſt, at petere vel non petere meri facti.

Cæteris autem non conſuli. Ratio dubitandi. Si cæteris coheredibus non conſulatur, fiet ergo vt totum debitum præſtare cogantur; quod & Accurſius hîc ſenſit. Atqui iniquum eſt eos qui non ſint heredes niſi pro partibus ſubire onera hereditaria in totum, ſiquidem hereditas ſola illa eſt quæ eos obligat, ergo non niſi quatenus ſunt heredes *l. ſine à certis 17. de duob. reis.*

Ratio decidendi. Senſus loci huius eſt, exceptionem pacti de non petendo quæ prodeſt filio eidémque coheredi ſi pro ſua parte hereditaria conueniatur, non prodeſſe cæteris coheredibus in pacto non comprehenſis, ſcilicet ſi pro portionibus hereditariis propriis conueniantur. At non etiam vt pro filij quoque portione conueniri poſſint. Nec enim vlla indigent exceptione vt ſe tueantur, pro parte coheredis, pro qua nec ipſo iure tenentur. Prius enim probandum eſſet eos teneri ſupra portiones hereditarias & pro parte coheredis, quàm tractandum de danda iis, vel deneganda exceptione pro ea parte. neque igitur neceſſe fuit vt ipſis pro ea parte conſuleretur à teſtatore vel à prætore, quibus ſcilicet iam ſatis ſupérque conſultum ſit per legem 12. tabul. quæ actionem iſtam hæreditariam inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus ipſo iure diuiſit. Nec ſimile eſt quod Accurſius obiicit ex *lege ab omnibus 104. de legat. 1.* Non quia loquatur de legatis quæ incipiunt ab herede, nos autem de debito hereditario quod à defuncto inceperit: (nam ſi aliud nihil eſſet, dicerem hereditarium quoque actionum loco haberi legata quamuis ab herede cœperint *lege hereditariarum 40. de obligat. & action.* ob idque ipſo iure diuidi eorum præſtandorum obligationem inter omnes coheredes.) Sed quia legata pendent à voluntate teſtatoris, nec ab eo poſſunt vllomodo deberi quem teſtator nominatim exceperit, multò minùs diuidi per legem inter eos quos teſtator onerare noluit, quia in iis omnibus quæ pendent ab vltima voluntate lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, *lege verbis legis 120. de verborum ſignificatione.* Itaque maiorem vim habet diſpoſitio illa teſtatoris, *Ne vnus ex heredibus legata præſtet* quàm pactum, *Ne ab vno ex heredibus petatur.* Illa enim facit, ne obligatio vlla ſit præſtandorum legatorum in perſona eius quem teſtator nominatim excepit, ac proinde vt quod ad eum pertinet nihil ſit quod lex 12. tab. diuidere queat: Nec tam obligationem præſtandorum legatorum extinguit in huius heredis perſona teſtator qui ſic diſponit, quàm impedit ne vlla naſcatur, ſed totam eam ab initio conſtituit in perſonis coheredum, præſertim cùm legatum fuit pecuniarium, quia tota pecunia ex vnius portione confici poteſt, non etiam corpus aliquod totum præſtari *lege cùm pater 77. in principio de legat. 2. lege deducta 58. §. acceptis ad Trebellianum.* iunct. *leg. ſi fundum ſub conditione 81. paragrapho ſi libertus de legat. 2.* At pactum *Ne ab vno ex heredibus petatur*, neque impedit natiuitatem obligationis & actionis quæ iam ipſo iure competit, neque illam extinguit quam è contrario præſupponit, ſed parit dumtaxat exceptionem vtilem ei de quo pactum fuit. Nec igitur impedit quominus inter coheredes omnes actio per legem 12. tabul. & ipſo iure diuidatur & conſequenter facere non poteſt vt obligatio eorum, de quibus nihil in pacto dictum fuit augeatur ſupra hereditariis ipſorum portione.

34. Modesti

34. MODESTINVS libro 5. Regularum.

IVs adgnationis, non poſſe pacto repudiari, non magis, quàm vt quis dicat, nolle ſuum eſſe[f]: Iuliani ſententia eſt.

Ad l. Ius agnationis 34.

Ratio dubitandi. Iura quidem ſanguinis nullo pacto dirimi poſſunt ne quidem iuris ciuilis poteſtate *lege iura ſanguinis 8. de regulis iuris.* quia ſunt naturalia. At ea quæ non ſunt naturalia, ſed ciuilia facilè admitti poſſunt §. *vltimo. Inſtitut. de legit. agnat. tutel. leg. eas 8. de capit. minut.* Atqui agnationis ius non naturale eſt ſed ciuile *leg. tutelas 7. eodem. lege qui in adoptione 53. de adoption.* Ergo ius agnationis pacto quoque amitti & repudiari nihil probat, cùm liceat cuilibet ius ſuum repudiare *l. pactum 46. ǀ. l. pen. C. eod.*

Ratio decidendi. Ius agnationis quia ciuile eſt amitti quidem poteſt, ſed per ea quæ ſint iuris ciuilis, puta per emancipationem, deportationem, & alia huiuſmodi. At non ſimiliter pacto repudiari poteſt, quia cùm ſit ex legibus, non poteſt in poteſtate cuiuſquam eſſe ne agnatus ſit iis omnibus quibus agnatum eum lex conſtituit, alioqui etiam tutelarum & hereditatum iura ex arbitrio priuatorum penderent, cùm & hereditates & tutelæ iure ciuili agnatis tantùm deferantur *dicta lege tutelas 7. de capit. minut. & dict. tit. de legit. agnat. tutel. leg. 5. & paſſ. de ſuis & legit.* Ita fieret vt priuatorum cautiones legum auctoritate cenſerentur quod eſſe non debet. *lege vltima eodem titulo.* Quæ enim habemus à lege cùm ſint iuris publici non magis adimere nobis poſſumus, quàm facere ne leges in nobis & in nos locum habeant *leg. nemo poteſt 55. de leg. 1 iunct. lege 38. infrà hoc titulo.* Amittere tamen poſſumus, ſed legitimis tantùm modis, id eſt, quibus lex ipſa vult amitti poſſe, quamuis modi illi poſſint eſſe & ſint vt plurimùm in noſtra poteſtate. Sed inter eos modos pactum non eſt, quippe quod legibus ipſis incognitum ſit. At neque erit ſtipulatio, quamuis cognita & inducta legibus, quia ſicut ignorans & inuitus quis agnatus conſtituitur per legem, ita & in agnationis iure ſemel quæſito inuitus retinetur.

f *Vt quis dicat nolle ſuum eſſe.* Intellige de ſuo herede, quamuis Cuiacius malit ſic intelligere, vt non poſſit quis pacto facere ne habeat in dominio rem quæ ſua eſt. Etſi enim verum eſt nuda voluntate dominia amitti non poſſe *l. ſi quis vi 17. §. 1. de acquir. poſſ.* non magis quàm in alium transferri *l. traditionibus 50. Cod. hoc titul.* Attamen neque ſententia neque verba huius legis conueniunt huic interpretationi. Debuerat enim Modeſtinus, ſi ita ſentiebat, ſcribere in hunc modum *Nolle quid ſuum eſſe.* Deinde quid commune habet ius dominij cum iure agnationis, quia & quiſquis ſuus heres eſt agnatus proximus eſt *l. filium 12. de ſuis & legit. l. 4. §. 1. quis ordo in bon. poſſ. ſeruet. l. iuriſconſultus 10. §. proximiores 3. de gradib. & ad fin.* Non tamen è contrario, agnatus quilibet proximus ſuus heres eſt. Nec enim quiſquam ſuus eſt, & primum gradum in familia obtinet quantum ad cauſam ſuccedendi *l. ſcripto 7. vnde libe. l. ſi filius familias 33. de teſtam. milit. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt.* Et ideò non fuit inconueniés poſt priorem illam ſententiam quæ habet ius agnationis pactu repudiari non poſſe hanc quoque adiicere, *Non magis quam vt quis dicat nolle ſuum heredem eſſe*, quia faciliùs quis admiſſurus ſit, ius ſuitatis, vt vocant, pacto repudiari non poſſe, quàm ius agnationis propriè & ſtricte ſumptum, quatenus ſcilicet neque ſuitatem neque cognationem naturalem complectitur. Quo enim ſtrictius eſt vinculum ſuitatis quàm agnationis, eo difficilius eſt vt vel ſola voluntate vel pacto nudo diſſoluatur. Atqui tam ſtrictum eſt vt ex duabus perſonis patris & filij vnam quodammodo conſtituat *lege ſuis 11. de liber. & poſt. l. vlt. Cod. de impub. & aliis ſubſt.* Ergo fatendum eſt ius ſuitatis pacto repudiari non poſſe. Quo admiſſo illud etiam ſtatim ſequitur, nec agnationis ſtrictim ſumptæ ius pacto repudiari poſſe. Eadem enim circa vtrumque ius dubitandi & decidendi ratio eſt. Neutrum naturale eſt, vtrumque ciuile. Niſi quod ius ſui heredis, vt dixi, multo ſtrictius eſt, adeò vt etiamſi pater & filius conſẽtiant non tamen fieri poſſit vt filius exeat de poteſtate aut filia aut nepos niſi certis & ſolennibus modis, ac deducto priùs in imaginariam ſeruilem conditionem ſuo herede. *l. 3. §. vlt. de capit. minut. l. verum 8. §. 1. de iniuſt. rupt.* vt ſuus heres pro mortuo, aut etiam pro nullo priuſquàm pro non filio habeatur. Eſt enim ius ſui heredis inæſtimabile ex parte filij, ſicut & ius patriæ poteſtatis, ex parte patris *l. filiusfamilias 114. §. ſed ſi libero de leg. 1.*

35. IDEM libro 2. Reſponſorum.

TRes fratres, Titius & Mæuius, & Seia communem hæreditatem inter ſe diuiſerunt[g], inſtrumentis interpoſitis, quibus *diuiſiſſe maternam hereditatem dixerunt: nihilque ſibi commune remanſiſſe cauerunt:* ſed poſtea duo de fratribus, id eſt, Mæuius & Seia, qui abſentes erãt tẽpore mortis matris ſuæ cognouerunt pecuniam auream à fratre ſuo eſſe ſubtractam, cuius nulla mentio inſtrumento diuiſionis continebatur: quæro, an, poſt pactum diuiſionis, de ſubrepta pecunia fratribus aduerſus fratrem competit actio? Modeſtinus reſpondit, ſi agentibus ob portionem eius, quod ſubreptum à Titio dicitur, generalis pacti conuenti exceptio his[h], qui fraudem à Titio commiſſam ignorantes tranſegerunt, obiiciatur: de dolo vtiliter replicari poſſe[i].

Ad l. Tres fratres 35.

Ratio dubitandi Diuiſio non tantùm emptionis vicem obtinet ſed etiam tranſactionis, *lege 1. Codice commun. vtriuſque iudic. leg. cùm putarem 36. in fine famil. erciſc. leg. qui Romæ 125. §. vltim. de verborum obligatione.* adeóque & permutationis ſi modo res omnes diuiſæ ſint *leg. ſi filia 20. §. ſi pater famil. erciſc. leg. cum pater 77. §. hereditatem de leg. 2.* Atqui fratres in propoſita ſpecie communem matris hereditatem diuiſerant interpoſitis etiam inſtrumentis, quibus dixerunt diuiſiſſe ſe maternam hereditatem, hoc etiam addito, & cauto, nihil ſibi commune remanſiſſe. Agentibus ergo duobus fratribus iudicio familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo ad diuiſionem eius pecuniæ quæ à tertio fratre ſubrepta dicitur omnimodo debet nocere generalis pacti conuenti exceptio.

Ratio decidendi Neque tranſactio, neque emptio, neque permutatio, neque alia vlla conuentio quantumlibet generalis extendi poteſt ad ea de quibus nullo modo fuit cogitatum, id eſt, nec in genere, nec in ſpecie *lege cùm Aquiliana 5. lege qui cum tutoribus 9. §. 1. infra titulo proximo.* In omnibus enim conuentionibus cùm neceſſarius ſit conſenſus *lege 1. ſuprà hoc titulo. leg. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action.* ſemper inſpiciendum eſt quid actum ſit *leg. ſemper in ſtipulationibus 34. de regulis iuris.* Nemo autem dixerit actum fuiſſe de quo non fuit cogitatum, nec in genere, nec in ſpecie. Hoc enim addo ne quis cum Accurſio obiiciat quod ſcriptum eſt in *lege ſub prætextu ſpecierum 29. Codice de tranſactionibus.*

in

in cuius ſpecie proponebantur repertæ res, de quibus fuerat tranſactum in genere, licèt tranſactionis tempore ignorarentur: putà ſi conueniſſet vt bona omnia mobilia quæcunque in hereditate eſſent, ad Titium pertinerent, immobilia verò omnia ad Semptonium. Quis enim ob id ſolùm tranſactionem aut diuiſionem reſcindi debere dicat, quod poſtmodum reperta ſint aliqua mobilia quæ contractus tempore latebant? At ea quæ dolo malo ſupprimebantur ab vno ex heredibus, non ſunt huiuſmodi. Nam cùm dolus malus ab omnibus non modò contractibus, ſed etiam pactis & conuentionibus abeſſe debeat *lege 7. §. ait prætor. ſuprà hoc titulo. leg. bonam fidem 4. Codice de obligat. & action.* poſſunt contrahentes iuſtè dicere & cauſari nullo modo ſe cogitaſſe, id eſt, ne quidem in genere de iis quæ per alterutrius contrahentium fraudem & dolum ſupprimebantur. Dolus namque ſemper exceptus intelligitur. Alioqui non tam paciſci eſſet quàm decipi. *d.l.9.§.1.ſ.tit.c.* Iunge *l. ſi quis rationes 9. leg. Aurelio 20. in fin. de liber. leg. l. ſi ſeruus vetitus 119. de leg. 1.* Error quoque exceptus intelligi debet, ſi interuenerit circa proprietatem rei apud alium extra perſonas tranſigentium tempore tranſactionis conſtitutæ. *d.l. ſub prætextu.* quia nec errantis conſenſus vllus eſt. *leg. ſi per errorem 5. de iuriſd. l. ſed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arc.*

g *Hereditatem inter ſe diuiſerant.* Ergo hîc non tantùm interuenit placitum generale diuiſionis bonorum maternorum, vt vult Cuiacius, ſed ipſa etiam diuiſio, ſubiecto pacto non de diuidendis, ſed de diuiſis omnibus rebus hereditatis maternæ.

h *Generalis pacti conuenti exceptio obiiciatur.* Ratio dubitandi. Non fuit cogitatum de pecunia quæ per vnum ex coheredibus dolo malo ſupprimebatur, vt proximè dictum eſt. Ergo pacti conuenti exceptio agentibus opponi non poteſt, ne latiùs pateat exceptio pacti, quàm pactum. Ratio decid. Verba illa pacti quibus cauerunt inuicem coheredes nihil ſibi commune remanſiſſe tam generalia ſunt, vt ſine dubio & pecuniam hanc dolo malo ſubtractam & omnia comprehendant. Quæ res facit vt pacti exceptionem ei qui conuenitur denegare prætor non poſſit, rigore ſcilicet verborum inſpecto, qui inſpicitur ſemper ſiue de actione, ſiue de exceptione danda tractetur. Sed quia & contrahentium voluntas & cauſæ æquitas huic verborum ſignificationi repugnat, doli replicatio danda eſt quæ hanc pacti exceptionem elidat. Tunc enim locus fit exceptioni aut replicationi doli, cùm quis per occaſionem iuris ſiue ciuilis, ſiue prætorij captat lucrum ex damno alieno contra naturalem æquitatem. *lege 1. de doli mali except.* ſic & in *lege 3. in fin. de pignor. action.*

i *De dolo vtiliter replicari poſſe.* Ratio dubitandi. Iudicium diuiſionis, ſiue ſit familiæ erciſcundæ ſiue communi diuidundo bonæ fidei eſt *§. actionum. Inſtitut. de actio. leg. non eſt ambiguum 9. Codice familiæ erciſcundæ.* Atqui bonæ fidei iudiciis inſunt exceptiones, non tantùm doli. *leg. ſed etſi 21. ſolut. matr. leg. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum de legat. 1. ſed etiam pacti lege 3. de reſcindenda venditione.* ac proinde etiam replicationes, quæ ipſæ nihil aliud ſunt quàm exceptiones. *lege 2. & 3. de except.* ergo ſolius iudicij æquitate debent iſta omnia fieri non vi exceptionis aut replicationis. *leg. 3. Codice quibus ex cauſ. maior. lege 3. Codice commun. vtr. iudic.*

Ratio decidendi. Iudiciis bonæ fidei inſunt ex demum exceptiones quæ competunt ex æquitate & bona fide, non etiam illæ quibus velit abuti reus dolo malo captata occaſione ex rigore verborum contra naturalem æquitatem. Proinde ſi ea velit vti, aut potiùs abuti reus, neceſſariò eam obiicere debet. Abſurdum enim eſſet implorati ab eo iudicij æquitatem ad ſupplendam vim iniquæ exceptionis. Porrò vbi ſemel oppoſita eſt exceptio, fit etiam neceſſaria replicatio doli ad elidendam exceptionem: quare nec memini vllo iuris loco ſcriptum legere, Bonæ fidei iudiciis replicationes ineſſe. Priùs enim oporteret ineſſe exceptiones, vt poſſent ineſſe replicationes, exceptiones autem, vt dixi, non poſſunt ea ineſſe, quæ pugnant cum æquitate, quales iſtæ ſunt quæ per replicationem elidi poſſunt. Replicatio enim nulla datur niſi ex æquitate, æquitas autem nunquam ſecum pugnat. Vnde eſt quod exceptio doli mali nunquam per replicationem eliditur. In quo differt ab exceptione pacti, quoniam doli exceptio ſemper habet comitem æquitatem, pacti exceptio non item. Nititur enim vt plurimum rigore verborum, quibus pactum conceptum eſt, cum quibus tamen æquitas non ſemper conſentit: Non vt pactum deſtruat, quod ſemper ſeruari æquum eſt, ſed vt aliam eius interpretationem inducat, quàm quæ verbis pacti inducenda videatur. Ergo quod dicimus exceptiones pacti bonæ fidei iudiciis ineſſe de iis intelligi debet, quæ ſunt ſimiles exceptioni doli, id eſt quæ habent eam æquitatem quæ nulla alia maiore æquitate debilitetur. Ea namque propria & vera æquitas eſt. *leg. bona fides. 31. verſ. & probo. infrà depoſit.* Ex his apparet quàm malè huic legi obiiciatur, reſponſum Scæuolæ in *dicta lege qui Romæ 122. §. vltimo de verborum obligatione.* vbi refertur pronunciatum fuiſſe tranſactionem diuiſionis bonorum ad fideicommiſſum extendi, quaſi eadem ratione extendi debeat etiam ad pecuniam dolo malo ſuppreſſam. Hoc verò non negat hîc Modeſtinus imò affirmat potiùs, cùm admittit pacti conuenti exceptionem fratribus agentibus opponi poſſe: Cùm verò addit replicatione doli mali eam exceptionem elidendam eſſe, non pugnat, cum Scæuola qui doli replicationem nullam dat, quia eam ſpeciem tractabat, in qua non dolus aduerſarij, ſed iudicis ſententia interuenerat, cùm è contrario dolus apud Modeſtinum interueniſſet eius qui exceptione pacti ſe tuebatur. An verò in generali pacto diuiſionis bonorum omnium, remiſſio taciti fideicommiſſi contineatur, an potiùs aliunde liqueret iudici in illa ſpecie de fideicommiſſo quoque fratres inter ſe tranſegiſſe, vt vult Cuiacius, alia quæſtio eſt quæ ad illius non ad huius legis interpretationem pertinet.

36. PROCVLVS libro 5. Epiſtolarum.

SI cùm fundum meum poſſides, conueniſſet mihi tecum, *vt eius poſſeſſionem Attio traderes:* vindicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm ſi aut iam tradidiſſes, aut ſi tua cauſa id inter nos conueniſſet, & per te non ſtaret, quominùs traderes.

Ad l. Si cùm fundum 36.

Ratio dubitandi. Cùm vindico à te fundum meum quem poſſides & de quo conuenit inter nos vt eius poſſeſſionem Attio traderes, venio contra propriam conuentionem, quia id ago per vindicationem, vt rei poſſeſſio mihi reddatur. *leg. ſi qui deſtinauit 24. leg. qui petitorio 36. lege qui reſtituere 68. & paſſ. de rei vindic.* Fieri autem non poteſt vt eiuſdem rei poſſeſſio & mihi & Attio tradatur, non magis quàm vt in quo loco ego ſto, Attius quoque ſtare videatur. *lege 3. §. ex contrario de acquirenda poſſeſſione. lege duo in ſolidum 19. de prec.* Ergo repellendus ſum exceptione pacti & doli, vt euenit, quoties quis vindicat rem ſuam contra propriam conuentionem. *lege vindicantem 17. lege Seia 73. de euict.*

Ratio decidendi. Exceptiones neque ex pactis, neque ex aliis cauſis dantur niſi interſit paciſcentium. *lege & heredi 21. §. vltimo. lege quod dictum 32. ſuprà eodem.* ſicut nec actiones dantur, niſi iis quorum intereſt. *lege 3. §. 1. de verborum obligatione.* Ad hoc enim comparatæ ſunt &

obligationes

obligationes & actiones, & exceptiones omnes, vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt. *lege ſtipulatio iſta 38. §. alteri eodem.* Inſpiciendum igitur eſt in propoſita ſpecie, cuius gratia pactum interpoſitum ſit an mea, an tua. Si mea, non debet pactum tribuere tibi exceptionem quandiu fundum non tradidiſti, quamuis paratus ſis tradere. Rebus enim omnibus integris cur non liceat mihi ab ea lege recedere quam pacto dixi? Tibi namque dixi non mihi, ſi mea cauſa dixi. argument. *l. Lucius 40. in fin. de fideicommiſſ. libert. l. in ratione 30. §. tametſi ad legem Falcidiam.* Planè ſi iam tradideris, licèt ſciens fundum eſſe meum deſieris poſſidere, quia tamen tradidiſti ex mea voluntate, ideóque nihil tibi poteſt imputari, non poſſum à te vindicare fundum, quem nec poſſides nec dolo malo deſiiſti poſſidere. Proinde nec eges exceptione pacti, aut alia vlla ad ſummouendam vindicationem quæ ipſo iure nulla competit. Sed ſi tua cauſa non mea pactum hoc interuenerit, non eſt mihi permittendum vt vindicem fundum quantumuis meum, & rebus licèt omnibus integris, ſi modò paratus ſis fundi poſſeſſionem Attio tradere: ne in mea poteſtate ſit eripere vbi vtilitatem pacti tua cauſa interpoſiti. ſimile quiddam eſt in *leg. 3. in principio de condict. cauſ. dat.* Quid ſi Attij cauſa id inter nos conuenerit? Non ideo pactum Attio prodeſſe debebit quaſi inter alios conuentum, nec rurſum tibi cùm nihil tua intererit Attio reddi fundum potiùs quàm mihi qui ſum dominus. Planè ſufficeret tua quoquomodo intereſſe, id eſt, etiam per conſequentias tametſi non principaliter, vt ſcripſi ad *legem 23. in fine ſuprà eodem.*

37. PAPIRIVS IVSTVS libro 2. de Conſtitutionibus.

IMperatores Antoninus, & Verus reſcripſerunt debitori reipublicæ à curatore permitti pecunias non poſſe, & cum Philippenſibus remiſſæ eſſent, reuocandas.

Ad l. Imperatores 37.

Ratio dubitandi. Curator reipublicæ poteſt accipere ſolutionem, atque ita debitorem liberare ipſo iure, adeò vt etiam teneatur præſtare periculum nominum, quæ ipſius tempore facta ſint deteriora, *lege vltima. §. item reſcripſerunt pecuniam & §. penultimo de adminiſtratione rerum ad ciuitatem pertinentium. lege aduerſus 5. Codice de vſuris.* Imò & paciſci poteſt etiam tacitè de non petendis vſuris maioribus *dicta lege aduerſus.* Ergo multo magis permittendum eſt ei vt poſſit paciſci expreſſim de non petendo, atque ita liberare debitorem ſaltem ope exceptionis, vt cui licet quod plus eſt multo magis liceat quod eſt minus *lege non debet cui 21. de regulis iuris.* Plus autem eſt liberare ipſo iure, quàm per exceptionem.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio à ſolutione ad pactum de non petendo, quia ſolutio legitimus modus eſt tollendæ obligationis, non etiam pactum de non petendo, vt dixi ad *legem ſi vnus 27. in principio ſuprà eodem.* Curatori reipublicæ licet accipere ſolutionem: alioqui reipublicæ debitor quo modo poſſet conſequi liberationem? At paciſci de non petendo non poteſt. quia proximè accedit ea res ad donationem, niſi ponas interpoſitum fuiſſe pactum ex alia cauſa eáque oneroſa, vt in *lege contra 28. §. vltimo eodem.* Curator autem non ad hoc reipublicæ datur, vt rempublicam perdat, nec vt diminuendi cauſa quid faciat, ſed vt benè adminiſtret, exemplo tutorum, & cæterorum curatorum. *lege Lucius 46. §. vltimo de adminiſtratione tutorum.* iuncta *lege filiusfamilias 7. de donation.* Si tamen de vſuris agatur, & minores per aliquot annos curatori ſolutæ probentur, videbitur factum tacitè pactum de non petendis maioribus, & valebit. *dicta lege aduerſus*, an quia poſſit eſſe maior vis taciti quàm expreſſi? Ita ſanè eſt quoties virium aliquod ſubeſt in expreſſo quod non ſubeſt in tacito, & cùm è contrario adeſt fauor aliquis in tacito qui non adeſſet in expreſſo, quomodo in ſpecie propoſita fauor adeſt longi temporis & præſtationum per multos annos vniformiter continuatarum. argument. *lege cùm de in rem verſo 6. ff. de vſur.* Præſertim cùm remiſſio maiorum vſurarum ſit etiam fauorabilis tanquam quæ ſit minoris præiudicij. *leg. cùm quidam 17. §. Diuus Pius eodem.* iunct. *lege Procula 29 de probat.* vſuræ enim cùm non tam propter lucrum petentium, quàm propter moram non ſoluentium infligantur. *§. ſi pupillo. eadem leg.* non alio iure debentur reipublicæ quàm quo cæteris creditoribus, ideóque nec liberalitates in rempublicam factæ exiguntur. *lege liberalitatis 56. eodem*, & conſequenter in curatoris arbitrio eſt paciſci quales & quantæ debeantur, & an maiores an minores, quia etiam ſi ponas maiores ab initio cautas fuiſſe, nihil tamen de reipublicæ iure diminuitur, etiamſi poſtea de minoribus præſtandis pactum fiat. Non enim quemadmodum ſors ipſa in perpetuum eadem debetur quouſque ſoluatur, ita & maiores vſuras aliquando promiſſas in perpetuum continuari neceſſe eſt etiam ſorte non ſoluta. Siquidem reipublicæ vtilitas poteſt exigere, vt benè collocatæ pecuniæ remaneant penes eoſdem debitores ſub leuioribus vſuris potiùs quàm vt ſpe maiorum vſurarum exigantur, & apud alios fortaſſe minùs idoneos futuros collocentur, Quandoquidem fieri poterat vt qui maiores vſuras aliquandu præſtiterant ſortem reddituri fuiſſent potius quàm eaſdem vſuras præſtaturi ſi de minoribus in futurum præſtandis non conueniſſet. Illud autem præcipuè curator proſpicere debet vt in tuto ſint pecuniæ, paṫique potius vt nullas pariant vſuras *lege ſi benè 33. de vſuris.* Arbitrium ergo remittendi aliquid de vſurarum modo ſiue per expreſſum ſiue per tacitum pactum curatori relinquendum eſt, ob ipſam quoque reipublicæ vtilitatem, at non etiam ſortis quæ reipublicæ debetur vllo modo minuendæ. Atque ita puto ſeparari debere non pactum expreſſim à tacito vt fit ab interpretibus, ſed pactum ſortis ſiue expreſſum ſiue tacitum à pacto vſurarum. De vſuris loquuntur Impp. in *dict. l. aduerſus.* De ſorte verò hæc lex. In qua pro eo quod vulgo legitur & Cuiacius probat *permitti* mallem legere *remitti.* Nam ſequitur ſtatim *& cùm Philippenſibus remiſſa eſſent reuocandas*, id eſt, auferendas per rempublicam quaſi in fraudem reipublicæ remiſſas, vt & in *leg. deferre 18. §. vltimo cum duab. ſeqq. de iur. fiſc.*

38. PAPINIANVS libro 2. Quæſtionum.

IVs publicum [a], priuatorum pactis mutari [b] non poteſt.

Ad l. Ius publicum 38.

Ratio dubitandi. Omne ius quo vtimur ſiue publicum ſit ſiue priuatum, non niſi hominum cauſa comparatum eſt *lege 1. & 2. ſupr. de ſtatu hominum. §. vltimo. Inſtitut. de iure naturali gentium & ciuil.* Atqui permiſſum eſt cuilibet renuntiare iuri ſuo & pro ſe introducto *lege pactum 46. infrà hoc titulo. lege penultima codice eodem.* Ergo cuilibet permiſſum eſt paciſci etiam de iure publico.

Ratio decidendi. Ius publicum totius populi eſt non ſingulorum priuatorum, licèt ad priuatorum vtilitatem ſpectet. quia nec niſi ex ſingulis populus conſtat. Ergo in populi ſolius, non in ſingulorum priuatorum arbitrio eſſe ius publicum debet. Ne alioqui eueniat vt priuatus quilibet diſponat de re non ſua, cùm quod eſt populi non

ſit

ſit ſingulorum *lege ſicut 7. §.1. quod cuiuſque vniuerſis l. 1. l. 3. §. 1. de popul. act. l. 2. §. 1. in fine de interdict.* Planè vbi lex conſuetudo, Senatuſconſultum plebiſcitum, conſtitutio Principis aut ſi quid aliud ſimile eſt, quod iuris publici appellatione ſignificetur, effectum ſuum habuit, liberum eſt cuilibet eo iure non vti, quia tunc non tam publicum ius quàm priuatum ſuum lædit. Effectum autem ſuum lex habuiſſe intelligitur, cùm eo vſque progreſſa eſt, vt effectũ habere poſſit, licèt euentus non ſequatur. Proinde contra leges & contra ius publicum ſunt ea demum pacta quæ impediunt, ne lex poſſit acquirendi occaſionem præbere non ea quæ impediunt ipſam acquiſitionem. Exempli cauſa ſi paciſcatur heres cum legatariis viuo teſtatore ne falcidiam ex legatis deducat paciſcitur contra legem falcidiam, quia impedit quantum poteſt legis falcidiæ vim & poteſtatem, quæ in eo conſiſtit, vt heres oneratus legatis quartam ex iis partem poſſit deducere. At ſi paciſcatur poſt mortem teſtatoris & eo tempore quo iam lex falcidia cœpit habere locum, nihil facit contra legem, quia non id agit lex Falcidia vt heres omnimodo quartam deducat, ſed vt poſſit deducere eo tempore quo de eius deductione tractari poteſt *lege quod bonis 15. §. 1. ad legem Falcidiam.* Item ſi quis paciſcatur de non ſuccedendo ei qui adhuc viuit, licet nihil faciat contra bonos mores, quomodo faceret ſi paciſceretur de ſuccedendo *lege ſtipulatio hoc modo concepta 61. de verborum obligatione.* facit tamen contra leges ex quibus deferuntur ſucceſſiones ab inteſtato *lege vltima de ſuis & legit.* quod ſecus eſt ſi mortuo eo cui poteſt ſuccedere malit paciſci de non ſuccedendo & de transferenda ad alium hereditate *lege non vult heres eſſe 6. de regulis iuris. lege 2. ſi quis omiſ. cauſ. teſtament.* Lex enim defert quidem nobis etiam inuitis ſucceſſiones, ſed non acquirit niſi volentibus extra cauſam neceſſariorum heredum *lege nec emere 16. Codice de iur. delib.* Alia exempla ſumi poſſunt ex *lege ſi quando 35. § illud & ſequent. Codice de inoffic. teſtam. lege Neratius 20. de religioſ. leg. 1. §. ſi inter de magiſtr. conuen.* Denique elegans in hanc rem & verum dictum Papiniani in *d. lta lege vltima de ſuis & legit.* Priuatorum pactiones legum autoritate non cenſeri. Cenſerentur enim legum autoritate ſi earum vim & poteſtatem impedire poſſent. Imò eſſent ſuperiores & potentiores legibus, quibus tamen imperare ſolius legis eſt, quæ ob eam cauſam & rerum & hominum omnium regina dicitur in *l. 1. & 2. de legib.*

a *Ius publicum.* Intellige alio ſenſu quàm quo accipitur cùm ius in vniuerſum diuiditur in publicum, & priuatum, Publicum enim eo loco intelligitur quod ad ſtatum reipublicæ ſpectat quatenus reſpublica eſt, non quatenus refertur ad ſingulorum perſonas, quod in ſacris, ſacerdotiis, & magiſtratibus conſiſtit. Hîc verò publicum ſumitur pro iis partibus iuris priuati quæ pro priuatorum quidem vtilitate conſtitutæ ſunt, ſed publica autoritate, cuiuſmodi ſunt leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, Principum placita, Prætorum edicta, boni mores & recepti: *toto titulo de iure naturali gentium, & ciuil.* iunct. *leg. 1. §. huius ſtudy & leg. ius autem 7. de iuſtitia, & iure.* Hinc eſt quod iuris publici eſſe dicuntur quæ ſunt ex legibus vt factio teſtamenti *lege 3. qui teſtament. fac. poſſ. ius deducendæ falcidiæ d. l. quod bonis 15. §. 1. ad l. Falcid.* & alia huiuſmodi.

b *Priuatorum pactis mutari.* Hinc colligit ſummus Pontifex in *cap. ſi diligenti de foro competenti.* non valere pactum quo ſacerdos renunciet præſcriptioni fori Eccleſiaſtici, vt iuriſdictionem habeat ſæcularem. Quo nomine reprehenditur à Iacobo Cuiacio, exiſtimante paciſci hunc ſacerdotem de iure priuato non de publico ſi paciſcatur ab initio contractus ſe non vſurum præſcriptione fori. Fore autem pactum de iure publico & conſequenter inutile ſi poſt contractum iam perfectum ex interuallo adhibeatur. Ego verò non poſſum facere quin mirer nonam hanc idoque peruerſam tanti viri iuriſprudentiam, nimia ſane, quin forraſſe laborabat reprehendendi S. Pontificis autoritate corruptam. Debuerat enim è contrario dicere, Magis contra ius publicum eſſe pactum quo ſacerdos renunciat præſcriptioni fori ante contractum aut ab initio contractus, quàm quo poſt contractum. Quod enim ab initio fit directò contrarium eſt legibus Pontificiis, quæ eccleſiaſticorum & ſecularium, aut, vt melius dicam, laicorum & clericorum iuriſdictiones ita ſeparatas eſſe volunt, vt nihil ſit vni cum altera commune, quaſi diuerſorum populorum ſint, & diuerſarum prouinciarum. Quam iuriſdictionum diſtinctioné ſeruari intereſt, ſanè non priuatorum dumtaxat ſed totius ordinis eccleſiaſtici, vt & laicalis, ne ſtatim turbentur omnia, ſi iuriſdictiones confundantur & permiſceantur. Non poteſt igitur clericus facere vt non debeat habere præſcriptionem fori, ſi à laico conueniatur. Sed vbi ſatisfactum eſt iuri publico pontificio in eo quod non obſtante pacto ſuo in contrarium adhibito poteſt eam exceptionem habere inuito quoque aduerſario, ſi poſtea nolit eo iure vti, malitque laici magiſtratus iuriſdictionem prorogare tum verò probabiliùs dici poſſet de iure priuato eum paciſci, non de publico. Nam & ſimiliter euenire videmus in muliere quæ contra Senatuſconſultum Velleianum interceſſit, ſi iudicium accipere parata ſit, vt non in veterem debitorem actio detur, poſſe illam vtiliter promittere & cauere ſe exceptione non vſuram & ſic ad iudicem ire, quia nimirum iam ſatisfactum eſt Senatuſconſulto, cùm poſſit illa exceptionem opponere *l. vlt. § pen.], ad Senatuſconſultum Velleian.* At ſi ab initio contractus vellet mulier renunciare Velleiano non poſſet, quia eiuſmodi renunciatio eſſet contra ius publicum & in fraudem ſenatuſconſulti excogitata *l. quidam 29. in fin. eod.* Quanquam vt appareat quantopere in hoc errarit Cuiacius, non puto permittendum laico aut clerico, vt etiam ex poſtfacto, & vbi cœpit ille poſſe vti priuilegio ſuo, eidem renunciare poſſit. Intereſt enim, vt dixi, totius ordinis ſiue Eccleſiaſtici, ſiue laici, ne iuriſdictio tam ſeparata prorogetur, at potius vt quæ ſunt Cæſaris Cæſari, quæ ſunt Dei Deo relinquantur. Alioqui in eo ius publicum proculdubio violatur. Nam ſi dicas eſſe ex ratione iuris, vt is qui ex aliena iuriſdictione eſt, poſſit ſe ſubiicere iuriſdictioni alterius cuiuſlibet magiſtratus, dummodò iuriſdictionem aliquam habentis *lege 1. & x. 2. de iudic.* Reſpondebo tunc id obtinere, cùm is, qui ex aliena iuriſdictione eſt, poſſet ex ea eſſe quam prorogat, putà domicilium contrahendo in eius prouincia, & cùm vtraque iuriſdictio eundem dominum & ſuperiorem habet. Sed fieri nullo modo nullóque caſu poteſt vt iudex laicus ſit iudex competens Eccleſiaſtici, neque Eccleſiaſticus laici, ſecundùm communes regulas iuris. Ergo neque vt iuriſdictio Eccleſiaſtica à laico, vel ſæcularis à clerico prorogetur. Nam nec ſi laicus quiſpiam alienam iuriſdictionem laicam proroget in præiudicium domini ordinariæ iuriſdictionis, poteſt tamen ea res nocere domino iuriſdictionis, ſiue expreſſa conuentione, ſiue facto ipſo ea prorogatio contigerit: ne ſcilicet factum priuati noceat alteri, eóque paſſim iure vtimur. De quo tamen alibi latius tractaturi ſumus. Nunc addidiſſe ſufficiat, Malè etiam vulgò interpretes noſtros, cùm de iuriſdictione iſta vel eccleſiaſtica vel ſeculari proroganda tractaur, loqui de priuilegio & præſcriptione fori. Tunc enim de priuilegio & præſcriptione fori tractandum eſt, cùm iuriſdictio ordinaria competens eſt, niſi per allegationem priuilegij forique præſcriptionem declinetur, vt in *lege 4. Codice de iuriſdictione. lege ſi quis ex aliena 5. infrà de iudic.* Et hoc nimirum caſu procedit quod ſcriptum eſt in *lege penult. Codice hoc tit.* poſſe quemlibet renunciare priuilegio ſuo & præſcriptioni fori. Etſi enim Iuſtinianeo loco de ſacerdotij quoque prærogatiua loquitur, vt & in *lege ſi quis 51. Codice de epiſc. & cleric.* id tamen factum eſt ea ratione quod Imperatores Romani ad Fridericum vſque cuius eſt Auth. *ſtatuimus, eod. tit.* in ea fuerunt opinione,

fuerunt opinione, vt crederent iuriſdictionem ſuam ad clericos quoque extendi poſſe, ſi non priuilegio aliquo in contrarium clerici adiuuarentur: quod tamen ſacroſancti Pontifices non admittunt: qui volunt, Non minùs clericos ipſo iure communi exemptos eſſe à iuriſdictione laicali, quàm laicos à iuriſdictione Eccleſiaſtica, nec vel hos vel illos aliquo in eam rem priuilegio indigere.

39. IDEM libro 5. Quæſtionum.

VEteribus placet pactionem obſcuram, vel ambiguam, venditori, & qui locauit, nocere: in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere.

Ad l. Veteribus 39.

Ratio dubitandi. Pacta omnia & conuentiones conſtant ex conſenſu, nec fieri poteſt vt valeant ſiue ad agendum, ſiue ad excipiendum ſi conſenſus deſit *lege 1. §. conuentionis ſuprà hoc titulo. lege in omnibus negotiis 57. de oblig. & act.* Conſenſus autem non tam in verbis accipiendus eſt, quàm in ſenſu verborum. Parum enim eſt in cortice, vt aiunt, verborum conuenire illos, qui in eorum ſignificatione diſſentiant, cùm prior atque potentior ſit mens dicentis, quàm vox *lege Labeo 7. §. vltimo. de ſupel. leg.* Ergo ſi qua ſit in pacto obſcuritas vel ambiguitas, quòd contrahentes aut paciſcentes dicant ſe aliter atque aliter ſenſiſſe, dicendum potius eſt contractum pactúmve fieri irritum, quàm eius interpretationem ex alterutrius contrahentium arbitrio faciendam eſſe. Nam & dici ſolet eius eſſe interpretari, cuius eſt condere *lege vltimo. verſ. ſi enim. Codice de legibus.* Atqui non alterutrius contrahentium, ſed vtriuſque eſt contractum vel pactum facere. Ergo & vtriuſque voluntas exquiri debet in facienda pacti vel contractus interpretatione.

Ratio decidendi. Conſenſus quidem in contractibus & pactis omnibus neceſſarius eſt ad hoc vt contractus vel pactum ſubſiſtat, ſed quantum ad ea tantùm attinet, quæ ad conuentionis ſubſtantiam & validitatem pertinent, non etiam quantum ad acceſſoria, vt conſtat ex *lege ſi in emptione 34. de contrahenda empt.* Cæterùm obſcuritas vel ambiguitas pacti conſenſum illum ad perficiendam conuentionem neceſſarium non tollit. Verum enim eſt ab initio vtrumque conſenſiſſe in eo quod pacti verbis continetur. Et quamuis poſtea in pacti interpretatione diſſentire illos appareat, is tamen diſſenſus non ab initio fuit vt conuentionem impedire potuerit, & debuerit, ſed ſuperuenit ex poſtfacto contrahentibus ipſis verba quibus vſi ſunt ad proprium cuiuſque ſenſum detorquentibus. Atqui quod ex poſtfacto diſſentiant, nihil refert. Alioqui aperta eſſet via reſiliendi à contractu, ſi quem temerariæ fortaſſis & inconſultæ conuentionis pœniteret. Diceret enim ille ſe aliter ſenſiſſe quam aduerſarius ſenſerit vt ex eo diſſenſu appareret nihil actum fuiſſe. Quod tamen abſurdum eſſet, quia conuentiones omnes ſicut ab initio ſunt voluntatis, ita ex poſtfacto ſunt neceſſitatis *lege ſicut 5. Codice de oblig. & act. lege inter ſtipulantem 83. §. ſi Stichum de verborum obligatione.* Et omnimodo ea facienda eſt interpretatio quæ actum conſeruet, non quæ deſtruat *lege quoties 80. eodem. lege quoties in actionibus 12. de reb. dub.* Maligna enim eſt illa per quam id agitur vt conuentio nihil operetur *lege ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. verſ. ſequens ſtipulatio de verborum obligatione.* In dubio igitur & in obſcuro ſi non poſſint contrahentes de eo quod inter eos actum fuit conſentire, cùm diſſentire iam nihil proſit, nihil eſt quod melius dici poſſit, quàm quod ait hæc lex faciendam eſſe interpretationem contra eum qui potuit legem apertiùs conſcribere, ac proinde contra venditorem potiùs quàm contra emptorem. Item contra locatorem potiùs quàm contra conductorem. Prius enim eſt vt quis velit vendere vel locare, quàm vt alius emere vel conducere: Venditoris igitur eſt aut locatoris legem contractus conſcribere, non emptoris aut conductoris, quod & traditum eſt in *leg. in contrahenda 172. de reg. iur. lege Labeo ſcripſit 21. de contr. empt.* Exempla ſunt in *lege cum in lege 33. & lege ſequenti. eodem titulo.* vbi ob hanc cauſam putat Cuiacius pro *venditor* legendum eſſe *emptor*, quod tamen an verum ſit dicemus ad eum locum. Illud ſanè in iure noſtro perpetuum eſt, nunquam fauendum eſſe ei cui aliquid poteſt imputari, quia, vt eſt in iuris regula, Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire non videtur *lege quod quis 203. de regulis iuris.* Imputari autem poteſt ei qui legem apertius dicere potuit. Quod cùm ita ſit non poteſt verum eſſe quod vulgo interpretibus placet, Faciendam eſſe interpretationem contra eum qui ſe fundat in verbis. Pugnat enim ea traditio cum hac *lege & cum dicta lege Labeo dicta lege cùm in lege & ſequenti.* Illud planè verum eſt, non ſtatim faciendam eſſe interpretationem contra venditorem aut locatorem, ſed ita demum ſi nihil ſit quod melius dici poſſit, id eſt, ſi neque probari poſſit quid actum fuerit, neque veriſimiliter conijci. Certior enim, & prior, & generalior illa regula eſt. In obſcuris inſpiciendum eſſe quod veriſimilius eſt aut quod plerumque fieri ſolet *lege in obſcuris 114. de regulis iuris. iunct. lege ſemper in ſtipulationibus 34. eodem.* In ambiguis autem id quod rei gerendæ aptius eſt *leg. quoties idem ſermo 67. eodem.* Pugnare tamen cum hac lege videtur quod Vlpianus ait in *lege ſi quis intentione 66. de iudic.* ſi quis intentione vel oratione ambigua vſus ſit, id quod vtilius ei eſt accipiendum eſſe. Quidni enim pariter ei imputamus cur non ſit locutus apertius? Sed aliud eſt loqui de eo quod vnus tantùm contrahentium aut litigantium dixerit, ſiue in iudicio ſiue extra iudicium. Aliud verò de eo quod à pluribus conuentum ſit. Priore namque caſu nemini fit iniuria, cùm verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Poſteriore autem caſu fieret iniuria ei cui pactum commune eſt. Quid autem inter ambiguum & obſcurum interſit facile eſt videre. Obſcurum eſt, non quod nullomodo intelligi poteſt, vt vult Cuiacius. (id enim pro non ſcripto haberi potius, aut ex eo contractum totum inutilem reddi oporteret, vt in *lege ſi Titius 16. de cond. inſt. leg. qui quadraginta 80. ad legem Falcidiam.*) ſed quod certum & perſpicuum ſenſum nullum habet. Ambiguum verò, quod è contrario certum & perſpicuum quidem ſenſum habet, ſed multiplicem non vnum ita vt quis potius capiendus ſit, non appareat.

41. IDEM libro 1. Reſponſorum.

TAle pactum, *Profiteor te non teneri*, non in perſonam dirigitur: ſed, cùm generale ſit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.

Ad l. Tale pactum 46.

Ratio dubitandi. Hæc verba *profiteor te non teneri*, exprimunt & demonſtrant perſonam vtriuſque paciſcentis, vt apparet. Nam verbum *profiteor*, verbum eſt primæ perſonæ: At dictio *te* pronomen eſt demonſtratiuum ſecundæ perſonæ. Ergo huiuſmodi pactum eſt perſonale, & conſequenter non tranſit ad heredes *leg. idem 25. §. 1. ſ. h. tit.*

[illegible]atio [illegible]ecidendi. Imò pactum hoc generale eſt, quia non [illegible] [illegible]tum quod perſonale ſit refertur, ſed ad ius quod generale eſt. Nam ſi verum illud eſt te mihi non [illegible], illud quoque verum erit nobis mortuis, Heredem [illegible] heredi meo non teneri: Cùm non poſſit heres tuus ex cauſa hereditaria teneri meo, ſi tu mihi non tenebatis: Præſertim iure iſto vetere quo nondum erat inductum, vt actiones ab heredibus & contra heredes poſſent incipere, quod poſtea Iuſtinianus conſtituit in *lege vnica. Codice vt act. ab hered. & contr. hered. incip.* Nec quod facta ſit demonſtratio perſonarum paciſcentium facere poteſt vt pactum ſit perſonale. Plerunque enim perſona pacto inſeritur non vt perſonale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum ſit *lege 7. §. pactorum ſuprà eodem.* Aliud ergo eſſet in ſpecie huius legis, ſi pactum ita conceptum proponeretur. *Profiteor me à te non petiturum*, quia tale pactum non ad ius referretur, ſed ad factum & quidem perſonale. Ideóque nec generale nec in rem conceptum videri poſſet. Teneri quem vel non teneri iuris eſt, ius autem generale, & perpetuum quod neque morte paciſcentium neque ex perſona heredum immutatur *l. 2. §. ex his de verborum obligat.* At petere vel non petere facti eſt, facta autem omnia perſonalia, & quæ pro perſonarum facientium varietate multiplicantur: nec verum eſt me petere quod heres meus petit, aut contra, niſi proponas probéſque id actum eſſe, vt ad heredes quoque pactum tranſmitteretur. Quoties enim quæritur an pactum in rem ſit an in perſonam inſpiciendum eſt quid actum ſit *d. §. pactorum, & l. niſi hoc actum 22. iunct. l. videlicet 26.* ſ. *eod.*

1 ¶ Qui prouocauit, pactus eſt, *intra diem certum pecunia, quum tranſegerat, non ſoluta, iudicatis ſe ſatisfacturum*, iudex appellationis; nullo alio de principali cauſa diſcuſſo, iuſtam conuentionem velut confeſſi ſequitur [a].

Ad §. 1. Qui prouocauit.

Ratio dubitandi. Tranſactio nunquam fit ſine nouatione cùm perimat litem, ac proinde in neceſſarium antecedens actionem ſuper qua lis mouebatur *lege vbi pactum 40. Codice de tranſactione. lege 1. & 2. Codice ſi aduerſ. tranſa.* Sicut & appellatio extinguit iudicatum *lege furis 6 §. 1. de his qui notant infam. lege 1. §. vltimo ad Senatuſconſultum Turpillianum.* Ergo etiamſi pecunia per tranſactionem promiſſa inter præſtitutum diem ſoluta non ſit, fieri tamen non poteſt vt actio iudicati, quæ ſiue per tranſactionem, ſiue per nouationem extincta fuit ſolius pacti poteſtate reſſuſcitetur. Pactum enim nudum ſicuti non eſt legitimus modus inducendæ actionis, quæ nunquam fuerit, ita neque reſſuſcitandæ eius, quæ extincta fuit. Nec eſt quod quis dicat cum Papiniano hunc appellantem habendum eſſe pro confeſſo, eámque vim eſſe huius pacti. Is enim demum confeſſus dicitur, & pro iudicato habendus, qui in iure confeſſus eſt, id eſt, apud prætorem, & in eo loco vbi prætor ius reddit *le. 1. Codice de confeſſ. lege 1. 3. & paſſ. eod.* Atqui ponimus pactum hoc conuentum fuiſſe extra iudicium, & inter priuatos. Non poteſt igitur qui pactus fuit haberi pro confeſſo.

Ratio decidendi. Nouatio non fit per tranſactionem, niſi cùm tranſactio fit per ſtipulationem & acceptilationem *dicta lege vbi pactum & dicta lege 2. Codice ſi aduerſus tranſact.* Itaque nec per tranſactionem, nec per pactum de quo agimus, fuit nouata actio iudicati, quæ iam extincta fuerat per appellationem *dicta leg. 1. §. vltimo ad Turpillianum.* nec rurſus actio quæ in iudicium fuerat deducta. Nam & hæc fuit nouata iam & extincta per iudicatum *lege vltima verſ. ſi enim. Codice de except. rei iudic.* Nec denique lis ipſa appellatoria, id eſt, appellatio fuit extincta per pactum, quia fuit nudum non ſtipulatione Aquiliana, & acceptilatione munitum. Supereſt igitur vt ei qui cum appellante pactus fuit, perinde licere debeat litem appellatoriam proſequi, ac ſi nullum pactum interceſſiſſet. Ac quoniam non ille huius pacti effectus eſſe poteſt, qui cæterorum eſſe ſolet, vt pariat exceptionem cùm ponamus initum fuiſſe pactum pro actore, qui proinde non exceptione indiget, ſed actione potiùs & perſecutione, vt ſuum conſequatur: Conſequens eſt ad hoc prodeſſe illud debere, vt iudex qui de appellatione cognoſcet, pronunciandum habeat aduerſus appellantem etiam non diſcuſſo negotio (quod alioqui exactè diſcuti oporteret, vt ſciretur an benè iudicatum eſſet an male) tanquam habens pro confeſſo eum qui pactus fuit de ſtando rebus iudicatis, ſi intra præſtitutum tempus non ſatisfaceret tranſactioni. Non vt ideò habeat eum pro iam condemnato, cùm non ſit confeſſus in iure, ſed vt eum condemnet pronunciando ſuper appellatione iuxta formam pacti, nec hoc rurſum quaſi ex pacto iſto potuerit naſci actio & ſequi condemnatio, ſed eo iure quo quiſquis iudex eſt, cogitur in ferenda ſententia id ſequi, quod inter litigantes conuenit vt pronuncietur *le. ſi conuenerit 26. de re iudic.* Proinde non reſſuſcitatur hoc caſu per pactum aliqua actio ſed tantùm lis appellatoria deciditur ex noua cauſa, nec tam quaſi incondemnatum aut condemnandum, quàm quaſi in conſentientem. Quiſquis enim iam condemnatus paciſcitur, vt ſi quid fiat vel non fiat, rebus iudicatis ſtetur, ſi non habendus eſt pro confeſſo in iure, negari tamen non poteſt quin fateatur ſe debitorem & benè condemnatum eſſe. Cuius porrò pacti & confeſſionis nulla eſſet vtilitas, ſi in cauſa appellationis negotium diſcuti oporteret. Quid enim aliud fieri poſſet, ſi pactum nullum interceſſiſſet?

a *Iuſtam conuentionem velut confeſſi ſequetur.* Id eſt, pronunciabit benè iudicatum, & conſequenter iudicatis ſtandum eſſe: quod is qui prouocauerat haud dubiè ita paciſcendo ſententiæ adquieuiſſe videatur. Nam & acquieſcit ille qui ſimpliciter diem petit ad faciendam ſolutionem *lege ad ſolutionem 5. C. de re iudic.*

2 ¶ Poſt diuiſionem bonorum, & æris alieni, ſinguli creditores à ſingulis heredibus, non interpoſitis delegationibus [a], inſolidum, vt conuenerat [b], vſuras acceptauerunt: actiones, quas aduerſus omnes pro partibus habent, impediendæ non erunt [c], ſi non ſinguli pro fide rei geſtæ aduerſus totum debitum ſingulis auferant [d].

Ad §. 2. Poſt diuiſionem.

Ratio dubitandi. Quamuis lex duodecim tabularum diuidat æs alienum defuncti inter coheredes pro hereditariis portionibus *lege 1. Codice ſi cert. pet. leg. 1. & 2. Codice ſi vnus ex pluribus hered. debit. vel credit.* ea tamen res non impedit quominus ab aliquo ex heredibus vel minus vel nihil omnino, vel etiam totum præſtetur, ſi ita conueniat inter eos & creditores, non ſolùm ſi delegationes mutuæ interuenerint, vt in *lege cum pater 77. §. hereditatem poſt mortem 18. de leg. 2.* ſed etiamſi nudum pactum de non petendo ab aliquo ex heredibus. Satisfactum enim eſt legi duodecim tabularum ſtatim atque in eo ſunt heredes omnes, vt pro hereditariis portionibus poſſint conueniri, nec illud etiam lex exigit vt omnimodo ſoluant, nec quicquam obſtat [illegible] omnibus aliquis ex heredibus habeat exceptionem pacti de non petendo,

Atqui

quàm cæteri non habent *lege auus 33. ſuprà hoc titulo.* Atqui in propoſita ſpecie creditores ſinguli a ſingulis heredibus vſuras in ſolidum acceptando, hoc ipſo pacti videntur de non petendo quicquam a cæteris a quibus nullas vſuras acceperunt: nam ex ſolutione vſurarum ſolet colligi argumentum, quid de ſorte ſenſerint paciſcentes *lege 4. §. vltimo ſupra hoc titulo. qui in futurum 57. infra eodem. lege 2. §. non malè de doli exceptione.* Ergo ſi poſtea ſinguli petant ſortem ab omnibus coheredibus pro portionibus hereditariis repellendi ſunt exceptione pacti ſaltem taciti de non petendo quantum ad eos qui vſuras nullas præſtiterunt.

Ratio decidendi. Videntur quidem pacti creditores acceptando vſuras à ſingulis coheredibus de non petendo à cæteris, ſed ſub ea conditione etiam tacita ſi iuxta fidem rei geſtæ ſinguli coheredes ſingulis creditoribus ſolidum debitum offerrent. Quod ni faciant conditionem illam tacitam pacti huius taciti deficere neceſſe eſt, ne alioqui maneant in damno creditores cùm ad exigendam in ſolidum ſortem ab iis qui ſolidas vſuras exſoluerint nulla actio poſſit competere non magis ex pacto inter coheredes in bonorum diuiſione adhibito, quàm ex ſola ipſa vſurarum præſtatione. Pactum enim quod inter coheredes, dum bona diuiderent, adhibitum fuit etiamſi vel in ipſo negotio vel incontinenti poſt diuiſionem actionem quidem inter eos parere poteſt, vt ſolent pacta omnia incontinenti poſt contractum bonæ fidei appoſita, ſed creditoribus actionem dare nullam potuit, quos non eo minùs neceſſe eſt agere contra coheredes omnes pro hereditariis portionibus ſi ſolidum conſequi velint *lege licet 23. Codice familia erciſcunda. lege ſi filia 20. §. Papinianus*, aliàs *lego ſi vni in principio. & §. item Papinianus eodem titulo. lege 2. in fine. Codice de hered. vel act. vendit.* iunct. *leg. ſi vnus 27. §. pacta in fino ſuprà hoc titulo.* Igitur pactum hoc de non petendo creditoribus aduerſus ſingulos agentibus pro portionibus hereditariis obiici non poteſt, tanquam deficiente, vt diximus, tacita ipſius conditione, ita vt nulla creditoribus replicatione opus ſit ad eam exceptionem elidendam. Tacitum enim pactum nullum eſt cuius conditio defecit *l. in perſona 30. §. vlt. ſ. eod.*

a *Non interpoſitis delegationibus.* Ergo ſi delegationes interpoſitæ fuiſſent, vt in *dicta lege cum pater 77. §. hereditatem de lege 2.* aliud eſſet. Tunc enim, & perempta eſſet per delegationem vetus obligatio hereditaria, & contracta noua per ſtipulationem, qua poſſet quiſque ex coheredibus proprio nomine, & ex propria ſtipulatione conueniri.

b *Vt conuenerat.* Inter coheredes ſiue præſentibus ſiue abſentibus creditoribus, quibus vtique non potuit quæri actio ex pacto coheredum, quibus nec aliqua fuit quæſita, niſi propter iunctam poteſtatem contractus diuiſionis cui pactum adhæſit *lege 7. §. quin imò & ſequentes ſuprà hoc titulo.* Nam nec creditoribus ſed ſibi ſtipulantur coheredes, cùm inuicem paciſcuntur, vt hic vel ille ſoluat creditoribus. Ideóque quamuis interſit ſingulorum vt pacto vel ſtipulationi ſatisfiat, & interſit etiam creditorum, nulla tamen actio creditoribus ex eiuſmodi conuentione acquiri poteſt. Acquiri ſane poſſet exceptio *l. & heredi 21. §. vlt.* ſ. Sed actione non exceptione indigent creditores vt ſuum conſequantur.

c *Impedienda non erunt* Per exceptionem taciti pacti de non petendo.

d *Totum debitum ſingulis offerant.* Ergo ſi ſinguli pro fide rei geſtæ totum debitum ſingulis offerant impediendi erunt creditores ſi ſinguli agere velint contra omnes coheredes pro hereditariis actionibus, & repellendi per taciti pacti exceptionem. Nec enim negari poteſt quin à ſingulis vſuras acceptando videantur feciſſe pactum de non petendo à cæteris ſub ea conditione ſi ſolidum debitum offerrent ij qui ſolidas vſuras præſtabant, quam conditionem exiſtere palàm eſt ſingulis ſolidum debitum offerentibus. Proinde non eſt verum, quod ad hunc locum notat Cuiacius, ſeruandam eſſe diuiſionem legis duodecim tabularum ſi delegationes pactum diuiſionis non ſequantur, quamuis creditores in accipiendis vſuris ſecuti ſint placitum diuiſionis. Debuerat enim addere quod lex addit, niſi ſinguli totum debitum offerant. Eo námque caſu non requirit Papinianus vt interueniant delegationes ad hoc vt impediantur actiones quæ contra heredes omnes competunt pro hereditariis portionibus: Quæ actiones non eſſent impediendæ per pacti exceptionem interpoſitis delegationibus, quia delegationes facerent vt nullæ competerent actiones, quas tamen præſuppponit Papinianus eſſe ſuperſtites cùm diſputat an per exceptionem pacti ſint impediendæ.

3 ¶ Pater qui dotem promiſit, pactus eſt, *vt poſt mortem ſuam in matrimonio, ſine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem ſuum fratrem remaneret:* ea conuentio liberis à ſocero poſtea ſuſceptis, & heredibus teſtamento relictis per exceptionem doli [e] proderit: cùm inter contrahentes id actum ſit, vt heredibus conſulatur: & illo tempore, quo pater alios filios non habuit [f], in fratrem ſuum iudicium ſupremum contuliſſe videatur.

Ad §. 3. Pater.

Ratio dubitandi. Pactum hoc expreſſim & nominatim relatum eſt ad perſonam fratris qui erat extraneus, id eſt, non in poteſtate paciſcentis. Ergo ab initio non valuit nec valere vllo caſu potuit, etiam ſi frater ille poſtea heres extitiſſet, *leg. ſi decem 17. §. ſi pactus ſim ſuprà eodem.* quia nec his qui in noſtra poteſtate ſunt prodeſſe poſſumus paciſcendo *leg. & heredi 21. §. nos autem eodem.* Multò minùs igitur poteſt valere vt proſit liberis à paciſcente poſtea ſuſceptis de quibus nihil in pacto dictum eſt *lege ſi vnus 27. paragrapho pacta in finem verſ. ante omnia eodem.*

Ratio decidendi. Collatum fuit pactum in perſonam fratris non tanquam fratris, ſed tanquam heredis futuri, id eſt, quem heredem habere ſperabat is qui paciſcebatur cùm nullos eo tempore liberos haberet. Deficientibus enim ſuis heredibus primæ partes ſunt fratris in ſuccedendo *l. 1. §. poſt ſuos de ſuis & legit.* Mirum ergo non eſt pactum valere, cùm liceat cuilibet non minùs heredibus ſuis, adeóque vni ex heredibus quàm ſibi proſpicere *l. ſi pactum 9. de probat. l. auus 33. in fin ſupr. hoc tit. l. auus 21 de pact. dot.* Et conſequenter prodeſſe non fratri qui heres non fuit, ſed liberis qui heredes reperiuntur. Nam & alij cuilibet heredi profuturum eſſet, etiam qui nominatus non eſſet. Perſona igitur fratris pro ſuperuacua habenda eſt, vt in *lege ſi ita 9. l. pater 23. eod. tit.*

e *Per exceptionem doli.* Quæ ſubſidiaria eſt exceptione pacti *lege reſcriptum 10. §. vltimo ſuprà hoc titulo.* Exceptio enim pacti hoc caſu locum habere non poteſt, quia de liberis poſtea ſuſceptis, neque dictum quicquam, neque cogitatum fuit. Sed exceptio doli locum habere poteſt, quia cùm fuerit cogitatum de herede vt ei pactum prodeſſet, liberi autem poſt ſuſcepti heredes reperiantur, æquè facit dolo malo & contra propriam conuentionem is, qui vult impedire ne dos remaneat penes liberos, atque ſi vellet facere ne penes fratrem eundémque heredem remaneret, quid enim refert mariti quis heres ſit ſoceri qui pactus fuit heredi ſuo?

f *Quo pater alios filios non habuit.* Puto abundare dictionem *alios* eámque conflatam ex corruptis duabus priori-

bus literis dictionis *filios* quæ ſequebantur, pro qua cùm cœpiſſet legi *alios* ſubiicienda fuit poſtea dictio *filios*, cùm appareret de ſolis liberis Papinianum intelligi poſſe, quibus tamen nullo modo conuenit vox illa *alios* ſiquidem dicto eſt implicatiua, filius autem alius nullus erat ſed frater. Hinc verò colligunt quidam, inter quos Carolus Molin. res in quemlibet collatas ab eo qui nullos tunc temporis liberos habebat, ſuſceptis poſtea liberis reuocari. Male, vt probauimus pluribus *libro 7. Coniecturarum caſu 15.* quod & Cuiacius hic ſentit. Nec enim ſuperuenientia liberorum nocet marito qui etiamſi nulli liberi ſuſcepti fuiſſent æquè coactus fuiſſet pati vt portio dotis apud heredem fratrem remaneret. Nec rurſus fratri qui ſi heres fuiſſet inſtitutis liberis exheredatis perinde vtilitatem pacti retinuiſſet, atque ſi liberi nulli ſuſcepti fuiſſent. Nec enim ius vllum habent liberi tanquam liberi, ſed tanquam heredes, vt probant verba illa *liberis à ſocero poſtea ſuſceptis & heredibus relictis.* Denique non reuocatur liberalitas quæ fuerat in fratrem collata, ſed quia non fuerat collata, adeóque nec poterat per pactum conferri in fratrem niſi tanquam in heredem, auferunt ei caſu illo quo non ſit heres & applicantur non ex cauſa ſucceſſionis hereditariæ, ſed per doli exceptionem liberis qui heredes inueniuntur.

41. Idem libro 11. Reſponſorum.

INtra illum diem debiti partem mihi ſi ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram, & te liberabo. licèt actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori conſtitit.

Ad l. Intra 41.

Ratio dubitandi. Ex pacto non poteſt quis ad aliud teneri, quam ad illud ipſum quod pacto comprehenſum eſt, ne alioqui conuentio in vna re facta noceat in altera *lege ſi vnus 27. §. pacta in fine ſupra hoc titulo.* Verba enim pactorum vt & ſtipulationum ſtricte ſunt accipienda ſaltem ad hoc vt pacti conuenti exceptio locum habere poſſit. Alioqui ſi verba deficiant non voluntas paciſcentium ad doli exceptionem recurrendum eſt, vt in *lege proxime precedenti §. vltimo.* Atqui in hac ſpecie non pactus eſt creditor ſe non petiturum, neque acceptum tulit, ſed promiſit dumtaxat ſe acceptulaturum, & debitorem ſuum liberaturum verbis in futurum, & de faciendo non de non faciendo conceptis. Ergo ſi pactum valeat, non ad aliud tamen poteſt creditor teneri, quam vt acceptum ferat, & liberet debitorem eo caſu quo debitor partem debiti ſoluat. Atqui non poteſt ea acceptilatio & liberatio extorqueri per viam exceptionis, ſed tantùm per viam actionis. Ergo vel pactum hoc inutile & nullius momenti eſſe dicendum eſt, vel ad dandam actionem prodeſſe. At rurſum non poteſt ex pacto nudo dari actio. Relinquitur ergo vt hoc pactum inutile ſit. Nam quod nonnulli dicunt eſſe illud veſtitum, vt loquuntur, traditione partis debiti non poteſt verum eſſe, cùm propoſitum factum ante traditionem partis debiti non in ipſa traditione, quo demum tempore neceſſe eſt fieri ea quæ traditione veſtiri dicuntur de quibus in *lege in traditionibus 48. infra hoc titulo.* vbi docebimus quod ea lex ait ſeruanda eſſe pacta omnia quæ fiunt in traditionibus rerum, reſtringi debere ad eum caſum quo quis paciſcatur tradendo rem ſuam non quo quis tradat rem alienam, aut ſibi debitam: quo modo tradit is qui debitæ à ſe quantitatis partem ſoluit.

Ratio decidendi. Quamuis verba pacti non loquantur niſi de acceptilatione & liberatione facienda, quam vt facere quis cogi poſſit, actione non exceptione opus eſt, ex pacto autem nudo quale iſtud eſt, actio non naſcatur, Pacti tamen exceptionem huic debitori competere æquum eſt, ex paciſcentium voluntate quæ proculdubio illa fuit, vt ſi debitor partem debiti ſolueret, de reſiduo conueniri non poſſet. Nam quemadmodum plus eſt liberari quem ipſo iure per acceptilationem quam ope exceptionis per pactum de non petendo, ita & plus promittit ſe acceptolaturum aduerſario eúmque liberaturum, quàm qui promittit ſe non petiturum. Sicut igitur dicimus abſurdum eſſe ſi cui licet quod plus eſt, non liceat quod eſt minus *lege non debet cui 21. de regulis iuris.* Ita & fateodum eſt ei cui acceptilatio promiſſa eſt, non poſſe denegari exceptionem taciti pacti de non petendo. Quid enim amplius habet is cui acceptilatio inutilis facta eſt Et tamen ex ea cauſa competere pacti de non petendo exceptionem conſtat ex *lege ſi vnus 27. §. penultimo.* vbi dixi ſ. *eod.*

42. IDEM libro 17. Reſponſorum.

INter debitorem, & creditorem conuenerat, *vt creditor onus tributi prædij pignerati non adgnoſceret, ſed eius ſoluendi neceſſitas debitorem ſpectaret*: talem conuentionem, quantum ad fiſci rationem [a], non eſſe ſeruandam reſpondi: pactis etenim priuatorum formam iuris fiſcalis [b] conuelli non placuit.

Ad l. Inter debitorem. 42.

Ratio dubitandi. Tributi ſoluendi neceſſitas ex ratione iuris ſpectat ad prædij poſſeſſorem *lege vltima & toto titulo. Codice ſine cenſ. vel reliq.* Atqui debitor poſſeſſor eſt prædij pignorati, non creditor. Nec enim poteſt dici creditor pignus poſſidere cum alieno, id eſt, ipſius debitoris nomine poſſideat *lege pignori 13. de vſucapione.* Ergo ad debitorem pertinet neceſſitas ſoluendi tributi, etiamſi nihil de eo dictum ſit. Quantò magis ſi pactum expreſſum in eam rem interuenerit?

Ratio decidendi. Poſſeſſio pignoris tranſit ad creditorem *lege cùm & ſortis 35. §. vltimo de pign. act.* in quo differt pignus ab hypotheca, vt ſcripſi ad *le. ſi decem 17. §. de pignore ſup* & quamuis non ideò creditor dicatur pignus poſſidere abſolutè *lege fœnendum 15. §. creditor qui ſatiſd. cog.* quia poſſidere eſt ſibi habere. Creditor autem non ſibi habet, ſed domino, id eſt, debitori *dicta lege pignori.* Verum tamen eſt debitorem [illegible] pignori rem dedit, ad vſucapionem tantùm poſſidere [illegible] quod autem ad reliquas omnes cauſas pertinet, poſſidere eum qui pignori accepit *lege ſerui nomine 16. de vſucapione.* Nec ſanè poteſt conſtitui eadem cauſa creditoris, & cæterorum qui non tam poſſidere quàm in poſſeſſione eſſe dicuntur, de quibus in *l. ſi quis ante 10. §. 1. l. quod meo 18. de acquirend. poſſeſſ.* Non enim poteſt debitor auferre creditori poſſeſſionem etiamſi maximè velit, niſi oblato prius omni eo quod debetur *l. ſi rem 9. §. omnis de pign. act.* adeò vt interim creditor fructus percipere poſſit, eóſque ſuos facere tanquam qui ſit bonæ fidei poſſeſſor, licèt cogatur eos imputare in ſortem, aut quatenus ſortem excedunt reſtituere pignoratitia actione *lege 1. & paſſ. Codice eod.* Ergo ad creditorem non ad debitorem ſpectat onus ſoluendi tributi: Præſertim cùm tributa ſoleant præſtari non tam pro dominio quàm pro fructibus, in quorum perceptione præcipua conſiſtit vtilitas poſſeſſionis.

a *Quantum ad fiſci rationem.* Nam quantum ad ipſos contrahentes aut paciſcentes valebit pactum *l. epiſtola 52. §. pactum vbi rationem adferemus ſ. h. tit.*

b *Formam iuris fiſcalis.* Ius fiſcale eſt ius priuatum fiſci,

hoc

hoc eſt quo fiſcus vitur proprio quodam & ſpeciali priuilegio. Ideóque benè Cuiacius monet nihil hanc legem pertinere ad *leg. ius publicum 78. ſuprà hoc titulo.* Illa enim eſt de iure publico & communi, hæc verò de iure fiſcali quod non commune, ſed proprium fiſci eſt. Sed quemadmodum ius publicum pactis priuatorum lædi aut mutari non poteſt, quia non de re ſua, ſed de aliena paciſcitur qui de iure publico paciſcitur, vt ad eum locum diximus, ita nec ius fiſcale conuelli pactis aliorum non tanquam quod ſit ius publicum, ſed quia quod fiſci eſt, non magis paciſcentium eſt quàm ſi eſſet priuati cuiuſlibet. denique eo iure quo conuenit inter alios facta aliis nocere, nec poteſt nec debet *l. ſi vnus 27. §. pacta in fin. ſ. h. tit. l. 1. & paſſ. C. res int. alios act.* Nam quod priuato nemini noceret, cur noceбit fiſco qui priuatis omnibus fauorabilior eſt? Certe non illi ſunt fauorabiliores fiſco.

43. Pavlvs libro 5. Quæſtionum.

IN emptionibus, ſcimus, quid præſtare debitor [c] debeat [d], quidque ex contrario emptor [e], quòd ſi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id ſeruari debebit.

Ad l. In emptionibus 43.

Ratio dubitandi. Quod emptor & venditor ſibi inuicem præſtare debent actionibus empti & venditi, id omne ex bona fide eſt, quia huiuſmodi actiones ſunt bonæ fidei *§. actionum. Inſtitut. de action.* Ergo ſi quid in contrahendo excipiatur vel adiciatur, id neceſſe eſt contra bonam fidem eſſe, & contra naturam contractus, ac proinde non valere vt puta ſi conueniat vt emptor rem amittat, & nihilominùs venditor pretium retineat *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. de act. empt.*

Ratio decidendi. Poſſunt multa in pactum deduci, quæ nec ſint contra bonam fidem, nec contra naturam contractus, ſed præter naturam dumtaxat contractus: vt putà, ne cautio duplæ præſtetur, aut vt cum fideiuſſore præſtetur, quorum pactorum prius eſt detrahens, poſterius verò adiciens *leg. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Neutrum verò bonæ fidei repugnat. Imò ex bona fide eſt pacta omnia ſeruari, niſi aliquid iniqui emergat, quale illud eſſet ſi alteruter ex contrahentibus & rem & pretium retineret, aut re & pretio frueretur *dicta lege ex empto. §. vltimo dicta lege bona fides. leg. curabit 5. Codice eodem.* Huiuſmodi namque pactum verè eſſet contra bonam fidem, & conſequenter contra naturam contractus. Alia ſunt præter & extra vt loquitur Vlpianus in *leg. 7. §. quinimo. ſuprà eodem.* non contra, quod longè diuerſum eſt *lege nec non 28. paragrapho quod eius infra ex quibus cauſ. maior.*

c *Debitor.* Legendum omnino eſt *venditor*, vt benè docuit Cuiacius ad hunc locum, & ad *l. 14. §. ſecundum. hac. quod met. cauſ.*

d *Quid præſtare venditor debeat.* De quo agitur in *dicta lege ex empto 11. de action. empt. leg. ſi in venditione 60. de euict.*

e *Quidque ex contrario emptor.* De quo tam in *d. l. ex empto*, quam in *l. Iulianus 13. § ex venditio 19. & § quenitb. eod. tit. de action. empt.* Iunge quæ diximus de pactis adiectis contractui, ad *d. l. 7. §. quinimò, & ſeq. ſ. h. tit.*

44. Scævola libro 5. Reſponſorum.

CVm in eo eſſet pupillus, vt ab hereditate patris abſtineretur, tutor cum pleriſque creditoribus decidit, *vt certam portionem acciperent*: idem curatores cum aliis fecerunt. quæro, an tutor idémque creditor patris eandem portionem retinere debeat? Reſpondi, eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem parte contentum eſſe debere.

Ad l. Cùm in eo 44.

Ratio dubitandi. Nemini ſuum officium debet eſſe damnoſum *lege videlicet 27. ex quibus cauſ. maior. leg. ſed ſi quis ex ſignatoribus 7. teſtam. quemadmod. aper.* nec proinde tutori nocere debet proprio nomine quod in re pupilli fecit tanquam tutor *lege tutorem 22. de his quæ vt indign.* Ne alioqui minùs diligens tutor fiat in procuranda vtilitate pupilli aduerſus alios ſi ſciat futurum vt eandem conditionem ſubire cogatur: atque ita eueniat vt quod nimis fauorabiliter pro pupillis inducitur, in perniciem eorum retorqueatur *lege penultima. Codice ad Senatuſconſultum Trebellianum. leg. aut prætor 7. aliàs leg. etſi ſine. §. quæſitum de minor.* Ergo pactum quod pupilli nomine tutor fecit cum aliis pupilli creditoribus non debet ei nocere proprium creditum aduerſus eundem pupillum perſequenti, tanquam ſi inter alios initum proponeretur *lege ſi vnus 27. §. pacta, in fine. ſuprà hoc titulo.* Nec enim fieri poteſt vt idem tutor in eodem negotio quod habet cum pupillo, & ſuam & pupilli ſimul perſonam gerat, id eſt, vt cum ſeipſo pupilli nomine paciſcatur. Non magis quàm vt in re pupilli & emptoris & venditoris officio fungatur *lege 5. §. pupillus. de autorit. tutor. lege ſi in emptione 34. §. vltimo de contr. empt. leg. & qui ſub imagine 10. Codice de diſtr. pignor. leg. ſi plures 9. ſuprà hoc tit.*

Ratio decidendi. Tutor in re pupilli cogitur præſtare eam bonam fidem & diligentiam quam diligentiſſimus quiſque paterfamilias in rebus ſuis præſtaret. *lege à tutoribus 33. de adminiſtratione tutorum.* Ergo quod bona fide cum aliis geſſit pupilli nomine, & commodo, illud ipſum in perſona ſua improbare non poteſt. Exemplo eius qui in alium ſtatuit aut impetrauit ius iniquum, quo etiam ipſe vti cogitur *lege 1. & toto titulo ſupr. quod quiſque iur.* In propoſito enim hoc amplius eſt quod non ſolum proprium tutoris factum ei nocet, ſed etiam factum & conſenſus aliorum creditorum, quorum maior pars illa eſt quæ legem exteris dare ſolet *lege 7. §. vltimo. leg. 8. 9. & 10 ſuprà eodem.* Iunge *leg. cum hereditas 59. de adminiſtr. tutor.*

45. Hermogenianvs libro 2. Iuris Epitomarum.

DIuiſionis placitum, niſi traditione, vel ſtipulatione ſumat effectum [a] ad actionem, vt nudum pactum, nulli prodeſſe poterit.

Ad l. Diuiſionis 45.

Ratio dubitandi. Diuiſio vicem obtinet emptionis *leg. 1. Codice commun. vtriuſque iudic.* Atqui emptio perficitur ſolo conſenſu, neque aut traditionem requirit, aut ſtipulationem *§. cùm autem. Inſtitut. de empt. & vendit.* Ergo & placitum diuiſionis ad actionem prodeſſe debet, etiamſi neque traditio interuenerit, neque ſtipulatio.

Ratio decidendi. Diuiſio cùm perfecta eſt vicem em-

ptionis obtinet, non priùs quàm ſit perfecta. Non poteſt autem videri perfecta priuſquàm ſecuta ſit traditio per quam dominium hinc inde transferatur: eſt enim tota in eo vis & poteſtas diuiſionis, vt rem quæ anteà inter plures communis erat tota, faciat eam cuiuſque pro parte, quod & nomen ipſum diuiſionis ſonat, & conſequenter vt mutua dominij tranſlatio fiat: quæ porrò fieri non poteſt citra traditionem *l. traditionibus* 20. *C. h. tit.* At in emptione non id agitur vt dominium transferatur, niſi per conſequentias ſi venditor cùm tradet erit dominus *l. ex empto* 11. §. 1. *de act. empt.* Vnde eſt quod etiam alienæ rei venditio valet *leg. rem alienam* 28. *de contrah. empt.* cùm tamen aliena res diuidi non poſſit, vt neque permutari *l.* 1. §. *ideóque. de rer. permutat. l. ſi filia* 20. §. *ſi paterfamil. erciſc.* Quod ſi diuiſio non traditione ſumpſerit effectum, ſed ſtipulatione firmata ſit conuentio diuiſionis (non tam enim diuiſio quàm diuiſionis conuentio illa eſt & placitum, vt hæc lex ait) dabitur actio ex ſtipulatione, non tanquam ex contractu diuiſionis, ſed tanquam ex ſtipulatione ad hoc vt diuiſio fiat. Si neque traditio, neque ſtipulatio interuenerit, pactum nudum eſt, quod ad agendum prodeſſe non poteſt *lege* 7. §. *quinimò. ſuprà hoc titulo. lege* 1. *Codice de pact. conuent. tam ſup. dot.* Et conſequenter quod eſt inutile, quia licet poſſit parere exceptionem, nihil tamen id prodeſt ei qui actione indiget non exceptione, vt pacti effectum conſequatur *lege cùm proponas* 21. *Cod. hoc tit.*

a *Niſi traditione ſumat effectum.* Malè nonnulli hoc referunt ad id quod ſcriptum eſt in *lege* 48. *infrà eodem.* In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit id omnino valere. Aliud enim eſt tractare de pacto quod quis fecerit in tradendo rem ſuam, de qua ibi agitur. Aliud verò de pacto quod traditio ſequatur, de quo in hac lege. Priore caſu traditio dat vires pacto vt poſſit etiam actionem parere *lege vltima. Codice de rerum permutatione. l. legem* 9. *Codice de don.* Poſteriore verò caſu traditio dat effectum pacto vt ei qui pactus fuit, nec agere ſit neceſſe, cùm iam habeat quicquid pacto conuenerat, nec ampliùs quicquam eius interſit.

46. TRYPHONINVS libro 2. Diſputationum.

PActum inter heredem, & legatarium factum, *ne ab eo ſatis accipiatur*, (cùm in ſemeſtribus relata eſt conſtitutio Diui Marci, ſeruari in hoc quoque defuncti voluntatem) validum eſſe conſtat, nec à legatario remiſſa heredi ſatiſdatio per pactionem, ex pœnitentia reuocari debet: cùm liceat ſui iuris perſecutionem, aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere.

Ad l. Pactum 46.

Ratio dubitandi. Neceſſitas ſatiſdandi legatorum, vel fideicommiſſorum nomine eſt ex iure publico & communi *lege auia* 77. *in fin. de condic. & demonſtr.* Namque ex Prætoris edicto quo expreſſim id conſtitutum eſt *lege* 1. *& toto titulo. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Ergo pactum quod inter legatarium & heredem factum ne legatario heres hoc nomine ſatiſdare teneatur, non poteſt valere tanquam iuri publico contrarium *lege Ius publicum* 38. *ſuprà hoc titulo.* Non enim alia ratio fuit huius ſatiſdationis iniungendæ quàm voluntatis defuncti tuendæ gratia *l.* 2. *Cod. vt in poſſ. legat.* in quo fauor non tantùm legatarij, ſed etiam publicus verſatur *l. vel negare* 6. *teſtament. quemadm. aper.*

Ratio decidendi. Defuncti voluntatem erga legatarium ſeruari, intereſt quidem reipublicæ, ſed ita demum ſi legatarius velit. Nec enim id agit, aut lex, aut teſtator, vt legatum omnimodo acquiratur, vel præſtetur legatario, ſed ita demùm ſi voluntas legatarij concurrat *lege ei qui* 13. *de condic. inſtitut. lege ſi hereditatem* 32. *mand. leg. legatarius* 38. *de legat.* 1. At neque quicquam facit legatarius contra voluntatem teſtatoris, cùm remittit ſatiſdationem heredi, quia ponimus non fuiſſe heredem à defuncto grauatum vt ſatiſdaret, ſed tantùm vt legatum præſtaret, quod fieri nihil vetat etiamſi ſatiſdatio non præſtetur, quod ſi hoc quoque teſtator addidiſſet, vt legati nomine ſatiſdaretur, cùm tamen non niſi fauore legatarij à teſtatore id adiici poterit, perinde permittendum eſſet legatario remittere cautionem, cùm liceat cuilibet iuris ſui perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis, vt hæc lex ait, deteriorem conſtituere *lege penultim. Codice hoc titulo.* Non enim hac in re quicquam fit contra ius publicum, ſiquidem ponimus factam eſſe pactionem eo tempore quo iam fuerit ſatisfactum edicto, id eſt, quo iam cœperit ius competere legatario petendæ ſatiſdationis, quod ſufficit. Hoc enim eſt quod agit Prætor, vt petenti legatario ſatiſdare heres teneatur, non etiam ſi legatarius nolit, quia malit, ſcilicet ſequi fidem heredis, ſciátque aut putet ſatis eſſe rem in tuto ſine ſatiſdatione. Diuerſum eſſet ſi viuo teſtatore talis pactio inter futurum heredem & futurum legatarium facta proponeretur: eſſet enim illa proculdubio contra ius publicum, quia edicti prætorij poteſtatem, quantum in paciſcentibus eſſet, [illegible] ūro edicto Prætoris non priùs poſſit eſſe locus, quàm teſtator deceſſerit, quia nec priùs heres quis eſſe poteſt *lege prima de hered. vel action. vendit. leg. prima pro hered. lege vltima de ſuis & legitim.* Ex quo apparet quàm grauiter lapſus ſit Cuiacius, qui ad hanc legem ſcripſit, Poſſe hodie falcidiam remitti pacto ſine ſtipulatione, contrà quam ſit relatum in *lege quod bonis* 15. §. 1. *ad legem falcidiam.* poſtquàm placuit Iuſtiniano Nouell. 1. vt teſtamento prohiberi poſſit. Nam quod pro certiſſimo principio aſſumit, quicquid poteſt fieri teſtamento poſſe fieri & pacto, verum quidem eſt in ſpecie huius legis, & in omnibus ſimilibus, id eſt, quoties de eo pacto agitur, quod ſit interpoſitum mortuo iam teſtatore & eo tempore quo iam ſatisfactum ſit iuri publico, at non ſimiliter ſi pactum initum ſit ante mortem teſtatoris, quæ tamen ſpecies eſt, de qua Papinianus reſpondit in *dicto paragrapho* 1. *lege* 15. *ad legem Falcidiam.* quoniam eo caſu ius publicum offenditur, cuius præcipuam rationem haberi ſemper oportet. Nihílne ergo proderit ad tale pactum confirmandum quod Iulianus conſtituit vt falcidia prohiberi poſſit? Nihil penitus. Nam nec bonum eſſet argumentum, quo vtitur in hac lege Tryphoninus, vt poſſit per pactum legatarij ſatiſdatio remitti, quod Diuus Marcus in Semeſtribus conſtituerit vt teſtamento remitti poſſit, ſi ageret de pacto, inter heredem & legatarium interpoſito ante mortem teſtatoris. Eſt enim faciliùs vt permittatur teſtatori de hereditate & legato diſponere pro arbitrio etiam contra formam edicti ex qua parte nihil Prætor edicit niſi voluntatis tuendæ gratia *dicta lege* 2. *Codice vt in poſſ. leg.* quàm vt permittatur futuro heredi, & futuro legatario paciſci de re quæ adhuc ſit aliena, & feſtinare contra ius aut gentium aut ciuile, vt in *lege donari* 29. §. 1. *de donat. & dicta lege quod bonis* 15. §. 1. *ad legem Falcidiam.* Idem enim fauor qui exorſit edictum & beneficium Prætoris, vt voluntas defuncti conſeruaretur, non patitur vt quicquam fiat contra voluntatem teſtatoris qui teſtamento ſatiſdationem remiſſam eſſe voluit non aliter fortaſſe legaturus. Quæ ſententia & ratio eſt *dicta lege* 2. *& dicta lege auia* 77. *de condic. & demonſtr.* Faciliores enim ſunt teſtatorum in rebus ſuis legandis, quàm in onerandis heredibus voluntates *lege vnum ex familia* 67. §. *ſi rem de leg.* 2. Legatum aut fideicommiſſum onus eſt hæreditatis potiùs quàm heredis *lege legatum eſt delibatio* 116. *de leg.* 1. At ſatiſdationis præſtandæ neceſſitas onus eſt heredis, cui non ſemper

per tam facilè eſt inuenire fideiuſſorem *l. 2. §. ſed ſi dubitetur de iudic.* Ideóque dicimus non facilè quemquam onerandum ſuperuacua cautione *l. hac ſtipulatio 14. §. 1. vt legat, ſeru. cauſ. caueat.*

47. SCÆVOLA lib. 1. Digeſtorum.

EMptor prædij viginti cauerat *ſe ſoluturum*, & ſtipulanti ſpoponderat: poſteà vendicauit ſibi conueniſſe, *vt contentus eſſet tredecim: & vt eà intra præfinita tempora acciperet:* debitor ad eorum ſolutionẽ conuentus pactus eſt, *ſi ea ſoluta intra præfinitum tempus non eſſent, vt ex prima cautione ab eo petitio eſſet,* quæſitum eſt, an cum poſteriore pacto ſatisfactum non ſit, omne debitum ex prima cautione peti poteſt? Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponerentur poſſe.

Ad l. Emptor 47.

Ratio dubitandi. Pactum illud poſterius quo conuenit inter venditorem & emptorem, vt ſi tredecim illa, de quibus in priore pacto fuerat actum ſoluta intra præfinitum tempus non eſſent, ex prima cautione petitio eſſet viginti aureorum, fuit nudum, quia neque ſtipulatione munitum fuit, neque in continenti, ſed ex interuallo appoſitum, vt proinde cohærentiâ contractus confirmari, & vt loquuntur, veſtiri non potuerit. Atqui ex pacto nudo agi non poteſt. Ergo fieri non poteſt vt ex huiuſmodi pacto debeat venditor habere actionem contra emptorem ad viginti.

Ratio decidendi. Non datur hæc actio venditori contra emptorem ex pacto, ſed ex prima ſtipulatione quæ per prius pactum nec fuit ſublata ipſo iure, nec tolli potuit. Fuit ſanè elidenda per exceptionem ſi venditor non obſtante pacto quo conuenerat, vt contentus eſſet tredecim, petere viginti perſeueraſſet. Sed cùm non petierit, niſi tredecim & iis non ſolutis conuenerit, vt ſi ad aliam diem certam non ſoluerentur, ex prima cautione petitio eſſet, apparet nihil fieri contra conuentiones iſtas, cùm venditor impleta poſterioris pacti conditione petit viginti ex ſtipulatione. Si prima illa actio ſublata eſſet, vtique non poſſet noua naſci ex pacto poſteriore quod nudum eſt. Nec enim poſſum admittere quod vult Cuiacius ad hunc locum. Pactum quo contractus ſuæ formæ redditur, etiamſi ex interuallo adiectum ſit, ineſſe, vímque ſuam exercere nullis replicationibus oppoſitis. Id enim falſum eſt etiam in bonæ fidei iudiciis, ſi tota actio priſtina per prius pactum ſublata fuit. Verum eſt tamen eo demum caſu quo bonæ fidei actio ſuperſit. *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. verſicul. idem dicemus vſque ad fin. ſupr. hoc titulo.* Sed contractus de quo in hac lege agitur non eſt bonæ fidei, ſed ſtricti iuris, ſtipulationis ſcilicet non emptionis. Etſi enim proponebatur factam eſſe emptionem, ſubſecuta tamen ſtipulatione ex parte emptoris pro pretio non tam emptio quàm ſtipulatio dici debet is contractus, vt fit cùm quis mutuam pecuniam dedit, & ſtipulatus eſt eam ſibi reddi *lege 5. §. 1. cum lege ſequenti de nouat.* Ergo quamuis prior actio non ſit ipſo iure ſublata, fieri tamen non poteſt, vt poſterius pactum ex interuallo appoſitum ei inſit, reddatque ſtipulationem primæ ſuæ formæ, quominùs neceſſaria ſit replicatio poſterioris pacti aduerſus exceptionem ex priore pacto competentem *dicto §. pactus in principio.* Nam agente venditore, petentéque viginti ex ſtipulatione, non poteſt Prætor denegare emptori exceptionem pacti quo conuenerat, primùm vt tredecim tantùm præſtaretur, quod pactum non de alio eſt, quàm de reliquis non petendis, cùm ad petenda tredecim ſufficeret actio ex ſtipulatione per quam tredecim fuerant promiſſa. Neque verò quiſquam dixerit peti ea ex priore pacto. Oppoſita autem per emptorem exceptione pacti prioris, vtique neceſſaria eſt venditori eidémque ſtipulatori replicatio ad eam explicationem elidendam: cùm pactum poſterius non poſſit eam vim habere, vt tollat prius ipſo iure, ſed tantùm vt elidat per replicationem *dict. §. pactus.* Decepit Cuiacium quod nulla hic apud Scæuolam fit mentio replicationis aut exceptionis nec animaduertit morem illum eſſe ſolennem & perpetuum Scæuolæ, vt non reſpondeat niſi de eo de quo fuit interrogatus, in propoſito autem de illo tantùm fuerat interrogatus, an ex prima cautione omne debitum petere ſtipulator poſſet, non etiam de illo, an aduerſus eam actionem poſſet aliqua opponi exceptio, & an aduerſus exceptionem replicatio. Itaque hoc tantùm reſpondet, ſtipulatorem omne debitum petere poſſe, nec addit neceſſariam ei eſſe replicationem quæ nec ſanè eſt abſolutè neceſſaria, ſed eo tantùm caſu, quo velit emptor idémque promiſſor mala fide tueri ſe exceptione ex priore pacto.

1 ¶ Lucius Titius Gaium Seium menſularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta, & data, debitorem ſibi conſtituit, & ab eo epiſtolam accepit in hæc verba: *Ex ratione menſæ, quam mecum habuiſti in hunc diem, ex contractibus plurimis remanſerunt apud me ad menſam meam trecenta octoginta ſex, & vſuræ, quæ competierint, ſummam aureorum, quam apud me tacitam habes, refundam tibi, ſi quod inſtrumentum à te emiſſum, id eſt, ſcriptum, cuiuſcumque ſumma ex quacumque cauſa apud me remanſit: vanum, & pro cancellato habebitur.* Quæſitum eſt, cùm Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario mandauerat, vti patrono eius trecenta redderet: an propter illa verba epiſtolæ, quibus, omnes cautiones ex quocunque contractu vanæ, & pro cancellato vt haberentur cautum eſt: neque ipſe, neque filij eius nomine conueniri poſſunt? Reſpondi, ſi tantùm ratio accepti, atque expenſi eſſet computata, cæteras obligationes manere in ſua cauſa.

Ad §. Lucius 1.

Ratio dubitandi. Verba illa epiſtolæ ſunt maximè generalia quibus conuenit vt cautiones omnes ex quocunque contractu vanæ & pro cancellatis haberentur. (ſic enim legendum puto.) Ergo omnem omnino debiti ſpeciem comprehendunt, & conſequenter pariunt exceptionem aduerſus petitionem quamlibet ex quacunque cauſa. Dici enim ſolet, quod & verum eſt verba vniuerſalia & generalia complecti caſus etiam improprios quamuis non expreſſos.

Ratio decidendi. Quamuis verba ſint generalia, inſpiciendum tamen eſt pro eorum interpretatione quid actum ſit. *lege ſemper in ſtipulationibus 34. de regulis iuris.* Quid autem actum ſit colligendum eſt ex cauſa & initio pacti, in propoſito autem apparet ex præfatione epiſtolæ cauſam pacto illud dediſſe, quod Lucius Titius implicitam habebat rationem propter accepta inuicem & data. Sic enim habet præfatio, *ex ratione menſæ quam mecum habuiſti in hunc diem*, quæ præfatio ſicut maximè attendenda eſt ad mentem paciſcentium adſequendam, argument. *lege vltima de hered. inſtitu. leg. Titia 134. §. idem reſpondit. de verborum obligatione.* Ita oſtendit manifeſtè accepti atque expenſi rationem tantùm eſſe computatam, cæteras verò obligationes manere in ſua cauſa. Nunquam

quam enim verba quantumuis generalia extendi poſſunt ad caſus, de quibus non fuerit cogitatum *leg. tres fratres 35. ſuprà hoc titulo. l. cum Aquiliana 5. l. qui cum tutorib. 9. §. 1. & ſeq. ͡j. tit. 1.*

48. GAIVS lib. 3. ad Leg. 12. Tabularum.

IN traditionibus rerum quodcumque [a] pactum ſit, id valere manifeſtum eſt.

Ad l. in traditionibus 48.

Ratio dubitandi. Traditio nihil aliud eſt niſi datio & tranſlatio poſſeſſionis *lege 3. in principio* iunct. *leg. 1. de action. empt.* pactum verò nihil niſi duorum pluriúmve conſenſus *lege 1. ſuprà hoc titulo.* Nihil ergo commune habet traditio cum pacto. De ea ſiquidem traditione loquimur, quæ per ſe ſubſiſtat & fiat ex alia cauſa quam pacti, id eſt, quæ præcedat pactum non quæ ſequatur ad hoc vt pacto det effectum: (Alius enim tractatus eſt de traditione quæ fiat implendi pacti gratia, qualis illa eſt de qua diximus in *leg. diuiſionis 45. ſupr. hoc titulo.*) Conſequenter non poteſt dari actio ex hoc pacto cùm ſit nudum, nulla ſcilicet interpoſita ſtipulatione, quam cùm potuerit interponere is qui pactus fuit ſi voluiſſet, imputare ſibi debet cur non fecerit.

Ratio decidendi. Quoties quis rem ſuam tradit certa lege certóque pacto incontinenti adhibito non poteſt dici pactum illud nudum, ſed potiùs lex traditioni dicta *leg. rebus 6. lege vltima. Codice de rerum permutatione. lege 1. Codice de pactis conuent. tam ſupra dot. leg. legem 9. leg. cum res 22. Codice de donat.* quam legem haud dubiè ſeruari oportet, ſi neque legibus neque bonis moribus repugnet, ne alioqui decipiatur is qui bona fide contraxit & rem ſuam tradidit, non aliter traditurus, neque contracturus *l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vend.*

a *Quodcunque.* Id eſt etiam quod alioqui non valeret, putà per quod retineat quis ſibi inutilem ſeruitutem, quam alioqui etiam per ſtipulationem ſibi conſtituere non poſſet *lege quoties is.* iunct. *leg. ci fundo 19. de ſeruit.* Aut ne contra eum fundum, quem venditor ſibi retinuit cùm alium venderet, piſcatio thynnaria exerceatur, vt in *leg. venditor 13. commun. præd.* vbi dicitur hanc conuentionem ſeruandam eſſe ſiue per ſtipulationem facta ſit ſiue per formam legis venditioni dictæ, quamuis mari quod naturâ omnibus patet ſeruitus priuata lege imponi non poſſit: Cæterùm illud ſemper obſeruandum eſt ne aut legibus aut bonis moribus, aut bonæ fidei, ſi contractus talis fuit, aut denique, vt dicam generaliùs, ne ipſius contractus naturæ & ſubſtantiæ pactum repugnet. Alioqui non poteſt valere, ſed vel vitiatur, vel vitiat, vel ſaltem contractum transformat. Exempla petenda ſunt ex *le. rogaſti 11. §. ſi tibi de rebus creditis. lege cùm precario 12. de precar. leg. ex empto 11. §. vltimo. lege bona fides 50. de act. empt. leg. Lucius 24. depoſ. leg. cùm dotem 10. C. de iur. dot.* Exceptio vna ſubiicienda eſt ex *l. quòd ſi locus 11. de relig. & ſumpt. funer.* quæ lex ſpecialem habet rationem de qua ad eum locum dicemus.

49. VLPIANVS libro 4. ad Sabinum.

SI quis crediderit pecuniam: & pactus ſit, *vt quatenus facere poßit debitor, eatenus agat*, an pactum valeat? & magis eſt, hoc pactum valere: nec enim improbum, & ſi quis hactenus deſideret conueniri, quatenus facultates.

Ad l. Si quis crediderit 49.

Ratio dubitandi. Priuilegium eſt vt debitor non conueniatur in ſolidum, nec ſuprà quàm facere poſſit. Ideóque non niſi certis perſonis hoc conceſſit ciuilis legiſlator, quarum cauſa viſa eſt fauorabilior quàm cæterorum debitorum *lege maritum 12. cum ſex ſequent. infrà ſolut. matrim. leg. ſunt qui 16. cum nouem ſequent. de re iudic.* Atqui non priuati hominis eſt, ſed legis, dare alicui priuilegium: quod nec vnquam lex dat niſi ex magna cauſa propterea quod priuilegia omnia ſunt odioſa, & prohibita per legem duodecim tabularum iis verbis, *priuilegia ne irroganto*, vt dixi ad *ad legem ſuprà 16. de legibus.* Ergo non poteſt pactum valere quo conuenit inter creditorem, & debitorem ne debitor ſupra facultates ſuas teneatur. Alioqui euenire videbitur vt priuatorum cautiones legum autoritate cenſeantur quod abſurdum eſt *l. vlt. de ſuis & legit.* Adde quod non valet pactum contrarium, ſi conueniat vt in ſolidum teneatur is, cui lex priuilegium dat ne teneatur ſuprà quàm facere poſſit. *l. alia 14. §. 1. ſolut. matrim.*

Ratio decidendi. Nihil fit contra leges aut contra bonos mores, cùm debitor paciſcitur, ne ſupra facultates ſuas conueniatur, quia nullius intereſt præterquam creditoris, qui ſi aliquid de iure ſuo velit remittere & debitori ſuo indulgere laudandus magis quàm reprehendendus aut impediendus eſt. Diſplicet enim legibus creditor nimis ſeuerus & oneroſus, vt & debitor nimis delicatus, Nec tam priuilegium hoc dicendum eſt, quàm remiſſio iuris creditori competentis, cùm non à iure proficiſcatur, ſed a ſola creditoris voluntate, cui vtique licet iuris ſui perſecutionem facere deteriorem *lege pactum 46. ſuprà eodem lege penultima. Codice eodem.* Eſtque longè diuerſa ratio pacti contrarij quod diximus non valere. Ideo enim non valet, quia eſt contra bonos mores, cùm lædat reuerentiam iis perſonis debitam, quas placuit in ſolidum conueniri non debere, vt eleganter ſcriptum eſt in *dicta lege alia. §. 1.* ſola enim reuerentia quæ ex publica honeſtate huiuſmodi perſonis debetur, ius hoc extorſit. Quare nec locum habere hoc caſu poteſt ea diſtinctio quam adhibuimus ad *leg. ius publicum 38. ſupra hoc titulo.* cùm tractauimus de pacto quod fit contra leges. Diximus enim ita demum non valere ſi pactum ſit priuſquàm legibus & iuri publico fuerit ſatisfactum, non etiam ſi poſtea. Satisfactum enim legibus intelligitur, ſi modò cœperint poſſe locum habere, at bonis moribus nunquam ſatisfactum videri poteſt, ſi quocunque tempore violetur reuerentia quæ huiuſmodi perſonis perpetua debetur. Sanè ſi velint ſolidam ſoluere, non prohibentur. Intereſt enim eorum vt ipſo iure liberentur, cùm priuilegium quod habent, ne ſupra facultates ſuas conueniantur, non faciat ne ſint obligati in ſolidum maneántque obligati quandiu ſolidum non ſoluerunt. Exemplo eius qui bonis ceſſit. *paragrapho vltimo. Inſtitution. de replic.* Vnde eſt quod eorum fideiuſſores in ſolidum tenentur, nec eodem gaudent priuilegio. *l. exceptiones 7. de except.*

50. IDEM libro 41. ad Sabinum.

NOn impoſſibile puto in contractibus depoſiti commodati, & locari, & cæteris ſimilibus hoc pactum, *ne facias furem ſeruum meum*, hoc eſt ne ſollicites, vt fur fiat, vt fugitiuus fiat ne ita negligas ſeruum, vt fur efficiatur: ſicuti enim ſerui corrupti actio locum habet: ita poteſt etiam hæc pactio locum habere, quæ ad non corrumpendos ſeruos pertinet.

Ad l. Non impoſſibile 50.

Ratio dubitandi. Si quis in hac cauſa eſt vt fur ſit vel viſpellio, impoſſibile eſt quod promittitur eum furem non eſſe, viſpellionem non eſſe. Si verò in ea cauſa non eſt, fruſtrà eſt promitti quod iam ſit. *lege ſi ita quis 31. de euict.* Idémque eſſe videtur ſi conuenerit, *ne facias furem ſeruum meum*, vt ſcilicet vel impoſſibile vel ſuperuacuum hoc pactum eſſe videatur. Impoſſibile ſi vel iam fur ſit, vel fur fieri nolit. Superuacuum verò ſi vel fur non ſit, vel fur fieri vltrò velit. Ergo neutrum pactum videtur valere. Hoc verò poſterius multò minùs, quippe per quod promitti videatur factum alienum, quod ne quidem per ſtipulationem ritè promittitur. *leg. ſtipulatio iſta 38. in principio. de verborum obligat.*

Ratio decidendi. Vtrumque pactum vtile eſt. Prius quidem quia videtur hoc continere quod intereſt horum quid eſſe vel non eſſe. *dicta lege ſi ita quis.* Poſterius verò, quia continet ne ſollicites vel fur fiat, vt fugitiuus fiat. Ne ita negligas ſeruum vt fur efficiatur. Qua ratione non tam alienum quàm proprium tuum factum promiſiſſe intelliget is. Quid enim refert auferetur meum corrumpas an per negligentiam tuam furem fieri patiaris? Ergo quemadmodum ſerui corrupti actio datur, cùm ſeruus corruptus fuit, ita poteſt etiam hæc pactio locum habere, per quam id agitur ne ſeruus corrumpatur. Idque tantò fauorabilius videri debet, quantò melius eſt vt integra ſeruentur omnia, quàm vt poſt illatum vulnus remedium quæratur. *lege vltima. Codice in quibus cauſis reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* Errant igitur qui putant hoc pactum nihil aliud operari quàm vt omnis dubitationis tollendæ cauſa apponatur, ex *lege qui mutuam 56. mandat.* Etſi enim nullo quoque pacto interueniente futurum erat vt teneteris de ſeruo corrupto, ſi eum ſollicitaſſes ad furtum, vtilis tamen pactio eſt non ob id ſolùm ne tam facile cogites de ſeruo corrumpendo, ſed ob id maximè vt ſis diligentior in cauendo ne per alium corrumpatur.

51. IDEM libro 26. ad Edictum.

SI cùm te ex cauſa legati debere paciſci debitori tuo exiſtimas, pactus ſit *ne ab eo peteres:* neque iure ipſo liberatur debitor [a], neque petentem ſummouebit exceptione conuentionis, vt Celſus lib. 22. ſcribit.

Ad l. Si cùm te 51.

Ratio dubitandi. Ad impediendam repetitionem ſoluti ex ſententia, ſufficit quod quis putet ſe condemnatum. *lege cùm putarem 6. verſ. tamen ſufficit infra familia erciſcunda.* Ergo eadem ratione ad impediendum ne quis poſſit reſilire à pacto de non petendo, ſufficit vt putet ſe debere.

Ratio decidendi. Facilius eſt vt ſuccurratur ei qui per errorem pactus eſt de non petendo, quod putaret ſe viciſſim aliquid debere, quàm ei qui ſoluit putans ſe condemnatum, cùm non eſſet, non modo propter autoritatem rei iudicatæ, quæ maxima eſt & tanta, vt vel ſola eius opinio ſufficere debeat: ſed etiam quia plus eſt ſoluere, licèt indebitum ſit quod per errorem ſoluitur, quàm paciſci. Solutio eſt modus legitimus tollendæ obligationis, non etiam pactum de non petendo: & ideò in ſolutione ius quoque verſatur, in pacto autem nihil niſi factum & voluntas paciſcentis, quæ porrò voluntas nulla eſt hominis errantis. *lege ſi per errorem 15 de iuriſdict. leg. ſed hoc ita 20. de aqu. pluuia arcend. lege nihil 116. §. vltimo de regulis iuris.* Vnde eſt quod etiam in contractibus idem accidit, vt ſi aliquis error interuenerit pro infecto habeatur, quod factum fuit. *lege in omnibus negotiis 57. de obligat. & action.* Adeóque ſi ſit aliquid per errorem quaſi debitum quod re vera fuit indebitum, locus eſt condictioni. *toto titulo de condit. indebit.* Cur ergo nocebit potius pactum de non petendo interpoſitum per errorem? An fortè quod in pactis, vt dixi, factum verſetur. *lege ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſupra eod.* facta autem condici non poſſint, ideò quòd haberi nequeant pro infectis? At cui damus condictionem, quæ noua actio eſt, cur ſaluam eſſe nolumus veterem actionem quæ competit ex contractu, ne per pactum de non petendo cui error cauſam dederit debilitata videatur? Nam quemadmodum facilius eſt exceptionem quàm actionem dare, *lege inuitus 156. §. 1. de regulis iuris. lege 1. § is autem. de ſuperf.* Ita facilius eſt actionem iam competentem conſeruare ſaluam, integram, & efficacem, quàm exceptionem nouam tribuere. Cæterùm abundat hic dictio *paciſci*, vt & Cuiacius monet.

a *Neque iure ipſo liberatur debitor.* At quæ poterat eſſe ratio dubitandi? Nec enim quiſpiam vnquam dixit per pactum de non petendo tolli actionem ipſo iure, cùm certiſſimi iuris ſit pactum non eſſe legitimum modum tollendæ obligationis. Cuiacius reſpondet, Quia tale pactum vice ſolutionis fuit. Quod certè, tanti viri pace dictum ſit, falſum eſt. Nam imò verò cùm quis paciſcitur ne a ſe petatur, hoc ipſo fatetur agnoſcitque à ſe deberi, & debitum iri, nec poteſt impedire quin a ſe petatur. Denique ne quidem contendit ſe liberatum eſſe ipſo iure, ſed liberari debere per exceptionem. Rationes dubitandi veræ ſemper eſſe debent, nunquam falſæ, ſed ſemper malè applicatæ. Rationes autem decidendi & veras & benè applicatas eſſe oportet: Vera igitur ratio dubitandi quod ad hanc legis partem illa erat, quod ex voluntate paciſcentium compenſatio facta videretur, cur non alia res cauſam dediſſet pacto de non petendo, quàm quod creditor qui paciſcebatur ſe non petiturum, exiſtimaret ſe inuicem debere. Plus enim poteſt compenſatio quàm pactum de non petendo, cùm ea demùm ſit quæ vim & vicem habet ſolutionis, adeò vt fiat ipſo iure, ſi modo opponatur. *lege 4. lege ſi ambo 10. & lege ſequenti. lege poſteaquam 21. & paſſim de compenſation. lege ſi conſtat. Codice eodem.* Satis autem oppoſita videtur ab eo qui ex hac cauſa pactus eſt ne à ſe petatur, cùm non aliam cauſam habuerit ſic paciſcendi.

Ratio decidendi. Compenſatio fit quidem ipſo iure, & vim ſolutionis habet, ſed ita demum ſi aliquid ſit quod compenſari poſſit, id eſt, quod inuicem debeatur. Alioqui deficiente compenſationis materia, poteſtas iuris nulla eſſe poteſt. Atqui ſola opinio erronea debiti nón facit debitum, *lege cùm is 32. §. mulier. & toto titulo de condict. indebit.* Ergo neque inducet poteſtatem compenſationis. Maximè in propoſita ſpecie, in qua putabat creditor ſe debitoris ſui debitorem eſſe ex cauſa legati. Legatum enim vt valeat quidem pendet à iure, ſed vt ſit pendet à voluntate defuncti, qui ſi nihil legauerit, aut ſi malè legauerit, non eſt in poteſtate heredis facere, etiamſi maximè velit vt quicquam debeat ex cauſa legati.

1 ¶ Idem eodem loco ſcribit, ſi debitorem tuum iuſſiſti ſoluere Titio, cui legatum falsò debere exiſtimas, & debitor pactus ſit cum Titio ſuo debitore conſtituto, neque tibi aduerſus tuum debitorem, neque ipſi aduerſus ſuum actionem peremptam.

Ad §. 1. Idem.

Ratio dubitandi. Cùm debitorem tuum iuſſiſti ſoluere Titio, poſuiſti in Titij poteſtate vt acciperet ſolutionem, eámque accipiendo debitorem tuum etiam te inuito ac poſtea reclamante liberaret, perinde ac ſi tibi ſoluiſſet. Nec enim quicquam refert, an debitor creditori ſuo ſoluat, an ex alij creditoris voluntate. *l. vero procuratori 12. §. ſed etſi quis. de ſolut. leg. quamuis 40. §. vltim. cum duabus ſequentibus. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Nec rurſus liberationem debitoris tui illud impedire debet, quod cùm ei mandaſti vt ſolueret Titio quod ſibi debebat, putabas te tantundem Titio debere ex cauſa legati, per errorem ſcilicet, cùm re vera nihil ei deberes. Poteſt enim ea res acquirere quidem tibi condictionem indebiti aduerſus Titium, ac ſi tu ei ſoluiſſes, at non impedire ne debitor tuus, qui ex mandato tuo ſoluit, liberetur. Condictio enim eius eſt non qui ſoluit, ſed cuius nomine ſolutum fuit. *lege indebitam 47. lege cùm indebitum 57. in princip. & §. 1. de condict. indebit.* Ergo eadem ratione dicendum eſt permiſſum fuiſſe debitori tuo paciſci cum Titio, quem habebat ſibi debitorem ex aliqua cauſa. Paciſci, inquam, ne Titius ab eo quid peteret, animo nimirum compenſandi, cùm inuicem deberi crederetur, nec ideò vllam ſibi actionem in debitorem tuum, neque debitori tuo in Titium debitorem ſuum ſupereſſe. Eſt autem hic caſus dubitabilior eo, de quo dictum eſt in *principio legis.* In hoc enim duo ſunt debitores, is qui tibi debuit, & Titius qui debitori tuo. Ideóque nihil impedit quominus poſſit inter eos fieri compenſatio: quæ in ſuperiore caſu fieri non poteſt, cùm ex vna tantùm parte debeatur.

Ratio decidendi. Quod debitor tuus iuſſus eſt tuo nomine ſoluere Titio, potuit quidem Titio ſolui, ex eáque cauſa liberatio debitori tuo obtingere. Sed quandiu ſolutum non fuit, manſit tibi actio integra, quia nemo ex ſolo ſoluendi mandato accepto liberatur. Nam etſi vera Titio ex cauſa legati, aliáve quidpiam debuiſſes, mandatum tamen reuocare potuiſſes. Nec eſt quod quis pro debitore tuo replicet, potuiſſe quidem reuocari mandatum, ſed re integra. *dicto §. ſed & ſi quis.* rem verò integram non eſſe, poſteaquàm debitor tuus pactus eſt cum Titio, ne quid inuicem à ſe peterent. Nam eſſet quidem bona ea ratio, ſi propter eiuſmodi pactum debitor tuus in damno aliquo moraretur, puta ſi debitorem ſuum per acceptilationem liberaſſet: quoniam ea acceptilatio veræ ſolutionis vim haberet, totámque Titij obligationem tolleret ipſo iure: Sed cùm pactus tantùm fuerit, nec per pactum tolli potuerit actio, nihil aliud vereri poteſt, niſi ne agenti ſibi contra Titium exceptio pacti opponatur: Quæ tamen exceptio non poteſt habere locum, quia pactum nudum nullo iuris vinculo ſubnixum eſt, ſed ſola paciſcentium voluntate, quæ porrò nulla fuit, cùm vterque erraret in eo quod putabant id quod tu debitori tuo mandaueras vt Titio ſolueret, à te debitum fuiſſe Titio ex cauſa legati, cui tamen nihil debebas. Itaque ſiue agas contra debitorem tuum, quaſi adhuc ſit debitor, tanquã qui nihil dum ſoluerit Titio, ſiue debitor tuus contra Titium, quaſi nulla compenſatione facta, nullus aut debitori tuo contra te, aut Titio contra debitorem tuum locus eſt excipiendi de pacto, quod ex poſtfacto apparet interpoſitum fuiſſe per errorem. Nam etſi debitor tuus Titio ſoluiſſet bona fide, liberatus quidem fuiſſet, à te ipſo iure, ſed tu condictionem indebiti aduerſus Titium haberes, cui indebitum ſolutum repeteretur. *dicta lege indebitam. & dicta lege cùm debitum. §. 1. de condictione indebiti.* Nihil igitur intereſt Titij, quod pactum conuentum inter eum & debitorem tuum pro non facto habeatur quia nec quicquam refert an tibi condictione, an verò debitori tuo eidémque creditori ſuo pristina actione teneatur. Quòd ſi nihil Titij intereſt, illud etiam conſequens ſit vt nullam contra te exceptionem habere debeat: quia vt ſæpiùs dixi, neque actiones, neque exceptiones dantur, niſi iis quorum intereſt. *lege tertia. §. primo. lege ſtipulatio iſta 38. §. alteri. de verborum obligatione.* Ex quo illud etiam ſequitur, vt neque debitoris tui quicquam interſit, cùm ſuam in Titium actionem ſaluam & integram habeat, ac proinde vt neque exceptione aliqua contra te adiuuandus ſit, ita vt nulla egeas replicatione. Nam cùm ei mandaſti vt Titio ſolueret, videris quidem pactus fuiſſe de non petendo ab ipſo, ſed ſub hac conditione, ſi ſolueret, non etiam ſub illa, ſi cum Titio paciſceretur. Atqui non ſoluit, nec verè, nec fictè, nec naturaliter, nec ciuiliter, ſed tantùm pactus fuit. Non poteſt igitur te repellere exceptione taciti pacti, quippe cuius conditio tacita defeciſſe intelligatur, vt diximus eleganter in ſpecie: *leg. in perſona 30. §. vltimo leg. tale pactum 40. §. poſt diuiſionem. & §. vltimo ſuprà hoc titulo.* Difficilius illud eſt, vt Titio qui expreſſim pactus eſt cum debitore tuo, non ſit danda exceptio pacti aduerſus ipſum, ſi priſtina actione ab eo conueniatur. Sed eliditur ea exceptio per replicationem doli, vt & in *leg. tres fratres 35. in fine ſuprà eodem.* Dolo enim malo facit Titius, qui lucrum captare vult ex alieno damno per occaſionem pacti interpoſiti per errorem. *lege 1. de doli mali exceptione.* Quod ab Vlpiano prætermiſſum fuiſſe mirandum non eſt vt & à Scæuola in *lege emptor 47. in principio ſuprà eod.* quia non de alio quærebatur apud Vlpianum, niſi an ipſo iure perempta eſſet, an ſalua actio, quæ perempta videbatur compenſationis poteſtate. Nihil autem commune habet ea quæſtio, An ſalua ſit actio, cum illa quæſtione, An replicatio ſit neceſſaria, quia tum quoque cùm replicatio neceſſaria eſt, actionem ſaluam eſſe oportet, adeóque, quod magis eſt, exceptionem, vt replicationi locus eſſe poſſit: ſiquidem replicatio omnis præſupponit exceptionem, vt & exceptio actionem.

52. IDEM libro 2. Opinionum.

EPiſtola, qua quis *coheredem ſibi aliquem eſſe* cauit, petitionem nullam aduerſus poſſeſſores rerum hereditariarum dabit.

Ad l. Epiſtola 52.

Ratio dubitandi. Qui per epiſtolam cauit aliquem ſibi coheredem eſſe, non poteſt poſtea recuſare quominus accipiat cum eo iudicium familiæ erciſcundæ, quod inter coheredes accipitur, dummodo non id cauerit per errorem. *lege cùm putarem 36. familiæ erciſcundæ.* Plus enim eſt fateri & cauere aduerſarium ſibi eſſe coheredem, quàm agere familiæ erciſcundæ iudicio, cùm is qui familiæ erciſcundæ iudicio agit, non ideo fateatur aduerſarium coheredem. *lege qui familiæ 37. eodem.* Eadem ergo ratione dicendum eſt huic, quem heres verus cauit ſibi coheredem eſſe, dari debere actionem aduerſus poſſeſſores rerum hereditariarum. Non enim neceſſe eſt plus iuris habere illum qui agit contra tertios poſſeſſores, qui nullum ius habent in rebus hereditariis, quàm ſi ageret contra verum heredem iudicio familiæ erciſcundæ. Et regula iuris eſt, Cui licet quod eſt plus, multò magis quod minus eſt licere. *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Epiſtola veri heredis, quæ ei nocere debet, ſi modò ſciens & prudens donandique animo talem epiſtolam emiſerit, non ſimiliter poteſt nocere cæteris qui cum ea pacti non ſunt, licet nullum ius habeant poſſidendi res hereditarias & retinendi, quia heredem non epiſtolæ aut alia voluntas heredis facere poteſt, non magis quàm filium aut fratrem defuncti. *lege epiſtola 13.*

Codice

Codice de prob. ſed hereditas quam ſola lex deferre poteſt eaque aut vetus aut noua, & vel ex teſtamento ei qui ſit heres inſtitutus, vel ab inteſtato, ſi vel ſuus heres ſit, vel proximus agnatus. *l. 1. 2. & 3. de hered. pet.* Nec ad rem pertinet quod nihil iuris habeant poſſeſſores. Prius enim quærendum eſt de iure actoris. Alioqui poſſeſſor vincit tanquam plus iuris habens hoc ipſo quod poſſideat. *l. vlt. Cod. de rei vind. l. vlt. de acquir. poſſ. l. 2. vti poſſid.*

1 ¶ Si inter debitorem, & eum, qui fundum pigneratum à creditore, quaſi debitoris negotium gereret [a], emerit placuit, *vt habita compenſatione fructuum ſolutóque, quod vel quum deberetur, fundus debitoris reſtitueretur:* etiam heres pacto quod defunctus fecit, fidem præſtare debet.

Ad §. 1. Si inter.

Ratio dubitandi. Nulla poteſt eſſe vtilitas huius pacti niſi tribuat debitori actionem ad hoc vt ei reſtituatur fundus pignoratus & venditus, cùm fundi poſſeſſio ſit penes heredem emptoris. Atqui ex pacto nudo nulla poteſt naſci actio. *lege 7. §. ſed cum nulla. & ſeqq. ſuprà hoc titulo. lege ſi tibi 27. Codice de locat.* Ergo pactum hoc inutile eſt. Quomodo enim proderit ad excipiendum, ſi debitor non conueniatur? Aut quomodo poterit conueniri ab emptoris herede eodémque poſſeſſore? Siquidem regulariter non is agit qui poſſidet. *§. æquè. Inſtitut. de act.* Nam quod nonnulli tentant pactum hinc non eſſe nudum tanquam veſtitum cohærentia contractus, vt loquuntur, ſanè ridiculum eſt, cùm & ex interuallo fuerit interpoſitum, & poſt contractum inter alios celebratum, quo caſu certum eſt ne quidem ex pacto incontinenti appoſito agi poſſe. *d. l. ſi tibi.*

Ratio decidendi. Datur actio debitori non ex pacto quod ſanè inefficax eſt ad agendum, ſed ex negotio geſto, quia ponimus emptorem hunc acceſſiſſe ad pignoris emptionem, vt negotium non tam ſuum quàm debitoris gereret. Actio igitur negotiorum geſtorum, cuius poteſtate etiam citra pactum nullum poteſt debitor conſequi non tantùm ab emptore, ſed etiam ab emptoris herede, vt ſibi reſtituatur fundus pignoratus & venditus. Sed cùm non poſſet ille huiuſmodi actione experiri, niſi ſoluto priùs reſtitutóque emptori pretio, & quid præterea ea hac cauſa ei abeſſet, faciet pactum vt cogatur emptor eiúſve heres imputare ſibi fructus perceptos in pretij diminutionem, ita vt non aliud ſoluendum habeat debitor, quàm quod ea imputatione facta ſupererit in debito. Hoc verò aſſequetur debitor non vi actionis, quæ aut ex ipſo negotio geſto, aut ex pacto competat, ſed oppoſita replicatione, quia cùm hoc pactum ſit adiiciens & appoſitum ex interuallo, non poteſt ineſſe actioni, vt eam formet, ſed tantùm vt pariat exceptionem. *lege pacta conuenta 72. de contr. empt.* Exceptionem, inquam, illam quæ veniat à parte actoris, hoc eſt, replicationem. Nec enim aliud quicquam replicatio eſt, quàm exceptio competens actori. *lege 2. §. replicationes. de exception.* Et quæ pacta ineſſent ex parte rei ad producendam exceptionem, quæ actoris intentionem poſſet elidere; eadem poſſunt & debent ineſſe etiam ex parte actoris, non quidem ad agendum, ſed ad replicandum, cùm æque ſit fauorabilis actor in replicatione, atque reus in exceptione. Sic in *leg. tres fratres 35. ſuprà eod. leg. 3. de pign. act.*

a *Quaſi debitor negotium gereret.* Emptor ſcilicet, non creditor. Hoc autem neceſſariò addendum fuit, quia ſi emptor ſuum non debitoris negotium geſſiſſet emendo pignus à creditore illud diſtrahente iure creditoris, nulla ſupereſſet debitori ſpes luendi pignoris & offerendæ pecuniæ ſiue emptori, ſiue creditori. *lege cùm prior. 3. de diſtract. pignor. lege 2. Codice ſi antiq. credit. pign. vendit.* Creditor enim licèt non ſit dominus, transfert tamen per venditionem dominium pignoris. *§. 1. Inſtitut. quibus alien. lic. vel non.* quia nimirum vendit ex voluntate domini, id eſt, debitoris, cuius procurator in re pignorata eſſe intelligitur. *lege ſi pignori 29. ad finem familiæ erciſcundæ.* Intelligere niſi creditor in venditione pignoris exceperit, vt liceret debitori reſtituendo pretium pignus recuperare, vt in *lege ſi cum venderet 13. de pignor. act.* quo caſu poteſt debitor duplici via ſibi conſulere. Vna, vt per actionem pigneratitiam cogat creditorem ſibi cedere actione ex vendito quam habet contra emptorem. Altera, vt poſſit etiam ipſe rectà rem ſuam vindicare vel in factum agere citra vllam ceſſionem. *dicta lege ſi cùm.* Sed prius quidem remedium ex ratione iuris eſt. Poſterius verò inductum à Triboniano contra rationem iuris, vt ad eam *leg. docuimus in Commentariis.* Et ſi poteſt dici emptorem pignoris ſi cum creditore paciſcatur vt liceat debitori quandoque reſtituto pretio pignus recuperare non tàm rem ipſam obligatam, quàm ius creditoris emiſſe videri, vt in *leg. fideiuſſor. 32. in fin. prin. de neg. geſt.*

b *Vt habita compenſatione fructuum.* Huius pacti ſenſus ille eſt, vt actio negotiorum geſtorum quam ſuo iure habebat debitor in emptorem pignoris, induat naturam actionis pigneratitiæ, quæ ante pignoris venditionem eidem debitori aduerſus creditorem competebat. Omnia enim quæ hoc pacto continentur, ad naturam actionis pigneratitiæ pertinent. *leg. 1. 2. & 3. Cod. de pignor. act.* Vt appareat ex hac pactione nihil voluiſſe emptorem acquirere, niſi ius creditoris.

c *Etiam heres.* Ratio dubitandi. Videtur pactum hoc eſſe perſonale, ideóque non potuiſſe tranſire ad heredem ex *regul. leg. idem 25. §. 1. ſuprà eodem.* quia implicitam habet conditionem in facto conſiſtentem, cùm & ſolutio pecuniæ & fundi reſtitutio ſit facti. *le. conſilio. 7. §. vltimo de curat. furioſ.* Conditiones autem quæ in facto conſiſtunt, imò etiam quæ in dando, ſi ſint poteſtatiuæ, non tranſeunt ad heredem, nec ab herede impleri poſſunt. *l. à teſtatore 109. de condict. & demonſtr. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Reſtitutio fundi ad quam ex hoc pacto heres tenetur, non in conditione eſt, ſed in obligatione, quæ licet naturalis tantùm ſit, non ciuilis tamen in heredem tranſit non minùs quàm ſi ciuilis eſſet. *lege Stichum 95. §. quod vulgò de ſolutionibus.* Ergo ex parte emptoris eiuſque heredis non poteſt pactum eſſe perſonale. Ac neque ex parte debitoris, quia conditio non fuit concepta in perſonam, id eſt, ita vt relata ſit ad perſonam debitoris, ſed in rem & impersonaliter, hoc modo *compenſatione facta fructuum, ſolutóque quod reliquum deberetur.* quod genus conditionis dubium non eſt etiam heredi & ab herede impleri poſſe. *lege 1. Codice* quando decreto opus non eſt. Et hinc nimirum petenda eſt ratio huius legis, non ex eo quod conditio fuerit concepta per ablatiuos abſolutos, vt quidam volunt. Etſi enim refert aliquando an expreſſa ſit figura conditionis, an non, vt in ſpecie. *l. in ratione 30. §. tametſi. ad legem Falcidiam* tamen quod ad hunc tractatum pertinet de iure implendæ conditionis, an tranſeat in heredem, nihil planè refert, vt conſtat ex *dicta lege à teſtatore 109. de condict. & demonſtrat.*

2 ¶ Pactum, *vt, ſi quas ſummas propter tributiones prædij pignori nexi factas creditor ſoluiſſet, à debitore reciperet, & vt tributa eiuſdem prædij debitor venderet:* iuſtum ideóque ſeruandum eſt.

Ad §. 2. Pactum.

Ratio dubitandi. Pactum hoc eſt contra formam iuris fiſcalis, quia tributi præſtandi onus pertinet omnimodo ad poſſeſſorem. *leg. Imperatores 7. de public. & vectig. leg. cum poſſeſſor 5. de cenſibus.* & conſequenter ad creditorem,

torem, quippe qui extra cauſam vſucapionis quod ad cæteras omnes poſſidere intelligitur. *l. ſeruus 16. de vſucapionibus.* Ergo quemadmodum non valet hoc pactum quantum ad fiſci rationem *lege inter debitorem 42. ſupr. hoc titul.* ita neque quantum ad priuatos, tanquam quod ſit non ſolùm contra ius fiſcale, ſed etiam contra ius publicum & commune. *leg. 2. & 3. Cod. ſine cenſu vel reliq.* quemadmodum nec valeret ſi conueniſſet inter virum & vxorem, vt vxor fundi dotalis tributa agnoſceret, *lege 1. eodem.* vel inter heredem & legatarium, donatorem & donatarium, emptorem & venditorem, ne poſſeſſor tributa præſtet. *d. l. 3.*

Ratio decidendi. Speciale eſt vt valeat hoc pactum inter debitorem & creditorem, quod inter alios non valeret, ſiue quod hoc caſu non etiam cæteris onus ſoluendi tributi transferatur in dominum, vt vult Cuiacius, ſiue potiùs quod creditor ita poſſidere intelligitur? vt tamen debitor quoque poſſeſſor ſit. *lege ſciendum 15. §. creditor qui ſatiſd. cog. lege cùm & ſortis 35. in fine de pignor. act. lege pignori 15. de vſucapion.* quod non ſimiliter alio vllo caſu dici poteſt, ſiue denique quòd par um aut nihil interſit debitoris. Cum eo quoque caſu quo creditor tributa præſtat, damnum nihilominus ſit debitoris, qui tantò minùs commodi ſenſurus ſit ex fructuum imputatione. *lege in ſumma. 6. Codice de pig.* Siquidem nec fructus vlli eſſe intelliguntur, niſi qui ſuperſunt deductis impenſis, & oneribus fructuum. *lege ſi à domino 36. §. vltimo de petit. hered. lege quod in fructu 46. de vſur.* Tributa verò fructuum onera eſſe conſtat, licèt dicantur etiam onera patrimonij. *lege 3. §. exactionem de muner. & honor.* nempè cùm idem eſt & dominus & poſſeſſor. Simile eſt quod dicimus valere conſuetudinem, vt tributa non à conductoribus prædiorum, ſed à dominis præſtentur. *lege ſine herede 32. §. Lucius. infrà de adminiſtratione tutorum.* Nimirum quia nec quicquam intereſt domini, qui tanto minorem mercedem ex prædiorum ſuorum locatione habiturus eſt, ſi colônum obliget ad triburorum ſolutionem. Porrò quòd per conſuetudinem fieri poteſt, placet vulgò nobis etiam per pactum fieri poſſe, quod tamen an verum ſit alibi diſcutiemus.

3 ¶ De inofficioſo patris teſtamento acturis: *vt eis certa quantitas, quoad viueret heres, præſtaretur:* pactus eſt, produci ad perpetuam præſtationem id pactum poſtulabatur: reſcriptum eſt, neque æquitate tale deſiderium admitti.

Ad §. 3. De inofficioſo.

Ratio dubitandi. Tempus non eſt modus tollendæ obligationis. *lege obligationum ferè 44 §. placet. de oblig. & act. lege eum qui 56. §. qui ita de verborum obligatione. lege nemo poteſt. 55. de leg. 1.* Ergo obligatio quæ ex huiuſmodi pacto naſcitur, tranſit ipſo iure in heredem. Nam & commodum quod ex inofficioſi querela proueniſſet, ad heredes paciſcentium perueniſſet. Quidni ergo & commodum pacti in vicem illius commodi ſubrogatum?

Ratio decidendi. Pactum fuit reſtrictum ad perſonam vitámque heredis. Proinde dubitari non poteſt quin ſit perſonale, adeóque temporale, & conſequenter ad heredem non porrigatur. *lege idem 25. §. 1. ſuprà hoc titulo.* Neque ipſo iure, quia in pactis non in ius, ſed factum dumtaxat verſatur. *lege ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. eod.* Neque ex æquitate, quia non poteſt æquitas pacti temporalis perpetuam parere exceptionem. *dicta lege ſi vnus §. ſi cum reo. lege Imperator 8. in fine de poſtul.* Nam ſi is qui per ſtipulationem promiſit aliquid *quandiu viuet*, tamen ſi relinquat heredem ſuum ipſo iure obligatum, nihilominus relinquit eum tutum exceptione pacti. *dicto §.* quanto facilius eſt vt nulla ſtipulatione interpoſita, ſed nudo tantùm pacto, eóque temporali nullus pacti effectus eſſe debeat, niſi is ipſe qui ex pacti verbis eſſe debet ne vltra vitam heredis porrigatur. Quare nihil neceſſe eſt cum interpretibus veteribus dicere, Obligationem quæ ex hoc pacto naſcitur, ideò non tranſire in heredem quod ſuccedat in locum quærelæ, quæ extinguebatur morte. Falſum enim eſt quod illi præſupponunt, ſi pactum ſimile de alia re factum eſſet, fore vt ipſo iure ad heredem tranſiret. Non eſt contrarium, quod ex huiuſmodi pacto non tantùm naturalis obligatio naſcitur, quæ pariat exceptionem, ſed etiam ciuilis, ex qua naſcitur etiam actio vtilis præſcriptis verbis. *l. cùm mota 6. Cod. de tranſact.* Naſcitur enim ea actio ita demum ſi fides placitis non præſtetur, vt illa lex ait, & ad hoc dumtaxat vt quod promiſſum eſt fiat, non vt quicquam extorqueatur ſuprà quàm verbis pacti diſertè expreſſum ſit.

53. IDEM libro 4. Opinionum

SVmptus quidem prorogare litiganti honeſtum eſt: paciſci autem, vt non quantitas eo nomine expenſa cum vſuris licitis reſtituantur, *ſed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit*, non licet.

Ad l. Sumptus 53.

Ratio dubitandi. Cùm in vtramque partem par ratio eſt dubij euentus, ſiue in hunc, ſiue in illum euentum fiat pactum, neuter lædi videbitur. *lege 1. Codice hoc titulo. lege de fideicommiſſo 11. Codice de tranſaction. lege ſi pater 12. Codice de inofficioſo teſtament.* nec quiſquam audiendus eſt petés ex euentu id cuius contrarium non fuerat in contrarium caſum poſtulaturus. *lege penultima. Codice de ſolution.* Atqui euentus litis ſemper dubius eſt & incertus. *lege 1. infra titul. proxim. lege in ſumma 65. §. 1. de condict. indebit. lege quod debetur 51. de peculio.* Ergo tam facile eſt vt pactum de quota litis à procuratore vel aduocato factum ei noceat, quàm vt proſit. Quid enim ſi ea lis amiſſa ſit in quam ſumptus prorogauit, ſiue iure id contigerit ſiue per ſordes aut imperitiam iudicantis? An non erit commodum domino quod eiuſmodi pactione liberatus ſit à reſtituendis ſumptibus bona fide prorogatis, quos alioqui etiam amiſſa lite refundere deberet? Rurſus quid ſi miſer litigator, quod pleruinque euenit, non habeat aliunde ex quo poſſit refundere: Cur hanc acquirendæ liberationis vim ei præcludemus, cùm liceat aliud pro alio ſoluere volenti creditori? *lege 1. §. mutui de rebus creditis. lege manifeſti 17. Codice de ſolutionibus.* Denique cur non iuſta & honeſta eſt ratio quælibet exigendæ & repetendæ ex conſenſu debitoris pecuniæ quæ iuſtè debeatur? Atqui ſumptus à procuratore aut aduocato in litem prorogari honeſtum eſt, vt lex ait. Ergo & honeſtum erit pactum per quod fiat vt ex ea lite ſumptus illi reſtituantur.

Ratio decidendi. Quod honeſtè ac iuſtè debetur, honeſtè ac iuſtè ſoluitur. Sed non ſunt honeſti omnes modi per quos eiuſmodi ſolutio extorqueatur, etiamſi adſit conſenſus debitoris. Nam ſi in eam rem fiat pactum de quota litis, improbum eſſe creditur & contra bonos mores. *lege ſi quis 5. Codice de poſtul. lege ſi contra 20. Codice mandat. lege ſalarium 7. infrà eodem ill. titul.* quaſi euentus litis redemptus videatur. *leg. litem 15. Codice de procuratoribus.* Nec aliud eſt ſi non de quota litis pactum ſit interpoſitum, ſed de certæ pecuniæ quantitate in euentum bonum litis. *dicta lege mandat.* Nam vt bene Bartolus docet, eadem ratio in vtraque pactione locum habet, vt contra bonos mores, quia mali exempli eſt. Sed an quòd ea pactione inuitetur procurator aut aduocatus

ad

ad delinquendum, id eſt, ad litem etiam calumnioſè proſequendam? vt vult Bartolus. Non puto, ſed potiùs quia vtroque caſu lis perinde redimitur, quod nunquam ferre poteſt ciuilis legiſlator. Adeò ille lites execratur *l. 4. §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. quidā 21. de reb. cred. l. per diuerſas 34. C. mand.* Aliud erit ſi procurator vel aduocatus paciſcatur ſimpliciter de certa quātitate nullo habito reſpectu ad litē id eſt, neque ad rem litigioſam, neque ad euentū litis. Semper enim bonam fidem præſtare procurator debet in reddenda ratione etiam in litibus. Ex bona autem fide eſt vt omne quod ex lite conſecutus eſt ſiue principaliter ipſius rei nomine, ſiue extrinſecus ob eam rem, etiam per errorem aut iniuriam iudicis, cum re vera indebitum eſſet, id reddat. *l. qui proprio 46. §. procurator 7. de procur.* Mandatum enim gratuitum eſſe debet. *d. l. ſi contra 29. C. mand.* Planè poteſt etiam aduocatus palmarij nomine pro ſingulis cauſis paciſci vſque ad centum aureos. *l. 1. §. ſi cui cautum. de extraord. cognit.*

54. SCÆVOLA apud Iulianum lib. 22. Digeſtorum notat.

SI pactus ſum, *ne Stichum qui mihi debebatur petam:* non intelligitur mora mihi fieri, mortuóque Sticho [a] puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat [b].

Ad l. Si pactus ſum 54.

Ratio dubitandi. Pactum de non petendo neque obligationem tollit, neque actionem, quia in obligationibus & actionibus ius verſatur, in pactis factum: ius autem per factum tolli non poteſt. *lege ſi vnus 17. §. pactus ne peteret ſuprà hoc titulo.* Atquin vbi & obligatio & actio, & conſequenter petitio eſt, ibi mora fieri poteſt, ad quam ſcilicet contrahendam ſufficit interpellatum eſſe congruo loco & tempore, dum ne omiſſa ſit debiti repetendi inſtantia *lege mora 32. de vſuris.* quemadmodum è contrario dicimus nullam intelligi moram ibi fieri, vbi nulla petitio eſt. *lege ſi pupillus 124. de verborum obligatione. lege nulla 88. de regulis iuris.* Ergo pactum de non petendo non impedit quominus mora contrahatur, ſaltem ipſo iure.

Ratio decidendi. Quamuis pactum de non petendo neque obligationem neque actionem tollat ipſo iure, tollit tamen ope exceptionis, & ideo in effectu & ad impediendam moram quæ facti & æquitatis magis quàm iuris eſt. *dicta leg. mora.* perinde eſt ac ſi tolleret ipſo iure, cùm faciat vt nulla in effectu obligatio vel actio eſſe videatur. *leg. lecta 40. verſ. penultimo de rebus credit. leg. ſciendum. 21. de vſuris.* Vnde eſt quod dici ſolet, Nihil referre, ſcilicet quantum ad rei effectum attinet, an ipſo iure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *l. nihil intereſt 112. de reg. iur.*

a *Mortuóque Sticho.* Conſequens hoc eſt ſuperiori ſententiæ, quia ſpeciei debitor interitu eius citra moram contingente liberatur ipſo iure *lege ſi ex legati. 23. de verborum obligatione.* Rem enim quæ in rerum natura extare deſiit, præſtare impoſſibile eſt, niſi mora faciat vt pro non extante habeatur. *lege ſi ſeruum 91. §. ſequitur & ſeqq. eod.* Quid ergo ſi eum ipſe dolo malo aut culpa aliqua occiderit? Vtique non tenebitur, quia non poteſt hoc caſu dolus aut culpa eſſe pro mora, quam nec contraxit, nec contrahere vllo caſu potuit is, qui exceptione pacti de non petendo tutus fuit. Itaque non habet locum in hac ſpecie quod dici ſolet, Neminem poſſe facto ſuo tollere ſuam obligationem. *dicta lege ſi ſeruum. §. nunc videamus*, quia priuſquàm ſeruus occideretur, fuerat iam in effectu ſublata obligatio facto ipſius creditoris, qui exercendæ actionis poteſtatem ſibi præripuerat per pactum de non petendo.

b *Qui ante pactum moram non fecerat.* Ergo ſi ante pactum moram debitor fecerat, aliud erit: & debitor mortuo quoque Sticho nihilominus tenebitur.

Ratio dubitandi. Pactum de non petendo poſt contractam moram adhibitum purgat moram. Nam ſi vt ea purgetur ſufficit omitti debiti repetendi inſtantiam. *dicta lege mora.* quanto magis purgabitur, ſi creditor ipſe qui moram paſſus eſt, paciſcatur de non petendo?

Ratio decidendi. Multùm intereſt an per pactum de non petendo purgetur mora, an contrahi impediatur. Si præcedat moram, impedit ne mora vnquam contrahi poſſit, & ideò facit vt ſi interim Stichus deceſſerit, debitor nullomodo teneatur, id eſt, ne quidem ipſo iure. Si verò ſequatur, ſubdiſtinguendum etiam eſt an Stichus iam deceſſerit poſt moram & ante pactum, an verò adhuc viuat. Si adhuc viuit, purgatur omnino mora per pactum, quia & purgare eam debitor poſſet per oblationem, niſi offerendi voluntatem & neceſſitatem pactum de non petendo ei auferret. Mora enim poſterior creditoris nocet creditori, non debitori prior. *lege qui decem 72. in prin. & §. 1. in fin. de ſolut.* Pactum autem de non petendo pro oblatione eſt. Sed ſi pacti tempore iam Stichus deceſſerat, & quidem poſt moram, non poteſt ſubſequens pactum purgare moram, id eſt, haberi pro oblatione, quia offerri Stichus, qui iam mortuus eſt, non poteſt, imò nec qui abſens eſt, *dicta lege qui decem. §. idem reſponſum.* Non poteſt autem plus facere fictio quam veritas. Ergo neque poteſt pactum de non petendo hoc caſu facere quin debitor maneat ipſo iure obligatus. Sed non ideo tamen inutile eſt, quia ſicut mora facit vt Stichus qui iam deceſſit adhuc peti poſſit, quaſi fictione iuris adhuc viuus. *dicta lege ſi ſeruum 91. paragrapho vltimo de verborum obligatione.* cùm actio quoque iuris ſit, (in quo differt à ſolutione & oblatione quæ eſt facti. *lege conſilio 7. §. vltimo de curat. furioſ.* Ita & pactum de non petendo faciet vt Stichum mortuum petens ſtipulator exceptione pacti repellatur, non quaſi purgata per pactum mora, ſed quia repelleretur, etiamſi adhuc Stichus viueret, ne vnquam oblatus creditori fuiſſet.

55. IVLIANVS libro 35. Digeſtorum.

SI debitor ſit fructuarius [a], & paciſcatur ſeruus in quo vſumfructum habet, *ne ab eo petatur:* paciſcendo, meliorem conditionem eius facit.

¶ Item (ſi) creditor eſſet fructuarius [b], & pactus eſſet, *ne peteret* [c]: ſeruus autem fructuarius paciſceretur, *vt peteret:* beneficio pacti, quod ſeruus interpoſuiſſet, vtiliter ad petitionē admitteretur [d].

Ad l. Si debitor 55.

a *Si debitor ſit fructuarius.* Ratio dubitandi. Fructuarius non eſt dominus, quia vſusfructus in iure non in parte dominij conſiſtitit. *lege Mæuius 66. §. fundo de legat. 2. lege rectè dicimus 25. de verborum ſignification.* Atqui ſeruus acquirit omnia domino, adeóque inuito nedum ignoranti. *lege etiam 32. de acquirendo rerum dominio. lege ſeruus vetante 62. de verborum obligation.* ita vt ne momento quidem temporis acquiſito in ipſius ſerui perſona conſiſtat. *lege placet 79. de acquir. heredit.* Ergo quod ſeruus fructuarius ſtipulatur vel paciſcitur domino ſuo acquirit, non fructuario. Nam & generalis regula eſt, Non poſſe nos paciſcendo prodeſſe his qui in noſtra ſunt poteſtate. *l. & heredi 21. §. nos autem. ſuprà hoc tit.* Nemo autem dixerit ſeruum fructuarium eſſe in fructuarij poteſtate. Ius enim poteſta-

tis, cùm de ſeruis agimus, dominij ius ſignificat. *leg. poteſtatis 215. de verb. ſign.* Ergo non poteſt ſeruus fructuarius paciſcendo prodeſſe fructuario.

Ratio decidendi. Seruus in quo alius dominium, alius vſumfructum habet, domino quidem acquirit regulariter non fructuario, ſed tamen acquirit etiam fructuario certis caſibus: nimirum ſi ex re fructuarij acquirat vel ex operis ſuis *l. ſi ſeruus 21. l. ſed ſicuti 23. §. 1. de vſufru.* niſi ex re quoque fructuarij velit domino acquirere. nam hoc etiam poteſt. *l. per ſeruum 37. §. pen. de acq. rer. dom.* Poſſin duos caſus, qui tamen in vnum recidunt. Nam & operæ ſerui quodammodo ex re eius, cui ſeruit, habentur, quia iure ille operas exhibere debet ei cui ſeruit, ſiue bonæ fidei poſſeſſor, ſiue fructuarius ſit. *lege qui bona 23. eodem.* quippe cùm ab eo alatur. Vnde eſt quod etiam cogi fructuario poteſt vt operetur. *dicta lege 23. alias leg. idemque quoniam de vſufruct.* Atqui cùm ſeruus fructuarius liberat fructuarium ipſo iure per acceptilationem, aut ope exceptionis per pactum de non petendo videtur ex re ipſius acquirere. *le. ſi debitor 63. de ſolution.* quia ſaltem ex operis ſuis acquirit: Stipulatio enim, & multo magis pactum, quod meri facti eſt, in opera ſeruili vtique eſt. Ergo ſiue per acceptilationem, ſiue per pactum liberare eum poteſt. Tanto magis quod in eo nihil eſt, ex quo poſſit dominus proprietatis acquirendi occaſionem captare. Eius namque eſt liberari qui obligatus fuit. Fructuarius autem obligatus ipſe fuit, non dominus. Poteſt ergo ſeruus fructuarius paciſcendo facere meliorem fructuarij conditionem, deteriorem non poteſt, vt neque domini. *l. melior 133. de reg. iur.*

b *Si creditor eſſet fructuarius.* Ratio dubitandi. In pactis non ius verſatur, ſed factum & nuda voluntas paciſcentis. *lege ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſupr. hoc titulo.* Ergo per pactum ſerui nihil poteſt acquiri domino aut inuito, aut ignoranti: multò minus fructuario qui non tantundem iuris habet in ſeruum fructuarium, quantum habet dominus. Atqui pacta de non petendo, & de petendo ſunt contraria, & implicitam habent contrariam voluntatem, cùm ſint etiam contradictoria. Ergo ſi creditor fructuarius pactus ipſe ſit de non petendo, ſeruus fructuarius poſtea paciſcens de petendo, non poteſt vtilem ei facere actionem & efficacem. [illegible] per poſterius pactum aduerſus prioris pacti exceptionem [illegible]licatione. Maior enim ratio habenda eſt voluntatis fructuarij ipſius quàm ſerui eodem fructuario vel inuito, vel ſaltem ignorante paciſcentis.

Ratio decidendi. Pacti de non petendo æquitas qua inducit exceptionem proficiſcitur à voluntate creditoris, qui paciſcitur ſe non petiturum. Nulla enim ei fit iniuria cum ipſius actio inefficax redditur per exceptionem cui cauſam ipſe præbuit propria voluntate. At è cont[illegible]tio pacti de petendo æquitas, quæ inducit replicationem, proficiſcitur à voluntate debitoris, qui non recuſat quominus à ſe petatur, ac vltrò adimit ſibi non auxilium exceptionis (quod non magis poteſt ille ſibi adimere, quàm efficere vt pactum quod meri facti eſt, pro infecto habeatur) ſed effectum ipſius propter replicationem, cui etiam præbet cauſam contraria conuentione. Nihil ergo vetat quominus ex poſteriore pacto ſerui acquiratur replicatio creditori fructuario, quamuis ex eiuſdem creditoris pacto antea fuiſſet acquiſita exceptio debitori, cùm hoc fiat ex noua voluntate debitoris, à qua non diſſentire ſufficit voluntatem creditoris eo tempore quo petit. Nam nec dubitari poteſt, quin velit petere is qui & petit, & aduerſus debitorem vtentem exceptione vtitur replicatione, cùm nemo inuitus aut petat, aut replicet. Acquiritur autem pacti tam exceptio quàm replicatio per ſeruum ſiue proprium ſiue fructuarium, quia licèt pactum ipſum facti ſit, exceptio tamen quæ ex pacto naſcitur, itémque replicatio iuris eſt, nimirum prætorij, cuius perinde incapax eſt ſeruus ac iuris ciuilis. *l. nullo 7. ad leg. Corneliam de falſ.*

c *Et pactus eſſet ne peteret.* Aliud ergo eſſet ſi ſeruus fructuarius pactus eſſet ne fructuarius peteret, quia in pacto de non petendo exquirenda eſt voluntas eius cuius eſſet petere, non ſerui, qui nec petere ipſe poteſt, nec vlla in re deteriorem facere illius, cui ſeruit, conditionem *d. l. melior 133. de reg. iur.*

d *Vtiliter ad petitionem admittetur.* Non quaſi ex hoc ſerui pacto naſci poſſit petitio, ſed quia pactum hoc parit replicationem, cuius beneficio ſit efficax actio quæ alioqui per exceptionem pacti elidi potuiſſet.

56. Idem libro 6. ad Minicium.

SI conuenerit, *ne dominus à colono quid peteret*, & iuſta cauſa conuentionis fuerit [a]: nihilominus colonus à domino petere poteſt.

Ad l. Si conuenerit. 46.

Ratio dubitandi. Contractus locationis & conductionis eſt vltrò citróque obligatorius, vt & emptionis & venditionis. *leg. ex empto 11. leg. Iulianus 13. §. offerri & paſſ. de action. empt. & vendit. lege in emptionibus 43. ſuprà hoc titulo.* iunct. *leg. 2. locat.* Ergo non poteſt reſolui pro parte quin reſoluatur in totum. *le. 1. lege cum emptor. 5. de reſcindenda venditione. lege fin. de acceptil.* nec poteſt fieri pactum de non petendo liberatorium ex vna parte quin ſit liberatorium vltrò citróque.

Ratio decidendi. Per pactum de non petendo contractus non reſoluitur, ſed exceptio tantùm acquiritur ſaluo manente contractu, ſalua obligatione vtrinque, & ſalua etiam vtrinque actione. In cóque grauiter errant noſtri qui ad hanc legem tractant, vtrum pro parte reſolui poſſit contractus, & quibus caſibus, quaſi per pactum de non petendo ab vno ex contrahentibus interpoſitum pro parte reſoluatur: quod falſum eſt. Alia ratio eſt acceptilationis, quæ licèt ex vna tantùm parte facta ſit, vtrunque tamen contrahentem liberat. *dicta lege vltima de acceptilatione.* quia per eam contractus reſoluitur, cùm neceſſe ſit præcedere nouationem, tollique omnem præcedentem obligationem. Atqui non poſſet fieri etiam expreſſa conuentione, vt ex contractu qui ſit vltrò citróque obligatorius, vnus tantùm ex contrahentibus eſſet obligatus: quia id repugnaret naturæ contractus. *dicta lege ex empto 11. §. vltimo. lege bona fides 50. de action. empt.* Niſi in caſu emptionis & venditionis cum pupillo factæ ſine tutoris autoritate. *dicta lege Iulianus §. ſi quis à pupillo. eod. dicta lege 1. de reſcindenda venditione.* Ergo cùm per acceptilationem diſcedatur in totum à contractu ex vna parte, neceſſe eſt vt diſcedatur etiam ex altera. Igitur à contrario ſi per pactum de non petendo non diſceditur ab emptione aut locatione, ne quidem ex parte illius pro quo per exceptionem liberando pactum intercedit, multò minùs diſcedi intelligetur ex alia parte, ne pacti exceptio ei proſit, cui pactum nocere debeat. Quare nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat eandem eſſe rationem diſtractus quæ eſt contractus, *lege ab emptione 59.* vbi Bartolus *numero 2. infrà hoc titulo. leg. & eleganter. 7. § non ſolum ſupra de dolo.* Non enim diſtrahitur negotium per pactum de non petendo, ſed potiùs confirmatur, quia pactum de non petendo præſupponit actionem, & conſequenter contractum tenere, & quidem ex vtraque parte. Nec poteſt dici pactum de non petendo interpoſitum fauore coloni, videri factum ea contemplatione, ne ſimiliter colonus quid peteret. Obligatur enim ſemper locator conductori ea contemplatione, vt viciſſim conductor locatori obligetur, quæ res facit vt non poſſit abiri à con-

tr[illegible] ex vna parte, quin habeatur ex altera. *d. l. 1. de reſc. vend. l. cum. te. 9. Cod. de pact. inter emp. & ven.* Sed non ſimiliter poſſis dicere, Pacti exceptionem non poſſe acquiri conductori contra locatorem, quin & locatori aduerſus conductorem acquiratur: præſertim cùm in pactis non ius, ſed factum verſetur, vt ſæpius diximus ex *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſupr. h. tit.* Inde námque fit vt ex pacto nihil inferri poſſit, niſi quatenus pactum factúmque interceſſit.

a *Et iuſta cauſa conuentionis fuerit.* Ratio dubitandi. Pactum nullam cauſam habet, in eóque differt à contractu. *l. 7. §. ſed cùm nulla. ſ. h. tit.* Ergo nihil intereſt, an iuſta cauſa pacti aliqua fuerit, necne.

Ratio decidendi. Alio ſenſu ſumitur cauſæ nomen in *d. paragraph. ſed cùm nulla.* alio autem in hoc loco, vt ibi dixi. Iuſtam verò cauſam intellige, ſi fortè ſterilitas aut animus donandi pacto cauſam præbuerit, non etiam ſi fortè vis vel dolus interuenerit. Tunc enim non ſolum danda eſſet doli replicatio ei qui vim vel dolum paſſus eſſet, ſed etiam deneganda actio ei qui prior agere, neque contractum ex parte ſua implere vellet, tum quia ea eſt natura contractus vltrò citróque obligatorij. *dicta lege Iulianus. paragrapho offerri*, tum etiam quia ſicut exceptiones, ita & replicationes doli iudiciis bonæ fidei inſunt, vt alicubi docui. Iunge quæ dicam ad *legem primam ſ. titulo proximo.*

57. FLORENTINVS lib. 8. Inſtitutionum.

QVi in futurum vſuras à debitore acceperat, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat.

Ad l. Qui in futurum. 57.

Ratio dubitandi. Pactum in vna re factum, in alia nocere aut prodeſſe nec poteſt nec debet. *l. ſi vnus 27. §. pacta ſ. hoc tit.* Atqui aliud eſt vſura, aliud ſors, nec quicquam ſimile habet ſors cùm vſura. *l. 3. l. 5. de ſolut. l. vlt. & tot. tit. Cod. de vſur.* Ergo pactum de vſuris factum non poteſt extendi ad ſortem, vt è contrario ſententia de ſorte lata non porrigitur ad vſuras. *l. vlt. §. vlt. de cond. indebit.*

Ratio decidendi. Vſuræ licèt differant à ſorte, non poſſunt tamen intelligi, niſi ex comparatione ſortis. Vſura enim dicitur quicquid excedit ſortem, nec debentur vſuræ niſi ob moram & ceſſationem factam in ſoluenda ſorte. *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo de vſur.* Ergo paciſcitur tacitè de non petenda ſorte in certum vſque tempus quiſquis accipit vſuras in futurum illud tempus. Alioqui nullo iure eas haberet, & poſſent ab ea condici ſaltem condictione ſine cauſa ex *le. ſi me & Titium 32. de rebus creditis. libro 1. & toto titulo de condictione ſine cauſa.* Quæ res facit vt intra illud tempus pro quo vſuras accepit, ſortem petat, repellatur doli exceptione. *lege 2. paragrapho non malè. de doli mali exceptione.* Diſſimile eſt pactum, ſed quod tamen eandem rationem habet, ſi conueniat vt donec vſuræ ſoluerentur, ſors non petatur. Illud eſt de vſuris in futurum ſoluendis, de quo in *lege quarta. paragrapho vltimo ſuprà eodem.* Hoc verò de quo agimus de vſuris iam ſolutis, ſed tamen pro tempore futuro. Illud perpetuum eſt, ſi modò in perpetuum vſuras præſtare debitor paratus ſit: hoc verò eſt temporale quandiu tempus durat, pro quo vſuræ ſunt ſolutæ. Nam ſi poſtea vellet alias vſuras ſoluere, vt in longius tempus ſortis petitio differretur, creditor non cogeretur eas accipere, ſi ſortem habere mallet.

1 ¶ Si ex altera parte in rem, ex altera in perſonam pactum conceptum fuerit, veluti, *ne ego petam*, vel, *ne à te petatur*: heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit [b], & ab herede tuo omnes petere poterimus.

Ad §. 1. Si ex re altera.

Ratio dubitandi. Etiamſi paciſcar ne à te petam (aliud ſi ab alia certa perſona) non ideo tamen pactum ſemper eſt perſonale, quia pleromque perſona pacto inſeritur, non vt perſonale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum ſit factum. *lege 7. §. pactorum ſuprà hoc titulo.* Itaque cùm ſit quæſtio voluntatis, non melius quàm ex aliis, quæ eodem pacto continentur, dignoſci poteſt, an ea mens fuerit paciſcentium, vt pactum in rem eſſet, aut in perſonam. Atqui ponimos ex altera parte pactum fuiſſe in rem. Cur ergo ex altera parte volumus hoc caſu interpretari pactum eſſe in perſonam? Præſertim cùm fauorabilior ſit interpretatio, per quam pactum in rem fuiſſe intelligitur, ſi quidem tantò latiùs patet, vt ad heredes quoque paciſcentium protrahatur.

Ratio decidendi. Quoties perſona certa expreſſa eſt, pactum in dubio præſumitur perſonale, niſi contraria mens probetur, qoia voluntas nunquam poteſt in dubio melius perſpici, quam ex vi & proprietate verborum: *lege ille aut ille 25. §. 1. lege non aliter 63. de leg. 3. lege Labeo. 7. §. 1. de ſupellect. leg.* Et quod ex altera parte pactum in rem conceptum eſt, tanto magis facere debet, vt ex alia parte pactum in perſonam eſſe interpretemur. Si enim ea mens paciſcentium fuit, vt pactum vtrinque in rem eſſet, cur non iiſdem verbis ex vtraque parte illud conceperunt, quomodo argumentatur Iuſtinianus in *lege vnica. §. vbi autem. verſ. ſin autem ad deficientis. in fin. Cod. de caduc. tollend.*

b *Heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit.*

Ratio dobitandi & decidendi eadem quæ ad *legem idem 25. paragrapho perſonale. verſ. nec ad heredem. ſuprà hoc titulo* Aliam rationem dubitandi adferont nonnulli ex Bartolo, quod in dubio pactum cenſeatur in rem, licèt demonſtrata ſit perſona aliqua, dummodò ſit ex paciſcentibus: atque ita intelligunt. *lege 7. paragrapho pactorum ſuprà hoc titulo.* Et quia hic textus apertè repugnat, ſupplent adiectam hîc fuiſſe dictionem taxatiuam *tantùm*, aut aliam ſimilem. Sed hoc ridiculum & commentitium eſt. Alij diſtinguunt pactionem negatiuam ab affirmatiua, quaſi affirmatiua tranſeat faciliùs in heredem quàm negatiua. Alij an perſona apponatur verbo obligatiuo, an verbo obligationis executiuo, vt primo caſu pactom non ſit perſonale, ſit autem poſteriore. Cùm potiùs deberet dici pactum eſſe perſonale, ſi perſona adiiciatur verbo obligatiuo. Non item ſi verbo executiuo, quia verba executiua non ſolent ampliare aut reſtringere diſpoſitionem. *lege vlt. §. penultimo. de condict. indebit.* Sanè ſi pactum in quo demonſtrata eſt certa perſona adiectum ſit contractui, qui ſui natura tranſit ad heredem, abſurdum eſt dicere pactum in dubio præſumi perſonale. *lege ſi neceſſarias 8. paragrapho de vendendo. infrà de pignerat. action.*

58. NERATIVS libro 3. Membranarum.

AB emptione, venditione, locatione, conductione, cæteriſque ſimilibus obligationibus, quin, integris omnibus conſenſu eorum [a], qui inter ſe obligati ſint recedi poſſit, dubium non eſt. Ariſtoni hoc amplius videatur: ſi ea, quæ me ex empto [b] præſtare tibi oporteret præſtitiſſem, & cùm tu mihi pretium deberes, conueniſſet mihi tecú, *vt rurſus præſtitis mihi in à te in re ver[illegible] omnibus, quæ ego præſtitiſſem, pretium mihi non [illegible]are*, túque mihi ea præſtitiſſes, pretium te debere deſinere: quia bonæ fidei [c], ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conuentionem admittit. Nec quicquam intereſt, vtrùm integris omnibus, in quæ obligati eſſemus, conueniret, *vt ab [illegible] conuentio diſcederetur*, an in integrum reſtitutis his quæ ego tibi præſtitiſſem, conſentiremus, *ne quid tu mihi eo nomine præſtares*.

¶ Illud planè conuentione [d], quæ pertinet ad reſoluendum id, quod actum eſt, perfici non poteſt, *vt tu, quod iam ego tibi præſtiti, contra præſtare mihi cogaris*, quia eo modo non tam hoc agitur, vt a priſtino negotio diſcedamus, quàm vt nouæ quædam obligationes inter nos conſtituantur.

Ad l. Ab emptione 58.

a *Conſenſu eorum.* Ratio dubitandi. Contractus omnes præterquam quod [illegible] perficiuntur ab initio ſunt voluntatis, ex poſtfacto autem neceſſitatis *leg. ſicut 5. Cod. de act. & oblig. & action.* Ergo non magis tolli poſſunt ſolo conſenſu, quamuis rebus adhuc integris, quam ſi integræ non eſſent.

Ratio decidendi. Nihil tam naturale eſt, quàm quidque diſſolui eo modo quo colligatum eſt *lege nihil tam naturale 35. de regulis iuris. lege prout 8. de ſolut.* Ergo contractus ſolo conſenſu perfecti rebus adhuc integris contrario conſenſu diſſolui poſſunt. *l. 3. de reſcind. vend. l. 1. C. quand. lic. ab empt. diſced.*

b *Si ea quæ me ex empto.* Ratio dubitandi. Si ea quæ me ex empto tibi præſtare oportebat iam præſtiterim, res amplius integra non eſt. Ergo nudo conſenſu fieri ex eo tempore non poteſt, vt ab emptione diſcedatur: quamuis etiam conuenerit, vt retrotradas mihi ea omnia quæ a me habuiſti.

Ratio decidendi. Nihil planè intereſt an res ſemper manſerit integra, an verò in integrum reſtituatur priuſquam venditio in eo ſit, vt nudo conſenſu reſoluatur. Etſi enim ea quæ facta ſunt pro infectis haberi nunquam poſſint. *l. in bello 12. §. [illegible] ff. de captiuis & poſtlim. l. 2. [illegible] de reſ. ind. vend.* poſſunt tamen contrario facto [illegible] eum ſtatum reduci, vt perinde habenda ſint, ac ſi facta nunquam fuiſſent. Vt ſi res vendita tradita ſit, poteſt facilè retrotradi, & ita pro non tradita haberi. Et ideo obſeruandum eſt pactum, de quo hic Neratius ex Ariſtone tractat, non ita conceptum fuiſſe, vt poſtquam venditor emptori rem tradidit, cùm emptor viciſſim ei pretium deberet, conuenerit vt emptor eam rem retrotraderet, atque ita deſineret pretium debere. Sic enim conceptum pactum nullius eſſet momenti, quia nunquam poſſet prodeſſe ad agendum emptore nolente rem retrotradere. Sed ponimus ita conceptum fuiſſe, *vt rurſus præſtitis mihi a te omnibus, quæ ego tibi præſtitiſſem*, ceſſat ſcilicet poteſtate pacti in id tempus quo retrotraditio [illegible] facta eſſet, non etiam collata in pactum retrouadendi obligatione. Idque poſtea ſequitur in hac lege.

c *Quia bona fides.* Ratio dubitandi. Bona fide vult pacta omnia ſeruari, quæ nec contra leges ſunt, nec contra bonos mores, *l. 1. l. 7. §. ait prætor. 3. h. tit.* Ergo ſi nihil niſi bonam fidem inſpicimus, non eſt diſtinguendum an res ſit integra vel in integrum reſtituta nécne, quia omnimodo pactum valebit.

Ratio decidendi. Imò non patitur bona fides vt diſcedatur a contractu nudo conſenſu, ſi iam ex vna parte impletus fuerit contractus, non etiam ex altera, quoniam ita fieret vt vel emptor vel venditor & pretium haberet, quod euidenter iniquum, & contra bonam fidem eſt. *Lex empto. 11. §. vlt. l. bona fides 50. de act. empt.*

d *Illud planè conuentione.* Ratio dubitandi. Valet pactum, vt tu quod iam ego tibi præſtiti, mihi contra præſtare cogaris. Fiuntque quotidie huiuſmodi pacta quæ nos de retrouendendo appellamus, de quibus tractant noſtri ad *l. 2. C. de act. empt. & vend.* Quin imò valet etiam pactum, vt ſi quantitas ab emptore data pretij nomine ei reddatur à venditore intra certum tempus res ſit inempta. *l. ſi à te. 7. eo.* Ergo conuentio fieri poteſt vt quod vnus ex contrahentibus præſtitit, eidem reddatur, etiam ad ſoluendum contractum.

Ratio decidendi. Si pactum de retrouendendo appoſitum ſit aut in ipſo contractu, aut in continenti poſt contractum emptionis valet etiam ad producendam actionem. *dicta lege 2. vt & illud de quo in dicta lege ſi a te.* quemadmodum & cætera omnia quæ in ipſis rerum traditionibus interponuntur. *lege in traditionibus 48. ſupra hoc titulo.* ſed non ad reſoluendum contractum. Aliud enim eſt id agi vt à priſtino negotio diſcedamus: aliud verò vt nouæ quædam obligationes conſtituantur. Quòd ſi pactum ex interuallo factum ſit, tunc neque prodeſt ad agendum, neque ad reſoluendum contractum re amplius non integra. Et de his nimirum pactis ex interuallo appoſiti loquitur hæc *l.* cùm diſtinguit an omnia ſint integra nécne, quia cùm res eſt integra, ea quoque pacta quæ ex interuallo ſecuta ſunt, eam vim habent vt reſoluant contractum qui conſenſu tantùm, non etiam implemento ſecuto perfectus fuerat.

59. PAVLVS libro 3. Regularum.

PEr quos adquiri nobis ſtipulatione poteſt, per eoſdem etiam pactis conuentionis meliorem conditionem noſtram fieri poſſe placet.

Ad l. per quos 59.

Ratio dubitandi. Magna eſt differentia inter pacta & ſtipulationes. Nam in ſtipulationibus ius verſatur, in pactis nihil niſi factum. *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret de pactis.* Facilius ergo eſt vt per eos quos in poteſtate habemus, acquiratur nobis ex ſtipulatione quàm ex pacto, quia vt nobis per eos, quos in poteſtate habemus, acquiri aliquid poſſit, ſit ex iuris poteſtate tantùm, adeo vt ne momento quidem acquiſitio conſiſtat in perſona ſerui. *l. placet 79. de acquir. hered.* Ratio decidendi. Quæ ratio eſt ſtipulationis in producenda actione, eadem eſt pacti in producenda exceptione. Non enim magis capaces exceptionis ſunt ſerui quàm actionis ſibi acquirendæ, & contrà non minus intereſt eius qui alium habet in poteſtate, vt per illum acquiratur ſibi exceptio, quàm vt actionem. Nec ad rem pertinet quòd pactum ſit facti. Non enim [illegible] quod [illegible] domino per ſeruum, aut patri per filium, [illegible] quæ ipſa iuris [illegible], etiamſi [illegible] quod [illegible] inpet eſt iuris præt[illegible] [illegible].

Denique

Denique publica vtilitas fecit vt permittendum fuerit conditionem noſtram per eos, quos in poteſtate habemus, meliorem fieri quoquomodo, id eſt, ſiue per pacta, ſiue per ſtipulationes, ſiue actionem acquirendo, ſiue exceptionem. *lege ſtipulatio iſta* 38. *paragrapho hi qui de verborum obligatione.*

60. PAPIRIVS IVSTVS libro 8. Conſtitutionum.

IMperator Antoninus Auidio Caſſio reſcripſit: Si creditores parati ſint partem ex bonis, licèt ab extraneo conſequi: rationem habendam priùs neceſſariarum perſonarum, ſi idoneæ ſint.

Ad l. Imperator 60.

Ratio dubitandi. Cùm plures ſunt creditores qui veniunt ad bona eiuſdem debitoris quæ ſint vendenda, non veniunt tanquam neceſſariæ perſonæ, ſed tanquam creditores. Imò & creditores ipſi cùm veniunt ad emptionem & licitationem, veniunt tanquam extranei, & ita demum ſi alius emptor non exiſtat, aut exiſtat quidem, ſed non dignum pretium offerat. *l.* 2. *&* 3. *C. ſi in cauſ. iud. pign. capt. ſit.* Non igitur illi præferendi ſunt qui ſunt conſanguinei, ſed qui ſunt creditores aut antiquiores, aut ex maiore quantitate pecuniæ, vt in *l. maiorem* 8. *ꝟ. h. t. cum bona* 16. *de rebus aut iudic. poſ. aliàs l.* 1. *de priuil. cred.* Aut potiùs, ne creditores quidem, ſed extranei.

Ratio decidendi. Præferuntur illi, qui maius pretium offerre volunt, ſiue creditores ſint, ſiue conſanguinei, ſiue extranei, ſed cæteris paribus creditores licèt extraneorum vice emant, præferuntur, & ex creditoribus illi, quibus maior pecuniæ quantitas debetur. Sed ſi nolint præferri, paratóſque ſe profiteantur partem debiti ex bonis debitoris conſequi, licèt ab extraneo, non poſſunt inuidere, aut impedire quominus extranei conſanguinei præferantur, dummodo ſint idonei, hoc eſt, ſoluendo. Cæteris enim paribus æquum eſt neceſſarias perſonas extraneis præferri. *dicta lege cum bona.* Malè vulgò noſtri poſt Bar. hanc *legem* ſic intelligunt, vt vbi eſt paritas in cumulatione debiti, dignitatis & numero perſonarum præferantur voces conſanguineorum. Alius enim ille tractatus eſt pertinens ad ea quæ diximus ad *paragraphum vltimum. lege* 7. iunct. *leg.* 8. *ſuprà hoc titulo.* Malè alij rurſum ita intelligunt, vt pactum ei factum qui putabatur heres porrigatur ad eum, qui in veritate heres eſt. Scilicet, inquiunt, ſi contemplatione hereditatis, non perſonæ factum ſit, ne obſtet. *lege ſi decem* 17. *ſi decem* 17. §. *penultim. ꝟ. hoc titul.* iunct. *leg. ſi actionem* 24. *Cod. eod.* Nihil enim eſt in tota hac lege vnde poſſit commentitias iſtas interpretationes colligere. Iunge *l. dudum* 14. *Cod. de contr. empt.*

61. POMPONIVS lib. 9. ad Sabinum.

NEmo paciſcendo efficere poteſt, *ne ſibi locum ſuum dedicare liceat:* aut, *ne ſibi in ſuo ſepelire mortuum liceat:* aut, *ne, vicino inuito prædium alienet* [a].

Ad l. Nemo 61.

Ratio dubitandi. In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit id valere manifeſtiſſimum eſt: *l. in traditionibus* 48. *vbi dixi ꝟ. hoc tit.* cùm vnuſquiſque rei ſuæ moderator ſit & arbiter, *l. in re mandata* 21. *C. mandat.* Cùm enim venditor aut alius alienator non alia lege ius ſuum in alium transferri paſſurus fuerit, niſi tali fretus conuentione quomodo ferendum eſt aliquam captionem ex varia & contraria pati eum interpretatione, inquit Iuſtinianus in *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.*

Ratio decidendi. Alia fuit hac parte ratio iuris veteris, quod huius legis temporibus obtinebat, alia verò iuris noui, quod induxit Iuſtin. in *d. l. vlt.* Iuris veteris ratio illa fuiſſe videtur, quod non videretur conuenire bono viro & pio credere quicquam intereſſe paciſcentis, quod locus venditus fuerit Deo dicatus, aut per illationem mortui factus religioſus, cùm ita factum eſſe interſit pietatis & religionis. Exemplo eius quod Papin. reſpondit in *l. ſeruus* 7. *de ſeru. export.* Sed quemadmodum Papinianus in eadem ſpecie mutauit ſententiam, tandémque ſecutus eſt Sabini opinionem exiſtimantis agi poſſe ex lege contractus, quoties intereſt paciſcentis. Intereſſe autem ſemper eius qui tantò minoris propter pactum rem vendiderit. *l. ſi venditor* 6. §. *vlt. eod.* Ita & Iuſtinianus corrigendum putauit ius vetus ea ratione, quod forſitan interſit venditoris, qui non aliter ſaltem eodem pretio fuerit vendituris. Hæc enim ratio eſt. *d. l. vlt.* Quoties námque paciſcentis intereſt, dubitari non oportet quin pactum valeat. *l.* 1. §. *ſi quis hoc ceſſerit* 28. *de aqua quotid. & æſt. l. ſi creditor* 7. §. *vlt. de diſtr. pign. l. ex fundo* 19 *de ſeruit.*

a *Aut ne vicino inuito prædium alienet.* Ratio dubitandi. Poteſt intereſſe paciſcentis vt alium vicinum non habeat, quam quem nunc habet: quem tamen haberet nouum ſi fundi alienatio contra pacti fidem permitteretur. *d. l. vlt. verſ. forſitan. C. de pact. empt. & vendit.*

Ratio decidendi. Intereſt publicè liberam eſſe domino cuilibet rerum ſuarum alienationem, præſertim homini ingenuo & ciui Romano. *l.* 2. *ſi à parent. quis manum.* Nihil enim tam naturale eſt, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione* 9. §. *hæ quoque res de acquir. rer. domin.* Et quemadmodum non eſt in cuiuſquam arbitrio & voluntate vt deſinat eſſe rei ſuæ dominus, niſi aliquo ex iis modis quibus placuit rerum dominia amitti iure gentium vel ciuili. *l. ſi quis vi.* 17. §. *differentia. de acquir. poſſeſſ.* Ita nec vt is qui rei ſuæ dominus manet eius pro arbitrio alienandæ non habeat facultatem. *arg. l. dudum* 14. *C. de cont. empt.* Aliud eſt ſi conuenerit vt cùm tu rem tuam vendere voles cogeris me præferre alij cuilibet emptori pro eodem pretio, quod ius *προτιμήσεως* appellatur. *l. qui Romæ* 122. §. *coheredes de verb. oblig.* Hoc enim pactum non ſimpliciter prohibitiuum eſt, ſed limitatiuum, vt noſtri loquuntur, & ideo iam olim quoque valebat. *l. ſi ſterilis* 21. §. *ſed ſi. de act. empt.* Sed obſeruandum eſt eo loco agi de huiuſmodi pacto interpoſita in ipſa eiuſdem rei venditione. Quo ſanè caſu dubitandum non eſt valere pactum quodlibet etiam quo conuenit ne poſſis alij vendere rem quam ea lege vendidi tibi *d. l. in traditionibus* 48. *ſupr. hoc titulo. l. ea lege* 3. *C. de cond. ex leg. l. ſi ita quis* 135. §. *ea lege de verbor. obl.* qui omnes loci ſunt ex iure vetere & ante Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vend. & in l. vlt. C. de reb. alie. non alien.* Ex quo apparet quod in hac lege ſcriptum eſt, non valere huiuſmodi pactum. Ne quis vicino inuito prædium ſuum alienet, non eſſe intelligendum de eo caſu quo contrahentes hanc legem dicant ipſi prædio quod alienatur: quomodo etiam Accurſ. Bartol. & alij vulgò intellexerunt: Multùm námque intereſt: an rei ſuæ quis legem dicat, an alienæ. *l. quoties* 15. iunct. *l. ex fundo* 19. *de ſeruit. l. venditor* 13. *commun. præd.* ſiue in ipſa traditione rei propriæ ita quis paciſcatur, ſiue extra traditionem. Sed & cùm dicimus valere pactum de re quæ traditur non alienanda, ſic intelligendum eſt non vt dominij tranſlatio impediatur, ſed vt ſi alienatio fiat, actio ex ea cauſa competat perſonalis,

per quam cogatur is qui alienauit præſtare quicquid intereſt paciſcentis. *d. l. ſi ita quis §. ea leg. de verb. oblig.* & *d. l. ſi ſterilis. §. ſed etſi de act. empt.* niſi malit donator condicere quod donauit. *d. l. ea lege 3. C. de condict. ex leg.* Atque ita etiam accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. vlt. de reb. alien. non alien.* prohibita per pactum alienatione non ſolùm dominij alienationem prohibendam eſſe, ſed etiam vſusfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Hoc nimirum ſenſu, Vt contra legem contractus feciſſe intelligatur, ex eáque cauſa perſonali actione teneatur is qui vſumfructum vel pignus conſtituit, vel ſeruitutes impoſuit, non minùs quàm ſi rem alienaſſet. Alioqui fatendum erit ius vetus abrogatum fuiſſe ea Iuſtiniani conſtitutione, quod an verùm ſit, aliquando, ſi Deus volet, ad eum locum dicemus. Excipiendus eſt caſus quo is qui paciſcitur de re non alienanda habeat in ipſa re ius aliquod, putà hypothecæ aut dominij, vt noceant directi in re emphyteutica. Hoc enim caſu verum eſt ipſam quoque dominij tranſlationem impediri. *d. l. ſi creditor 7. §. vlt. de diſtr. pig.* An autem aliqua ſit hac parte differentia inter contractus & vltimas voluntates, alio etiam loco tractandum erit.

62. FVRIVS ANTHIANVS libro 1. ad Edictum.

SI reus, poſtquàm pactus ſit, *à ſe non peti pecuniam*, (ideóque cœpit id pactum fideiuſſori quoque prodeſſe) pactus ſit, *vt à ſe peti liceat*: an vtilitas prioris pacti ſublata ſit fideiuſſori quæſitum eſt [a]? Sed verius eſt ſemel adquiſitam fideiuſſori pacti exceptionem, vlterius ei inuito extorqueri non poſſe.

Ad l. Si reus 62.

Ratio dubitandi & decidendi pendet ex iis quæ diximus ad *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſupr. h. tit.* vbi oſtendimus in huius legis quæſtione Iureconſultos diſſenſiſſe.

a *Quæſitum eſt.* ſcilicet inter Iureconſultos. Sic enim loqui prudentes noſtri ſolent, cùm tractant de re quæ fuerit inter eos controuerſa: idémque oſtendunt etiam ea verba quæ ſequuntur. *ſed verius eſt.*

DE TRANSACTIONIBVS.

TITVLVS XV.

VLPIANVS libro 50. ad Edictum.

QVI tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta [a], neque ita tranſigit, qui verò paciſcitur [b] donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.

Ad Tit. 15. De Tranſact.

Ad l. Qui tranſigit 1.

Ratio dubitandi. Tranſactum accipimus, non ſolùm ſi Aquiliana ſtipulatio fuerit ſubiecta, ſed & ſi pactum nudum & conuentum fuerit factum. *l. prox.* j. *eod.* Vnde dicitur paſſim pactum tranſactionis. *l. ſi de certa 31. l. quamuis 39. C. eod.* Ergo cùm tranſactio ſit pactum, nulla inter pactum & tranſactionem, niſi quantum ad ſonum verborum, differentia eſt.

Ratio decidendi. Pactum ſe habet ad tranſactionem, vt genus ad ſpeciem. Omnis enim tranſactio pactum eſt, licèt aliquando Aquilianæ ſtipulationis & acceptilationis vinculis firmetur. *l. vbi pactum 40. C. h. tit.* Sed non ſimiliter omne pactum tranſactio eſt. Tranſactio non ſolummodo pactum eſt, ſed etiam tale pactum, quod ſemper eandem cauſam ſuam habet; eámque iuſtam: vt nimirum à lite diſcedatur. *leg. in ſumma 65. §. 1. de condict. indeb.* Vnde & tranſactionis cauſa paciſci quis rectè dicitur, ſicut & donationis. *l. 7. l. cùm donationis 34. C. h. t.* At pactum quod tranſactio non eſt, non ſemper iuſtam cauſam habet, quod cùm euenit nec ſeruandum eſt, quia nulla æquitate adiuuatur. *l. ſi conuenerit 56. ſupra titul. 1.* Cùm verò aliquam iuſtam habet, non tamen ſemper eandem habet. Fit enim aliquando ex cauſa onerosa, aliquando etiam, &, vt plurimum, animo donandi. *l. contra 28. §. vlt. ſupr. eod.* iunct. *l. 4. §. nunc de effectu. de lib. leg.* In dubio tamen præſumitur pactum ex liberalitate factum & animo donandi, vt conſtat ex hac lege, in qua verba illa, *donationis cauſa* referenda ſunt ad verbum *remittit*, non ad verbum *paciſcitur*, poſt quod ideo ponenda virgula eſt, etſi non ignoro Bartolum contrà putare, ea ratione quòd animus donandi non præſumitur in dubio, *vulg. leg. cùm indebito 25. de prob.* Quod verum quidem eſt quoties alia interpretatio capi poteſt. Sed cùm quis rem aliquã ſuam remittit nullo iure cogente, quænã alia præterquàm donationis interpretatio capi poteſt? *l. donari 28. de don. l. donari 28. de reg. iur.* Itaque pactũ nunquã poteſt nullam habere cauſam, ſiue fiat gratuito nullo dato vel accepto vel retento, quo caſu retinet nomen generis, quia tunc donationem ſiue liberalitatem pro cauſa habet, ſiue fiat aliquo accepto vel retento, quo caſu tranſactio appellatur *l. tranſactio. 38. C. h. tit.* Poteſt ſanè pactum etiam gratuitum habere non iuſtam cauſam, putà dolum aduerſarij, vel vim vel errorem. Quomodo accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi conuenerit.* quod Barto. non intellexit pro eodem accipiens cauſam nullam & non iuſtam.

a *Quaſi de re dubia & lite incerta.* Ratio dubitandi Poteſt tranſigi etiam priuſquàm lis vlla ſit, ſi modò ſubſit metus litis, *l. 2. C. h. tit.* Et è contrario non ſemper ſufficit litem ſubeſſe vt poſſit tranſigi. Quid enim ſi non niſi dicis cauſa & per calumniam lis fuerit inſtituta? *l. in ſumma 65. §. 1. de cond. indeb.* Ergo non eſt bona hæc definitio tranſactionis.

Ratio decidendi. Nihil intereſt an lis aliqua iam ſubſit, an metus litis, quod pertinet ad cauſam tranſactionis quia commodior & vtilior eſt tranſactio, quæ litis futuræ viam præcludit, quàm quæ litem iam motam terminat. Cæterùm vtroque caſu rem dubiam eſſe oportet, quoniam de re certa & indubitata neque lis neque litis metus eſſe poteſt. Ex eo autem maximè quod res dubia ſit, tranſactio æſtimatur. Non tamen ex eo ſolo. Nam ſi res dubia remittatur liberaliter & gratuito, id eſt, nullo accepto aut retento, pactum eſt, non tranſactio. *l. tranſactio 38. Cod. eod. d. l. in ſumma. §. 1.* vbi quod dicitur, *licet res nulla media fuerit*, non ita debet accipi ac ſi ſcriptum eſſet, *licèt nulla ex parte datum quicquam fuerit* repugnant enim quæ proximè præcedunt, (*quod tranſactionis nomine datur*)

ſed

ſed hoc ſenſu quaſi ſcriptum ſit, *licèt ex altera parte nihil datum ſit*. Satis enim dat qui à lite diſcedit, ſed hoc non ſatis eſt ad tranſactionem, ſi non aliquid viciſſim eo nomine accipiat, licèt ex altera quoque parte è lite diſcedatur. Iunge quæ dicam ad *l. 7. ꝟ.*

b *Qui verò paciſcitur.* ſupple citra tranſactionem. Hinc ergo apparet conuentionem factam animo tranſigendi, ſi ex aliqua cauſa non poſſit valere tanquam tranſactio, non valere tanquam pactum nudum. *l. 12. l. ſi cauſa cognita 32. C. h. tit.* Eſt enim prorſus non modò diuerſus, ſed etiam contrarius animus paciſcendi & tranſigendi. arg. *l. 1. §. eum qui de conſtit. pec. l. 1. §. ſi quis ita. de verborum obligation.* Et ex hac tranſactionis pactique differentia ſoleo explicare & diſſoluere nodum illum qui occurrit in interpretatione. *l. 1. C. de pact. & l. de fideicommiſſo 11. C. h. tit.* Ibi enim valet pactio de remittendo conditionali fideicommiſſo, quæ facta eſt per modum tranſactionis, id eſt, aliquo accepto vel retento. Cùm ſi facta eſſet animo paciſcendi & citra cauſam tranſactionis, non valeret, ſi Paulo credimus. *libro quarto Sententiarum. titulo 1. paragrapho 13.* Pactum enim cùm fiat gratuitò, deſtruit voluntatem teſtatoris, quam è contrario tranſactio præſupponit. Quod enim ad finiendum conditionis incertum ex cauſa tranſactionis datur, facit vt non poſſit dici voluntatem teſtatoris nullum effectum habuiſſe.

2. Idem libro 2. ad Edictum.

TRanſactum accipere quis poteſt, non ſolùm ſi Aquiliana ſtipulatio fuerit ſubiecta: ſed & ſi pactum conuentum fuerit factum.

Ad l. Tranſactum 2.

Ratio dubitandi. Tranſactionis proprium eſt decidere & finire lites *leg. fratris 10. leg. cauſas 16. & paſſim Cod. hoc titul.* Atqui non poteſt finiri lis per pactum nudum, quia quandiu actio durat, lis quoque ſubeſt duràtque, aut ſaltem durare poteſt. Pactum autem actionem ipſo iure tollere non poteſt *lege ſi vnus 27. § pactus ne peteret ſupra titulo proximo.* Ergo cùm acceptilatio ſola illa ſit, quæ actionem tollere ipſo iure poteſt, ſequitur tranſactionem non aliter fieri debere, quàm per acceptilationem.

Ratio decidendi. Dicitur finita lis etiam cum pacto nudo facta tranſactio eſt, quia tale pactum parit exceptionem, ad ſummouendum eum qui aduerſus placita perſequi litem velit, quod perinde eſt in effectu, ac ſi iure ipſo actio ſublata eſſet *leg. ſi ſuper 9. cum ſequent. leg. vt reſponſum 15. leg. cùm proponas 17. leg. ſi quidem 24. l. ſiue 28. leg. ſi maior 36. & paſſ. Cod. h. tit.* iunct. *l. nihil. intereſt 112. de reg. iur.*

3. Scævola lib. 1. Digeſtorum.

IMperatores Antoninus & Verus ita reſcripſerunt: Priuatis pactionibus non dubium eſt, non lædi ius cæterorum [a], quare tranſactione, quæ inter heredem, & matrẽ defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poſſe, neque manumiſſis, vel legatariis actiones ſuæ ademptæ: quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem conuenire debent [b], qui in tranſactione hereditatis, aut cauit ſibi [c] pro oneribus hereditatis, aut ſi non cauit [d], non debet negligentiam ſuam ad alienam iniuriam referre.

Ad l. Imperatores 3.

Ratio dubitandi. Tranſactio habet vim rei iudicatæ *l. non minorem 20. C. h. tit.* Atqui ſententia cum vero herede lata nocet legatariis & manumiſſis, ita vt herede condemnato cogantur appellare, quemadmodum & iis permiſſum eſt adeſſe liti, ſi heredis colluſionem vereantur *l. ſi ſuſpecta 29. ꝟ. de inoffic. teſtam. leg. 5. §. 1. leg. ſi perluſorio 14. de appellat.* Ergo & tranſactio cum herede facta iiſdem nocere debebit.

Ratio decidendi. Æquum fuit ita ius conſtitui, vt tranſactio tantò minùs noceret legatariis & manumiſſis, quantò maioris autoritatis eſt quàm res iudicata. Nam à ſententia poteſt appellari etiam per eos, qui non fuerunt condemnati, ſi modò eorum interſit *l. 1. de appell. recip.* id eſt, ſi quoquo modo per ſententiam læſi ſint etiam per conſequentias. At non poteſt à tranſactione appellari, neque aduerſus tranſactionem peti reſtitutio in integrum ab iis qui non contraxerunt, quæ nec ab iis ipſis qui tranſegerunt, peti poſſet, ſi ætas iis non patrocinaretur *l. de fideicommiſſo 11. l. cauſas 16. Cod. h. tit.* Ergo ne res inter alios acta aliis omnimodò noceat, fatendum eſt tranſactionem ab herede factam legatariis non nocere *tot. tit. res inter alios acta*, quia nec pactum inter alios initum aliis noceret *l. ſi vnus 27. §. pacto in fin. ꝟ. tit. 1.* Tranſactio autem pactum eſt, vt diximus ad *l. 1. h. tit.* Et quamuis legata, libertates, fideicommiſſa, & alia quæcunque teſtamento relinquuntur, pendeant à iure teſtamenti, & conſequenter ab inſtitutione heredis, quæ caput eſt & fundamentum teſtamenti *l. ſi nemo 9. de teſtam. tutel. l. quod per manus 10. de iure codicillorum.* non tamen pendent ab opinione aut voluntate heredis, cui ſanè permittendum non eſt vt facto ſuo adimat actionem iis quibus fuit iure acquiſita, ſiue per colluſionem, ſiue per imperitiam ius ſuum remittat *l. Granius 71. §. pen. ꝟ. de fideiuſſ. l. non debet alteri 74. de reg. iur. l. vlt. ſupr. tit. prox.* In eóque differt tranſactio quæ priuatorum eſt, à re iudicata quæ autoritatem accipit à perſona & officio iudicis, cuius munus publicum eſt *l. quippe 78. de iudic.* Vt proinde mirum non ſit autoritatem rei iudicatæ latiùs patère quàm tranſactionis. Quamuis non negem inter eos ipſos qui tranſegerunt, tranſactionem rei iudicatæ vim habere. Denique res iudicata afficit quodammodo rem ipſam de qua iudicatur, quia pronuntiatur de iure teſtamenti, iure ſcilicet factum eſſe vel non eſſe. Aut reſcinditur teſtamentum, ſi pronuntietur pro querela inofficioſi. Quorum tamen omnium nihil dici poteſt, cùm heres ſcriptus per tranſactionem factam cum proximo agnato hereditatem omittit, quia teſtamentum in ſuo iure manet *d. l. ſi ſuſpecta. §. quamuis.*

a *Non lædi ius cæterorum.* Regula iuris eſt qui conuenit *l. inter debitorem 42. ſupr. tit. prox. l. debitorem 25. & ſeq. Cod. h. tit. l. 2. & tot. tit. Cod. inter alios act. vel iud. aliis non nocet.* Alia & diuerſa regula eſt, de qua in *l. ius publicum 38. ſupr. tit. prox.*

b *Scriptum heredem conuenire debent.* Ratio dubitandi. Hereditas ſola eſt quæ heredem ſcriptum & legatis & libertatibus obligat non ſolùm teſtamentum *l. ſiue à certis 17. de duob. reis.* Adeò vt etiam ſi heres ſcriptus hereditatem teſtamentariam repudiet, ac eam tamen poſſideat ab inteſtato, perinde legatis & libertatibus, & fideicommiſſis omnibus maneat obligatus ex edicto, de quo in *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Atqui ſcriptus heres qui per tranſactionem agnouit potiora eſſe iura legitimi heredis, non amplius poſſidet hereditatem. Ergo neque legatorum aut libertatum nomine conueniri poteſt, ſed le-

gitimus heres ad quem tota hereditas peruenit, vt & in *l. controuerſia 14. infr. hoc titul.*

Ratio decidendi. Cùm dicimus hereditatem illam eſſe quæ obligat heredem ad præſtationem legatorum & libertatum, non poſſeſſionem rerum hereditariarum, ſed ius ipſum hereditatis ſignificamus, quia hereditas nomen iuris eſt, & ſine vllo corpore intellectum iuris habet *leg. hereditas 50. de her. petit.* Ergo poſtquàm heres ſcriptus agnouit hereditatem, parum refert an per transactionem amiſerit eam néc ne, quia non eò minùs remanet heres qui ſemel fuit *l. ait Prætor 7.* aliàs *l. etſi ſine. §. ſed quod Papinianus de minoribus. l. ei qui ſoluendo 88. de heredibus inſtituendis.* & ſemel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni 55. § qui fideicommiſſum. ff. ad SC. Trebell.* Itaque ſicuti nemo tenetur ad præſtanda legata vel fideicommiſſa ob id ſolùm quod poſſideat hereditatem, ſi non etiam heres inſtitutus ſit, aut ſubſtitutus in eo teſtamento in quo relicta fuerunt legata, (quamuis in fideicommiſſis quæ ab inteſtato relinqui poſſunt, aliud ſit ſi ab heredibus legitimis fuerint repetita, vt in *l. generaliter 24. § ex teſtam. de fideic. libert. l. 1. C. eod. l. ea quam 14. de fideicom*) Ita nec ob id minùs quis tenetur ad legatorum præſtationem etiam directis actionibus, quod hereditatem poſſidere deſierit ſi modò ius heredis aliquando habuerit, quod vt etiam inuitus retineat, neceſſe eſt. Alia cauſa eſt creditorum hereditariorum, de quibus agitur in *d. ll. leg. controuerſia.* Iſtorum enim nihil intereſt an teſtamentum valeat & ſubſiſtat néc ne: Cùm etiam quiſquis ab inteſtato heres eſt perinde iis ſatisfacere teneatur *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. vlt. & paſſ. C. de hered. action.* ideóque nihil vetat vtilibus actionibus experiri etiam contra legitimum heredem pro qua nimirum parte poſſidet hereditatem. In propoſito tamen caſu etiam directis actionibus à legatariis conuenietur heres ſcriptus, quia in hac ſpecie non erat incertum ius præſens ſucceſſionis, cùm conſtaret teſtamentum valere, nec dubitaretur niſi in futurum an reſcindi poſſet per querelam quam minabatur mater à filio præterita vel exheredata, iunge quæ dicemus ad *d. l. controuerſia.*

e *Aut cauit ſibi.* Ratio dubitandi. Ea cautio heredis ſcripti nullam poteſt dare actionem legatariis aut manumiſſis aduerſus eum qui iure legitimi heredis poſſidet hereditatem, quia ex teſtamento teneri nemo poteſt niſi qui ſit heres ex teſtamento *l. 2. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* iunct. *leg. pacto 26. Codic. de pact. leg. 2. Codic. de hered. vel action. vend.* Ergo inutilis & ſuperuacua futura eſt.

Ratio decidendi. Hæc cautio non prodeſt legatariis aut manumiſſis, ſed prodeſt ipſi heredi vt cum ab illis conuenietur poſſit habere regreſſum aduerſus heredem legitimum pro conſequenda indemnitate *d. l. 2. C. de hered. vendit.*

Aut ſi non cauit. Ratio dubitandi. Etiamſi heres ſcriptus non ſibi cauerit, tamen iniquum eſt penes eum manere incommoda hereditatis penes quem non ſunt commoda *d. l. ſecundùm naturam 10. de regulis iuris. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo vel deneganda eſt legatariis & manumiſſis aduerſus heredem ſcriptum actio poſt tranſactionem vel ei dandus eſt regreſſus aduerſus heredem legitimum, penes quem eſt omne emolumentum hereditatis. Nec nouum eſt vt quod per cautionem & conuentionem fieri potuit & debuit a diligente patrefamilias ſi per errorem aut negligentiam prætermiſſum ſit officio & iuriſdictione iudicis ſuppleatur ne iniquitas emergat, & vt conſulatur ei, qui certat de damno vitando, vt in *l. ſi res obligata 57. in fin. de leg. 1.*

Ratio decidendi. Heres ſcriptus imputare ſibi debet cur non ſibi cauerit aduerſus legitimum heredem. Et ideò dignus non eſt cui ſuccurratur, cùm nec damnum quod ex culpa ſua ſentit ſentire videatur *lege quod quis 203. de regulis iuris.* Nec quod ipſius diligentiæ defuit per prætorem ſuppleri ex æquitate poteſt, quia nec vlla iuris aut æquitatis ratio eſt, quæ heredem legitimum obliget ad præſtationem legatorum & libertatum, quibus heres ſcriptus teſtamento obſtrictus fuit. Aliud eſſet ſi heredi ſcripto nihil poſſet imputari, vt in *l. quod poſſeſſor 17 de hered. petit.*

1 ¶ Cùm tranſactio propter fideicommiſſum facta eſſet, & poſteà codicilli reperti ſunt: quæro, an quantò minùs ex tranſactione conſecuta mater defuncti fuerit, quàm pro parte ſua eſt, id ex fideicommiſſi cauſa conſequi debeat? Reſpondit debere.

Ad §. 1. Cùm tranſactio.

Ratio dubitandi. Sub prætextu inſtrumentorum poſtea repertorum tranſactio reſcindi non poteſt quæ bona fide facta fuit *l. ſub prætextu inſtrumenti 19. C. h. tit.* Ergo quamuis poſt tranſactionem factam de fideicommiſſo, quod ex teſtamento debebatur reperti ſint codicilli, non poteſt tamen ea res facere vt fideicommiſſi petitio aliqua ſuperſit.

Ratio decidendi. Non reſcinditùr hoc caſu tranſactio propter codicillos poſteà repertos, ſed fideicommiſſi petitio ex codicillis perinde ſupereſt ac ſi tranſactum non fuiſſet, quia de codicillis qui tranſactionis tempore ignorabantur, nec cogitatum, nec proinde tranſactum videri poteſt *l. non eſt ferendus 12. ff. hoc tit.* Aliáque ſpecies eſt de qua in *d. l. ſub prætextu.* & in *leg. Lucius 76. §. vlt. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* quia ibi fuit cogitatum & tranſactum de omni vltima voluntate, & conſequenter de omnibus ad eam voluntatem pertinentibus. Noua enim & poſteà reperta inſtrumenta eò tantùm pertinebant, vt appareret hereditatem de qua erat tranſactum ampliorem eſſe, quàm à tranſigentibus creditum fuiſſet, aut ad vnum ex tranſigentibus totam pertinuiſſe, vt & Cuiacius benè explicat. At in ſpecie huius legis nullomodo fuerat cogitatum ne quidem in genere de codicillis poſteà repertis. Proinde nec vlla reſtitutione opus eſt quod malè Accurſ. putat ex *lege 2. de exception. rei iudic. & lege qui cum herede 15. de obligat. & action.* in quibus locis agitur de illo qui iudicio victus voluit poſtea de eadem re apud eundem iudicem experiri: cui ſanè obſtat, ſummo iure exceptio rei iudicatæ. Nos tractamus de illo qui poſt tranſactionem de teſtamento factam agit: ex codicillis de quibus nunquam tranſegit.

2 ¶ Debitor, cuius pignus creditor diſtraxit, cum Mæuio, qui ſe legitimum creditoris heredem eſſe iactabat minimo tranſegit poſtea, teſtamento prælato, Septicium heredem eſſe apparuit: quæſitum eſt, ſi agat pigneratitia debitor cum Septicio, an is vti poſſit exceptione tranſactionis factæ cum Mæuio, qui heres eo tempore non fuerit: poſſítque Septicius pecuniam, quæ Mæuio vt heredi, à debitore numerata eſt, condictione repetere, quaſi ſub prætextu hereditatis acceptam? Reſpondit ſecundùm ea quæ proponerentur, non poſſe [a]: quia neque cum eo ipſe tranſegit, nec negotium Septicij, Mæuius gerens accepit.

Ad

Ad §. 2. Debitor.

[illegible] d[illegible]i. Debitor etſi competeret actio pigno[illegible] a[illegible] heredi creditoris ob pignus male diſtractum *l. 1. pen. & [illegible]. Cod. ſi vendit. pign. agat.* tranſegit [illegible] Mæ[illegible] quaſi cum Mæuio, [illegible] quaſi cum [illegible] [illegible] eo tempore quo ne ciebatur [illegible] [illegible]mentarius, cum nondum eſſet prol[illegible] [illegible] entur, & ſic bona fide. Præſumptio e[illegible]m eſt pro legitimo herede quoties non apparet de teſtamento, [illegible] deber pactum proſſe heredi, ſaltem per do[illegible] [illegible]em, vt in *leg. tale pactum 40. §. vlt. ſupra titul. proxim.* Nec alij qui [illegible] fit conditio veri heredis quam falſi, &, vt loquuntur, putatiui, idque contra voluntatem ipſius debitoris qui non [illegible] cum Mæuio, quam cum [illegible] [illegible] ſe putauit.

Ratio decidendi. Tranſactio cum ſit pactum, neque prodeſt [illegible] nocet alij quàm ei qui tranſegit eiuſve her[illegible], vt conſtat ex *princip. huius legis.* iunct. *leg ſi vnus 27. [illegible] ſupra titul. proxim.* Nam nec pa[illegible] heredita[illegible] [illegible] prodeſt aut nocet vero heredi *l. [illegible] pen. ſupr. eod.* Hic autem Mæuius n[illegible] quidem poſſeſſor hereditatis erat, ſed tantum ſe eſſe iactabat heredem, quamuis nec ſi poſſeſſor fuiſſet, aliud tamen [illegible].

a [illegible] *non poſſe.* Ratio dubitandi. Pecuniæ quæ Mæuio numeratæ ſunt a debitore, vt pignus male diſtractum reciperet, ſunt ei non erat, non quaſi Mæuio, ſed quaſi heredi vt lex ait. Ergo non poteſt negari quin hereditatis negotium geſſerit, & conſequenter, quin vero heredi reſtituere debeat quicquid accepit à debitoribus hereditariis, ſicut & ſi quid poſſeſſor hereditatis ſoluiſſet creditoribus hereditariis, id omne vero heredi reputaret *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princ. & §. vlt. de hered. petit.* vbi additur, eo caſu quo poſſeſſor hereditatis reſtituerit vero heredi, quod acceperat à debitoribus hereditariis liberari eos ipſo iure, quod & ſcriptum eſt in *l ſed etſi lege 25. §. antepen. in fin. eod.* Ergo tenetur Mæuius vt eam pecuniam quam quaſi heres accepit à debitore hereditario, reſtituat Sepicio vero heredi, ſi non actione negotiorum geſtorum, quæ tamen competere videtur *lege 3. §. hac verba. de negot. geſt.* nec condictione certi ex eadem cauſa competere *l[illegible] in duobus 18. §. exceptio. de iureiurando.* ſaltem p[illegible] [illegible]ditatis. Poſt Senatuſconſultum enim omnis [illegible] auferendum eſt tam bonæ fidei poſſeſſori quam prædoni *l. poſt Senatuſconſultum 28. l. Iulianus 30. de hered. petit.*

Ratio decidendi. Mæuius in hac ſpecie non ſolùm heres non erat, ſed neque poſſeſſor hereditatis, at ſe tantùm iactabat heredem vt [illegible], ideoque conueniri non potuit petitione hereditatis, quia eum contra quem talis actio inſtituitur poſſeſſorem eſſe oportet alicuius rei hereditariæ *l. nec vllam [illegible] alias l. etiamſi. §. ſed etſi retenta eod.* aut ſaltem iuris [illegible] hereditarij *§. vltimo eiuſdem legis. leg. regulariter 9. leg. quod ſi 16. §. vltimo. leg. item 18. in principio. & §. 1. eod.* Actio autem negotiorum geſtorum competere non poteſt, quia neque heredis neque hereditatis negotium voluit gerere Mæuius, ſed ſuum cum heredem ſe eſſe & putaret & diceret. Nec igitur certi condictio [illegible] competit, quam ſemper neceſſe eſt habere cauſam aliquam, ex qua poſſit naſci actio ſpecialis, cum qua conditio illa certi generalis concurrat *dicta lege 28. paragrapho exceptio de iureiurando.* iunct. *le. certi condictio 9. de rebus creditis.* Quare nec diſtinguendum eſt quomodo diſtinguit Accurſius, an verus heres ratam habeat ſolutionem factam putatiuo heredi, an non. Tunc enim ei diſtinctioni locus eſſe poſſet, cùm ſolutio poſſeſſori hereditatis facta eſſet, in propoſito autem Mæuius non fuit poſſeſſor, vt diximus. Alioqui ſane fatendum eſt Sepicium hoc ipſo ſatis habere ratam ſolutionem & tranſactionem, cùm vult tueri ſe exceptione tranſactionis, illud probabilius eſt quod addit idem Accurſius hanc pecuniam, ideò non reſtitui vero heredi, quia percepta ſit à Mæuio non tam ex cauſa debiti hereditarij, quam ex cauſa tranſactionis à Mæuio ipſo interpoſitæ [illegible] proinde ex ipſius Mæuij negotiatione. argum. *lege venditor 21. de hered. vel action. vendit.* An ergo Mæuius eam pecuniam quam ex tranſactione à debitore hereditario accepit impunè retinebit? Imò cogetur eam debitori qui ſoluit reddere condictione indebiti. Fuit itaque indebita, & in eo benè Accurſ. & Cuiac. conſentiũt. Nam quæ ſolutio non parit liberationem à vero creditore, eadem parit condictionem ei qui ſoluit contra eum cui ſolutum fuit. *l. cùm quis 38. §. 1. & §. de peculio. de ſolut.*

4. VLPIANVS libro 46. ad Sabinum.

AQuiliana ſtipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes nouat, & perimit: ipſáque perimitur per acceptilationem [a], & hoc iure vtimur: ideóque etiam legata ſub conditione relicta in ſtipulationem Aquilianam deducuntur.

Ad l. Aquiliana 4.

Ratio dubitandi. Fruſtrà fit per plura quod poteſt fieri per pauciora, vt aiunt Philoſophi, & circuitus vitandus eſt *l. dominus 53. de condict. indeb.* meliúſque eſt vt breui manu & celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in *leg. 3. §. pen. de donat. inter vir. & vxor.* quam vt vllus actus [illegible] perpetuacius inducatur. Atqui ſtipulatio iſta Aquiliana quæ alias omnes præcedentes obligationes perimit, non aliam ob cauſam interponitur quàm vt ipſa quoque ſtatim per acceptilationem perimatur *§. eſt autem. Inſt. quib. mod. toll. oblig. leg. vno 28. §. 1. de acceptilat.* Ergo fruſtrà interponitur.

Ratio decidendi. Non debet fieri per plura quod per pauciora fieri poteſt æque commode, at ſine ſtipulatione Aquiliana non poſſet acceptilatio tollere alias obligationes, quæ aut re, aut conſenſu, aut literis non etiam verbis contractæ eſſent, nec æque commodè nec vllomodo. Nec [illegible] ratio iuris patitur, vt verbis poſſint diſſolui aliæ obligationes quam quæ verbis contractæ ſunt *lege prout 80. de ſolut. leg. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* Prius [illegible] eſt vt cæteræ omnes in ſtipulationem Aquilianam deducantur nouandi animo, quàm vt poſſint perimi per acceptilationem, quæ non fit niſi per ſtipulationem. Eſt [illegible] neceſſarius & commodiſſimus vſus ſtipulationis Aquilianæ, eáque interponitur non vt perimatur, ſed vt priùs perimat cæteras obligationes, eaſque in ſe tranſfundat, quamuis eo animo vt & ipſa perimatur, ſimúlque cæteræ omnes quas in ſe per nouationem tranſfuderat.

a *Ipſáque perimitur per acceptilationem.* Ratio dubitandi. Hoc iure vtimur vt hodie iuris gentium ſit acceptilatio *l. an inutilis 8. §. vltimo de acceptilatione.* Atqui ſtipulatio Aquiliana iuris ciuilis eſt cum ſit inuentum & commentum Galli Aquilij, à quo & Aquiliana appellatur *d. l. & vno 18. §. 1. de acceptil.* Ergo non poteſt acceptilatio perimere Aquilianam ſtipulationem ex *reg. leg. prout 80. de ſolut. l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Acceptilatio omnis cum fiat per ſtipulationem *l. 1. de acceptil.* proculdubio iuris ciuilis eſt ſicut & ſtipulatio *§. de conſtituta inſtit. de action* ideóque tollit ipſo iure Aquilianam ſtipulationem, quomodo & nulla interpoſita ſtipulatione Aquiliana tollit ipſo iure actionem quamlibet ex ſtipulatu, actionem ex dictione dotis, & actionem ex iureiurando, quo libertus iurauit ſe patrono munus, donum, operaſve daturum *l. & per iuſiurandum*

iurandum 13. in princ. de acceptil. quia verborum obligatio his tribus cauſis continetur, inquit Caius *lib. 2. Inſtit.* quicquid autem verbis colligatum eſt etiam verbis poteſt diſſolui *d. l. an inutilis 8. §. acceptum de acceptilat.* Neque verò vllibi ſcriptum eſt acceptilationem eſſe iuris gentium, ſed tantùm hoc iure nos vti vt ſit iuris gentium *d. §. vlt.* Cuius loci ſenſus ille eſt, vt hodie gentes omnes vtantur acceptilatione ad diſſoluendas eas quoque obligationes, quæ ſint ex iure gentium, ac proinde vt eundem effectum habeat quem haberet ſi eſſet iuris gentium, ſcilicet poſt inuentam à Gallo Aquilio formulam & viam per quam acceptilatio omnibus iuris gentium obligationibus accommodaretur, vt & Cuiacius benè explicat. Nam & inde eſt quod hodie acceptilatio quacunque lingua fieri poteſt dummodò ſic fiat, vt latinis verbis ſolet *d. §. vlt.* Sed non facit ea res quin etiam hodie periude ac olim acceptilatio ſit iuris ciuilis, adeóque actus legitimus *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* Inſpecta ſcilicet ratione quæ fuit eius introducendæ, quæ ciuilis planè fuit non naturalis, vt docui ad *leg. 1. §. ius gentium. de iuſt. & iur.* licèt vſu ipſo & commodo iuris gentium eſſe videatur.

b *Etiam legata ſub conditione relicta.* Ratio dubitandi. Legata conditionalia non debentur antequàm conditio exiſtat, quia nec dies eorum priùs cedit *l. 4. 5. & paſſ. quand. dies lege ced. lege cedere diem 213. de verborum ſignific.* Ergo neque poſſunt in Aquilianam ſtipulationem deduci, quia ſtipulatio Aquiliana facit nouationem *§. eſt autem. quibus mod. tollit. oblig.* Nouatio autem præſupponit obligationem aliquam præcedentem, cùm ſit prioris obligationis peremptio, & in ſequentem transfuſio *l. 1. de nouat.*

Ratio decidendi. Omnes res tranſire in nouationem poſſunt *leg. 2. eod.* ac proinde legata quoque conditionalia, ſed ita tamen vt nouatio eiúſque poteſtas ſuſpendatur in id vſque tempus quo legati conditio extiterit, ſicut & ſi heres legatum ſibi purè datum, nouandi animo ſtipulatus eſſet ſub aliqua conditione *leg. Stichum 8. §. legata eod.* Exiſtens enim conditio legati facit vt eodem tempore & deberi incipiat & nouari *lege quoties 14. paragrapho ſed ſi quod ſub conditione. eodem.* Cùm enim iſta omnia ſint iuris poſſunt fieri vno eodémque inſtanti, quia ius operatur in inſtanti, non, vt natura, in tempore. Itaque ſi legati conditionalis acceptio: lati conditio exiſtat, neque ex teſtamento actio competit, quia nouatio facta eſt, neque ex ſtipulatu, quia acceptilatione ſoluta fuit *lege quod in diem 12. leg. ſi ſub conditione 21. de acceptilatione.* Sin conditio defecerit, neque nouatio vlla erit, neque acceptilatio, nec eò magis tamen legatum ex teſtamento debebitur, quia teſtatoris voluntas & ratio iuris repugnat *l. facta 63. §. ſi ſub conditione ad Senatuſconſultum Trebellianum.*

5. VLPIANVS libro 1. Definitionum.

CVm Aquiliana ſtipulatio interponitur, quæ ex conſenſu redditur: lites, de quibus non eſt cogitatum, in ſuo ſtatu retinentur: liberalitatem enim copioſam [b] interpretatio prudentium fregit.

Ad l. Cum Aquiliana 5.

Ratio dubitandi. Aquiliana ſtipulatio fit per verba generaliſſima quæ comprehendunt quicquid ex quacunque cauſa debetur, vt conſtat ex formula quam ponit Florentinus in *leg. & vno 18. §. 1. de acceptilatione.* Atqui ſolet dici & verum eſt, Eum qui omne & totum dicit nihil excludere & generalia verba nullam diſtinctionem admittere *leg. 1. §. penult. de alear. l. in fraudem 15. §. vltimo de teſtament. milit.* Ergo nihil eſt quod non veniat in ſtipulationem Aquilianam & de quo non poſſit dici fuiſſe cogitatum ſaltem in genere. Quòd ſi ex ea interpretatione aliqua captio ſit ſtipulatoris debet ille ſibi imputare cur ſtipulatus ſit per verba tam generalia. Nam & in dubio facienda eſt interpretatio contra ſtipulatorem potiùs quàm contra promiſſorem *leg. inter ſtipulantem 83. §. 1. & l. quicquid 98. de verb. oblig.* præſertim vt fiat tantò plenior liberatio quæ ipſa per ſe fauorabiliſſima eſt *lege Arrianus 47. de oblig. & act.*

Ratio decidendi. Stipulatio Aquiliana licèt verbis contrahatur, tamen ex ſtipulantium conſenſu potiſſimùm vires accipit, vt & aliæ omnes ſtipulationes *dicta lege inter ſtipulantem. §. 1.* Non poteſt igitur porrigi ad incogitata, cùm fieri nequeat vt de quo quis non cogitauit in eo conſenſerit *lege tres fratres 35. ſuprà tit. prox. leg. non eſt ferendus 12. ỹ. hoc tit.* Benè igitur prudentes fecerunt qui acceptilationis verba quantumlibet generalia ſic interpretati ſunt vt tamen non trahantur ad incogitata. Ne alioqui facilè eueniat vt qui tranſigendi non donandi animo iura ſua remiſſa voluit damnum ſentiat ex nimis larga acceptilationis interpretatione, & videatur liberalitatem exercere voluiſſe quæ ſit ei fraudi & captioni. Sic enim verba illa legis interpretanda ſunt, *liberalitatem enim captioſam interpretatio prudentum fregit.* non quomodo Bartolus qui captioſæ liberalitatis nomine intelligit quietationem generalem. Ex eo inferens non poſſe quem cogi vt faciat quietationem generalem aduerſario, nec arbitrum & arbitratorem generaliter conſtitutum poſſe ita arbitrari, quia inquit Bartolus eſſet manifeſta iniquitas, vt fieret remiſſio de re incognita. Niſi hoc ſpecialiter conceſſum ſit & expreſſum. Quæ omnia falſa ſunt. Alioqui debuerant Iureconſulti prohibere acceptilationem quæ omnium generaliſſima liberatio eſt, & quam tamen non ſolùm induxerunt, ſed etiam neceſſariam iudicarunt. Hoc tantùm fecerunt vt ea liberatio generalis non poſſet tam generaliter accipi vt traheretur ad incogitata. Id enim demum eſſet in quo captio incurreret. Nec diſſimile eſt quod circa liberationem generaliter legatam dici ſolet eam non contineri, ſi quid dolo curatores fecerint, aut ſi quæ res teſtatoris penes eum ſint cui liberatio legata fuit *lege ſi quis rationes 9. lege Aurel. 20. in fine de liber. lege.* Iunge *l. in lege 77. de contrahend. emption. leg. 1. paragrapho 1. de his quæ in teſtament. delent. lege ſi quis ita 24. paragrapho ſi quis cum. de teſtament. tutor.* At quid ſi expreſſim conuenerit vt trahatur tranſactio etiam ad incogitata? Nam & hoc aliquando fit. Dico nihil poſſe incogitatum emergere quando ex inſtrumenti verbis apparet id actum fuiſſe, vt etiam incogitata in conuentionem deducerentur. Et hoc fieri poſſe admittit Bartolus ad hanc *leg. numer. 1. notans*, Equidem non poſſe de re incognita tranſigi, quia nec ea dubia eſſe poteſt, ſed tamen poſſe eam in conuentionem deduci.

b *Liberalitatem enim captioſam.* id eſt, liberalitatem quæ ex captioſa & fraudulenta interpretatione induceretur contra eum qui tranſigere voluit, non liberalitatem exercere, quomodo ſuprà interpretati ſumus. Nam nec alia ratione hæc lex cum præcedente pertinet ad hunc titulum, quàm quod plerumque tranſactionis placito ſubiicitur acceptilatio *dicta lege vbi pactum 40. & paſſim Codice hoc titulo.* quia & qui tranſigunt, vt plurimum, id agunt, vt ab omni penitus lite diſcedant. Fuit autem neceſſaria hæc prudentum interpretatio in ſtipulatione Aquiliana, quia cùm ea non interponatur niſi ob acceptilationem per quam omnes omnino obligationes perimantur, quæ in ſtipulationem Aquilianam deductæ fuerant, nulla ratio ſupereſt qua poſſit creditor effugere captionem, putà per replicationem doli, quomodo poſſet ſi qua actio ipſo iure ſupereſſet, quam aduerſarius vellet per exceptionem elidere prætextu pacti generalis, vt in *l. tres fratres 35. ſupr. tit. 1. l. ſub prætextu inſtrumenti 19. C. h. tit.*

6. GAIVS

6. Caivs lib. 17. ad Edictum prouinciale.

DE his controuerſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti.

Ad l. De his 6.

Ratio dubitandi. Tranſactio non fit niſi de re dubia & incerta, de qua vel lis ſubſit, vel ſaltem litis metus *l. 1. ſ. h. tit. l. 2. l. præſes 12. C. eod.* Atqui quanto minus inſpecta ſunt, inſpicive poſſunt verba teſtamenti, tantò magis dubia res eſt & digna de qua tranſigatur. Vix enim dubij quicquam ſupereſſe poteſt inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, cum non aliter a verborum propria ſignificatione recedi oporteat, quàm ſi euidens appareat voluntas teſtatoris *l. non aliter 69. de legat. 3. l. Labeo 7. §. 1. de ſuppell. legat.* Ergo nihil vetat fieri tranſactionem de his controuerſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, etiamſi verba teſtamenti neque lecta, neque inſpecta ſint. Quid enim ſi de hoc ipſo dubitetur, an aliquod teſtamentum ſit fortè quod aduerſarij dolo malo ſubtractum dicatur, vt in *l. ſub prætextu inſtrumenti 19. C. h. titul.* Quid ſi dicatur falſum, nec tamen producatur? Quid prohibet quominus tranſigi de eo poſſit?

Ratio decidendi. Publicè intereſt defuncti voluntates exitum habere *l. vel negare 6. ſ. teſtament. quemadm. aper.* quod tamen inter diſſentientes non aliter fieri poteſt, quàm vel per tranſactionem priuatam, & ſine iudice, vel per iudicis ſententiam. Neutrum autem horum fieri commodè poteſt, niſi inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. Eaque ratio etiam affertur edicti quod prætor propoſuit de teſtamentis aperiendis & inſpiciendis *l. 1. §. 1. teſtamenta quemadmodum aperiantur.* Adeò vt hanc formam & ſolemnitatem putet Bartolus eſſe neceſſariam ad validitatem tranſactionis, nec ei poſſe à tranſigentibus ipſis renunciari, quòd alioqui non tam paciſcatur quàm decipiatur is qui tranſigit de teſtamento, cuius nec verba vidit. arg. *l. 9. §. 1. ſ. h. tit.* Item quòd hæc lex facta ſit non tam in fauorem legatariorum, quàm in odium eorum qui occultant teſtamenta. Item fauore publicæ vtilitatis, cui non poteſt renunciari. *l. ius publicum 98. ſupr. tit. 1. l. tametſi 11. de SC. Macedo.* Denique quia lex hæc eſt prohibitiua, legibus autem prohibitiuis renunciari non poteſt *leg. 1. & 2. C. ne fideiuſſ. dot. dent.* Eaque vulgaris aliorum quoque interpretum ſententia eſt. At ex recentioribus Æmilius Ferretus & Iacob. Cuiac. putant huius legis ſententiam apertè falſam eſſe, ſi tranſigendi verbum ad conuentionem referatur. Eſſéque hunc errorem Triboniani non animaduertentis hanc ipſam ſententiam à Caio latius expreſſam in *d. l. 1. §. 1 teſtam. quemadm. aper.* per tranſlationem relatam eſſe ad iudicata dumtaxat, non etiam ad conuenta. Illud enim admittunt, Non poſſe de his controuerſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter exquiri veritatem apud iudicem, quam ſi teſtamenti verba proferantur. Sed negant idem dici poſſe de tranſactione inter priuatos facta ſine iudice. Ergo neque his neque illis aſſentior. Non his, quia quod Caius in dicta lege prima ſcribit, *Neque enim ſine iudice tranſigi*, proculdubio ad conuenta referendum eſt, non ad iudicata. Fiunt namque tranſactiones inter priuatos ſine iudice. Iudicatum verò ſine iudice fieri non poteſt. Quod ſi Caium ſic intelligas quaſi gradatim argumentetur in hunc modum, Non poſſe controuerſiam iudicari & expediri in iudicio ſine iudice. Nec rurſus veritatem exquiri apud Iudicem, niſi lectis cognitiſque verbis teſtamenti, facies ridiculam primam propoſitionem. Quis enim putet iudicari poſſe ſine iudice? Neque verò ea verba, *Neque enim ſine iudice tranſigi*, ſenſum vllum perfectum & abſolutum habent, niſi addas quæ in fine clauſulæ ſequuntur, *aliter poteſt quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti.* His verò additis, apparet duos caſus à Caio tractari. Vnum quo controuerſia pendens ex teſtamento dirimatur per tranſactionem ſine iudice. Alterum quo dirimatur per iudicem. Sed & falſum eſt ſi abſolutè dicatur non poſſe tranſigi de controuerſiis ex teſtamento proficiſcentibus ſine iudice. Nec enim iudicis vel magiſtratus autoritas neceſſaria eſt in tranſactione, niſi cum de alimentis futuris tranſigitur, idque ex oratione diui Marci, de qua in *l. cùm hi 8. ſ. hoc titulo.* Sed falſum non erit ſi dicatur, vt ſcriptum eſt in *dicta lege 1.* Non aliter poſſe ſine iudice tranſigi quàm inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, Dum tamen hæc ſententia benè intelligatur. Nam nec Bartolo & cæteris aſſentiri poſſum qui hanc volunt eſſe formam & ſolemnitatem tranſactionis, vt teſtamenti verba inſpici oporteat, de quo ſanè auſim dicere nunquam Caium cogitaſſe at neque Trebonianum, Ita enim Caius ſcripſit cùm rationem redderet edicti de *teſtament. aper. & inſpic.* vt autem bona ratio ſit ſufficit, ſic eam intelligi vt pars illa edicti fuerit ſi non neceſſaria, ſaltem vtiliſſima & æquiſſima. Ideò quòd ſi qua ex teſtamento controuerſia pendeat non facile quiſquam futurus ſit tam incautus paterfamilias vt de ea velit tranſigere niſi priùs inſpectis verbis teſtamenti, Ne alioqui facile eueniat vt lædatur tametſi non aduerſarij dolo decipiatur. Itaque refero verba illa *neque tranſigi aliter poteſt quam inſpectis*, &c. ad factum voluntatem difficultatémque tranſigendi, non vt Bart. & alij faciunt ad formam & ſolemnitatem iuris. Hoc nimirum ſenſu ac ſi ſcriptum eſſet *non aliter tranſigi commodè poteſt & vtiliter*, quæ locutio in libris noſtris frequentiſſima eſt & paſſim occurrit. Cæterùm ſi quis ſit tam imprudens & incautus, vt etiam non inſpectis verbis teſtamenti velit de iure teſtamenti tranſigere, nihil cauſæ eſt cur non perinde valeat tranſactio ac ſi verba omnia lecta, perlectáque fuiſſent. Sibi enim debet imputare qui tam facilis & inconſultus fuit ad tranſigendum, Multò igitur magis idem obtinebit ſi dicat ſe ea quæ teſtamento continentur non ignorare. Videntúrque mihi in hanc ſententiam textus non obſcuri in *leg. non eſt ferendus 12. ſ. hoc titulo. lege Lucius 78. §. vltimo ad Trebellianum.* in quibus locis proponitur tranſactio facta vtiliter de vltima voluntate, etiamſi non fuiſſent lecta verba omnia teſtamenti, aut codicillorum quæ nec tunc legi potuerunt, quia non niſi poſteà reperti codicilli fuerunt. Error igitur Triboniani hac parte in eo tantùm fuit quod Caij ſententiam pro ratione allatam ſic accepit quaſi ſimpliciter & abſolutè prolatam. Quæ res fecit vt ab interpretibus relata ſit ad ius quæ à Caio relata fuerat ad factum, vt diximus, ac ſi dixiſſet non poſſe ſciri quomodo tranſigendum ſit de controuerſiis ad teſtamentum pertinentibus quin teſtamenti verba inſpiciantur.

7. Vlpianvs libro 7. Diſputationum.

ET poſt rem iudicatam tranſactio valet, ſi vel appellatio interceſſerit, vel appellare potuerit.

Ad l. Et poſt rem 7.

Ratio dubitandi. Qui tranſigit quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit *leg. 1. ſuprà h. tit.* Atqui per iudicatum lis omnino finitur *tot. tit. de re iudic. & de except. rei iudic.* quia res iudicata pro veritate habetur *leg. ingenuum 25. de ſtat. hom. l. res iudicata 206. de reg. iur.* propter rerum iudicatarum autoritatem *l. ſeruo inuito 61. §. cùm prætor ad SC. Trebell. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris de pignor.* Ergo poſt rem iudicatam tranſigi nullo modo poteſt, ſed tantùm donationis cauſa pactum interponi, vt eſt apud Paulum *lib. 1. Sent. tit. 1.*

Ratio

Ratio decidendi. Poſt rem iudicatam facta tranſactio non valet ſi nulla amplius lis ſuperſit aut metus litis. Id autem tunc verè dicitur cùm conſtat de iudicato, à quo nec appellatum ſit, nec appellari amplius poſſit, id eſt, cum de ſententia indubitata quæ nullo remedio attentari poſſit tranſigitur. Cæterùm ſi hoc ipſum incertum ſit, an iudicatum ſit aut an ſententia valeat tranſactio valebit. *lege eleganter* 23. §. 1. *de condict. indebit.* Ac multò magis ſi à ſententia ſit appellatum vel appellari poſſit, quoniam appellationis ea vis eſt vt extinguat iudicatum. *lege furti* 6. §. 1. *de his qui not. infam. lege* 2. ... *vltimo. ad Senatuſconſultum Turpill.* Facit *l. poſt rem* 11. *infra hoc titulo. leg. ſi cauſa cognita* 32. *Cod. eodem.* ... tra hos caſus cùm tranſactio de iudicato facta ſit inutilis ſi quid ex ea cauſa ſoluatur repeti poterit, niſi malit qui accepit imputare id in cauſam iudicati *dicta lege eleganter.* §. 1. Idemque erit ſi acceptilatio facta ſit *leg.* 4. *de condict. cauſ. dat.* quia nihil intereſt vtrum ex numeratione pecunia ad aliquem ſine cauſa an per acceptilationem peruenerit *lege ſi mulier* 10. *eod.*

1 ¶ Si fideiuſſor cõuentus & condemnatus fuiſſet, mox reus tranſegiſſet cum eo, cui erat fideiuſſor condemnatus, tranſactio valeat, quæritur: & puto valere: quaſi omni cauſa & aduerſus reum & aduerſus fideiuſſorem diſſoluta: ſi tamen ipſe fideiuſſor condemnatus tranſegit [a] tranſactione, non peremit rem iudicatam: tamen eo, quod datum eſt, releuari rem iudicatam oportet.

Ad §. 1. *Si fideiuſſor.*

Ratio dubitandi. Poſt rem iudicatam tranſactio facta non valet ſi non vel appellatio intercesserit, vel appellari potuerit, vt ſcriptum eſt in *princip. huius legis.* Atqui ponimus fideiuſſorem condemnatum fuiſſe, nec appellaſſe aut appellare amplius poſſe. Ergo tranſactio facta de ea re de qua iudicatum eſt valere non poteſt.

Ratio decidendi. Nihil fuit iudicatum cum reo cui proinde non poteſt nocere ſententia contra fideiuſſorem lata tanquam res inter alios acta *l.* 1. *C. int. alios acta vel iudic. aliis non nocer.* Adeò vt poſſit reus etiam à ſententia contra fideiuſſorem lata appellare, quandocunque à die notitiæ dumtaxat computandis temporibus ad appellandum datis, *l.* 1. §. *vlt. l.* 2. §. *ſed ſi alius quand. app ſit & intr. qua tempor.* cùm ipſius interſit, propter regreſſum quem alioqui fideiuſſor aduerſus eum habiturus eſt actione mandati *l.* 1. *de appell. recip.* Ergo nihil prohibet reum tranſigere poſt rem quoque iudicatam cum fideiuſſore, quaſi eo caſu non tam pro fideiuſſore tranſigat, quàm pro ſe qui non condemnatus, tametſi quæ ratio facit vt poſt eam rem iudicatam audiendus ſit, ſiue tranſigere ſiue appellare velit, eadem faciat, vt fideiuſſori quoque licèt iam condemnato ea tranſactio prodeſſe debeat, quia nimirum principaliter intereſt debitoris fideiuſſorem liberari, tantóque magis cùm fideiuſſor iam condemnatus eſt, cùm tanto paratiorem habeat regreſſum contra debitorem *lege Lucius* 38. §. 1. *mandat. l. ſi pro ea* 10. *C. eod. l. fideiuſſor* 45. *de fideiuſſ.* Qua etiam ratione fit vt fideiuſſoris pactum quodlibet proſit fideiuſſori, dummodo non ſit merè perſonale *l. & heredi* 21. §. *vlt. cum l. ſeq.* ~~ſ~~. *tit. prox.* Idque eſt quod hæc lex ait, *quaſi omni cauſa & aduerſus reum & aduerſus fideiuſſorem diſſoluta.* Ergo ſi ponas nihil intereſſe debitoris, forè quod fideiuſſor vel donandi animo vel in rem ſuam fideiuſſerit, aliud erit *l. ſed ſi* 24. ~~ſ~~. *eod.* Sed etſi interſit debitoris, nec tamen is appellare poſſit à ſententia contra fideiuſſorem lata fortè præterito tempore intra quod potuit & debuit appellare., non valebit tranſactio ab eo facta, vt infra dicam. Itaque cum his diſtinctionibus accipi hic locus debet.

2 *Si tamen ipſe fideiuſſor tranſegit condemnatus.* Ratio dubitandi. Etiamſi fideiuſſor ipſe qui tranſigit condemnatus ſit, nec appellauerit, adeóque nec appellare poſſit, adhuc tamen verum eſt reum ipſum qui non fuit condemnatus appellare poſſe *d. l.* 1. *de appell. recip.* & quod magis eſt ipſius victoriam fideiuſſori quoque profuturam. Nec enim fieri poteſt vt fideiuſſor quicquam debeat tanquam fideiuſſor, ſi nihil debeat reus principalis. Vnde etiam eſt quod nõ ſolùm rei iuſiurandum prodeſt fideiuſſori, ſed etiam fideiuſſoris iuſiurandum prodeſt reo ſi modò de ipſo contractu & de re, non de perſona iurantis agetur, vt dixi ad *l.* 21. §. *vlt.* ~~ſ~~. *tit.* 1. *ex l. in duobus* 18. §. 1. *de iureiur.* Ergo verum eſt, eam quoque ſententiam quæ contra fideiuſſorem lata eſt, licèt tranſierit quod ad ipſum attinet in rem iudicatam, adhuc tamen remedio aliquo attentari poſſe, & quidem ita vt deſitura ſit habere vim & effectum contra fideiuſſorem. Et conſequenter fatendum eſt fideiuſſorem quoque etiam condemnatum, nec appellantem nihilominùs poſſe tranſigere, ex regula poſita in *l. eleganter* 23. §. 1. *in fin. de condict. indeb.*

Ratio decidendi. Non ſicut pactum rei prodeſt fideiuſſori, ita & pactum fideiuſſoris, quamuis in rem conceptum prodeſſe reo poteſt *l. fideiuſſoris* 23. *ſupr. tit.* 1. quia nimirum nihil intereſt fideiuſſoris: & per conſequens nec ipſi fideiuſſori prodeſſe poteſt propter reum, ne per alium plus iuris habeat, quàm alius ille habere poſſit, quod abſurdum eſſet *d. l. & heredi* 21. §. *nos autem eod.* quamuis poſſit quis interdum conſequi propter alium quod ex propria perſona non habet *l.* 3. *in fin. qua res pignor. leg. ſi is qui duos* 28. *de liber. leg. l. cùm hereditate* 55. *de acquir. hered.* Neceſſe igitur eſt, vt tranſactio fideiuſſoris quæ non poteſt ei prodeſſe ex perſona rei, vel ex propria ei proſit, vel nullomodo, ſi quidem tranſactio pactum eſt. Atqui non poteſt ei prodeſſe tranſactio ex propria perſona cùm fuerit ipſe condemnatus, nec iam dubij quicquam ſit quod ad eum pertinet, ſiquidem res iudicata non modò pro veritate habetur, ſed etiam pro re certa & indubitata, ergo nullo modo poteſt fideiuſſori prodeſſe tranſactio quam ipſe fecerit poſtquàm fuit condemnatus. Mihi tamen, vt verum fatear, ſupradicta ratio dubitandi fortior videtur, quàm hæc ratio decidendi. Nam cùm ſententia contra fideiuſſorem lata in eo ſit, vt infirmari poſſit per appellationem à reo interponendam, idque ad commodum & vtilitatem, non tantùm rei, ſed ipſius etiam fideiuſſoris condemnati, vt diximus, planè non video cur non ipſi quoque fideiuſſori permittendum ſit tranſigere *dict. l.* 23. §. 1. *de cond. indeb.* Non quidem vt eius tranſactio proſit reo, ſed vt proſit ipſi ſaltem fideiuſſori, ne ſupra eam quantitatem de qua per tranſactionem conuenerit, vrgeatur ex re iudicata.. Itaque in eam facilè opinionem venio, vt putem totum hunc paragraphum eſſe Triboniani, ſaltem ab illis verbis, *ſi tamen ipſe fideiuſſor.* Siue rationem iuris quam proximè attuli intueor, ſiue contextum verborum qui more Tribonianeo parum elegans totúſque contortus eſt. Sed præcipuè mouent me verba illa, *tamen eo quod datum eſt reuelari rem iudicatam oportet.* Phraſis enim eſt planè Tribonianea, & à nobis aliàs obſeruata in *l. cùm poſt* 43. *in fin. de admin. tut.* & in *l. alterius* 29. *de tutel. & rat. diſtr.* Sed & ſolet Tribonianus quæſtiones quas de ſuo reſponſis prudentum inſerit ita concipere quomodo hanc concepit, *an tranſactio valeat quæritur. Et puto.* Niſi quòd hîc vt ſe magis proderet prætermiſit dictionem *an* pro qua maluiſſet ponere *ſi* locutione græca magis quàm latina. Quod verò addit, *quaſi omni cauſa & aduerſus reum & aduerſus fideiuſſorem diſſoluta*, nihil minùs quàm Vlpiani elegantiam ſapit, ſicut & quod ſequitur *tranſactione non peremit rem iudicatam*, pro eo quod voluit Tribonianus dicere tranſactionem non valere. Quid enim vetat tranſactione quæ per nudum pactum facta ſit non perimi rem iudicatam, &

tamen

tamen valere tranſactionem vt pariat replicationem aduerſus exceptionem rei iudicatæ? Nam ſi dicas poſt rem iudicatam non poſſe tranſigi, id equidem non negabo, ſed repetam quod iam dixi, Sententiam latam contra fideiuſſorem non poſſe habere omnimodo vim rei iudicatæ ne quidem contra fideiuſſorem, quandiu ab ea reus appellare poteſt, cuius appellatio ipſi quoque fideiuſſori ſit profutura. Quòd ſi ponas reum appellare non poſſe, fortè quod tranſierit tempus intra quod potuit & debuit appellare à die notitiæ, puto non valituram tranſactionem ſiue fiat à reo, ſiue à fideiuſſore, quia res iudicata, nec ab hoc nec ab illo poteſt attentari, neque ad rem pertinet, quòd reus ipſe non ſit condemnatus, quia ſola electione fideiuſſoris fuit liberatus inſpecto iure vetere, quod obtinuit ante *l. vlt. Cod. de fideiuſſ.* vt proinde nihil eius poſſit intereſſe quatenus reus eſt, ſed tantùm quatenus fideiuſſor contra eum habiturus eſt regreſſum. Ergo cùm fideiuſſor hoc caſu nullomodo poſſit tranſigere, neque ratio vlla eſt cur debeat licere debitori tranſigere ob perſonam fideiuſſoris, quia nihil ſupereſt dubij, ſuper quo poſſit tranſigi, creditore nullam aliam amplius, niſi ex iudicato, actionem habente *lege vltima. Codice de vſur. rei iudic.* ſiue contra reum, ſiue contra fideiuſſorem agere velit.

2 ¶ Vſque adeo autem, quod datum eſt, etiam ſi non proficit ad tranſactionem [a], extenuat tamen rem iudicatam: vt inde ſit & dictum, & reſcriptum circa alimentorum tranſactionem, citra prætoris auctoritatem factam, vt quod datum eſt, proficiat ad alimenta [b]: ita vt, ſi quid ampliùs ex cauſa alimentorum deberi poteſt, id præſtetur, quod autem datum eſt, imputetur.

Ad §. 2. Vſque adeò.

a *Etiamſi non proficit ad tranſactionem.* Vide rurſum Triboniani elegantiam & ſubtilitatem. Nam ſi tranſactio non valet, vt ſcriptũ eſt in præcedentibus, quomodo poteſt dici id quod ex ea cauſa ſoluitur, vel proficere vel nõ proficere ad tranſactionem? Prius enim eſt vt tranſactio aliqua ſit, quàm vt poſſit quæri an ſolutum ex ea cauſa proficiat vel non proficiat ad tranſactionem. Atqui tranſactio nulla eſt, & nullius momenti ſi Triboniano credimus. Ineptè igitur hæc verba ſubiiciuntur: nam & ſic concepta ſunt quaſi rationem aliquam dubitandi contineant, cùm potiùs contineant rationem decidendi. Quod enim ſolutum eſt ex cauſa tranſactionis inutilis, & quæ ſit nullius momenti haud dubiè condici poteſt *l. 23. § 1. de cond. indeb.* Scilicet niſi malit is qui accepit imputare in cauſam iudicati, vt ibidem ſcriptum eſt. Ergo quemadmodum poteſt is qui accepit retinere quod ſolutum eſt & imputare in cauſam iudicati inuito quoque condemnato, ita & è contrario dicendum eſt, Poſſe eum qui ſoluit eandam imputationem facere (ſi malit extenuare rem iudicatam quàm condicere) inuito quoque eo qui ſolutionem accepit, tanquam ex cauſa tranſactionis, quoniam qui poteſt condicere, ſi malit eam pecuniam penes eum qui accepit remanere ex alia cauſa, perinde habendus eſt ac ſi condixiſſet, ac poſtea eandem pecuniam ex alia cauſa iterum ſoluiſſet *l. 1. § ſed ſi is. l. res pignoris 27. de acq. poſſ. l. ſi rem 62. in princ. de euict. l. ſi ſeruus 21. §. de acq. rer. dom.*

b *Vt quod datum eſt proficiat ad alimenta.* Ratio dubitandi. Solutio facta in vnam cauſam non poteſt in aliam prodeſſe ne operetur actus vltra intentionem agentis contra *l. ſi ego 18. l. non omnis 19. de reb. cred.* Atqui fuerat facta ex cauſa tranſactionis. Ergo non poteſt prodeſſe ad extenuandam rem iudicatam. Alioqui prodeſſet ad cõnditionem ſimul & ad liberationem, quod fieri non poteſt *l. cùm quis. 38. § 1. & §. de peculio. de ſolut.*

Ratio decidendi. Non eſt nouum vt eadem ſolutio & numeratio fiat & proficiat in diuerſas cauſas *leg. in numerationibus 44. de ſolut.* Ergo & in propoſito facta ſolutio ex cauſa tranſactionis interpoſitæ ſuper re iudicata non ſolùm condictionem parit, tanquam indebito ſoluto cùm ex tranſactione nulla nihil deberetur, ſed etiam liberationem ab alimentis, quæ debita fuerunt ad concurrentem vſque ſcilicet ſolutionis quantitatem. Sed ita tamen vt condictio & liberatio non habeant ſimul locum. Hoc enim eſt quod fieri poſſe negat Vlpianus in *d. l. eleganter 23. § ſi quis poſt tranſactionem in fin. de cond. indeb.* Me autem ratiocinatio iſta in hoc paragrapho poſita magis confirmat, vt totum hunc locum Triboniani eſſe mihi perſuadeam. Solet enim ille quod in ſpecie aliqua vel à prudentibus reſponſum, vel ab Imperatoribus reſcriptum eſt, ad aliam ſpeciem quantumuis diſſimilem quaſi ſimile trahere, quod & hîc ab eo factum fuit. Nam cùm & dictum & reſcriptum eſſet, Tranſactione de alimentis futuris ſine prætore facta proficere debere ad alimenta ſolutionem poſtea ſecutam ex cauſa tranſactionis, putauit Tribonianus idem poſſe dici facta tranſactione per fideiuſſorem condemnatum, & ſecuta ſolutione ex cauſa tranſactionis, quod vtroque caſu verum ſit tranſactionem non valere, & tamen ex cauſa tranſactionis ſecutam fuiſſe: Nec animaduertit magnam inter has ſpecies differentiam eſſe. Tranſactio enim de alimentis futuris facta, per quam alimenta vel intercipiantur, vel minuantur, nullo caſu poteſt valere *l. prox.* j. At tranſactio facta per fideiuſſorem poſt rem contra eum iudicatam, quam aliud nihil poteſt impedire, niſi quod res ſit iam iudicata, poteſt valere eo caſu, ſaltem quo ſententia illa poſſit attentari per appellationem à reo interponendam. Itaque ſunt quidem hæ ſpecies in eo ſimiles, quod ſi neque hæc, neque illa tranſactio valeat, vtroque caſu quod ſolutum eſt ex cauſa tranſactionis imputabitur in cauſam debiti, ſiue ex iudicato, ſiue pro alimentis debeatur. Sed ſunt diſſimiles in eo, quod in caſu alimentorum ſit ſemper ea imputatio, quia nunquam valet tranſactio; in caſu autem noſtro nihil eſt neceſſe tractari de imputatione, cùm valeat tranſactio, & conſequenter ſolutio facta ex cauſa tranſactionis.

8. IDEM libro 5. de omnibus Tribunalibus.

CVm hi, quibus alimenta relicta erant, facilè tranſigerent, contenti modico præſenti: diuus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quàm ſi auctore prætore facta. Solet igitur prætor interuenire, & inter conſentientes [a], arbitrari [b], an tranſactio, vel quæ admitti debeat.

Ad l. Cùm hi 8.

Ratio dubitandi. Suæ quiſque rei moderator eſt & arbiter *l. in re mandata 21. C. mand. l. 2. ſi quis a parent. manum.* & permiſſum eſt cuilibet iuris ſui perſecutionem, aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere *leg. pactum 46. ſupr. tit. 1.* Nec facilè prætor ſe debet interponere in priuatorum conuentionibus ineundis. Quid enim aliud agere poteſt prætor, quàm vt priuatorum controuerſias dirimat? A quibus proinde ſi ſponte recedant, debet omnimodo id ratum habere *leg. 1. paragrapho inde quæritur de oper. noui nunciat.* iunct. *l. ſi conuenerit 26. de re iudic.* Ergo non eſt neceſſaria prætoris autoritas ad tranſigendum de alimentis ſiue præteritis ſiue futuris.

Præſertim cùm nec quicquam in bac re poſſit aut debeat decernere niſi inter conſentientes, vt Vlp. hîc ait. Prætoris enim eſt priuatorum voluntates audire non iubere, vt ·de imperatore ſcriptum eſt in *lege omnium* 19. *Codice de teſtam.*

Ratio decidendi. Inducta eſt hæc ſolemnitas, non ex ratione aut neceſſitate iuris, ſed ex autoritate orationis Diui Marci in Senatu recitatæ & ſenatuſconſulto approbatæ, de quo in *l. eleganter* 23. §. *item ſi ob tranſactionem, de condict. indebit.* Idque ſumma ratione & æquitate quòd eueniret, plerumque vt hi quibus alimenta relicta erant facilè tranſigerent contenti modico præſenti. Vnde fiebat, vt poſtea laborarent egeſtate contra mentem teſtatorum, qui vix vnquam alimenta legant, niſi egentibus & iis quibus proſpectum velint ne incidant in egeſtatem.

Ex qua ratione apparet hanc orationem non pertinere ad alimenta præterita, ſed ad futura *l. de alimentis* 8. *Codice hoc titulo medico præſenti.* Hinc apparet quantumuis modicum illud ſit quod per tranſactionem datur, non eo minùs valere tranſactionem, neque ex hac cauſa reſcindi eam poſſe. Alioqui parum fuiſſet neceſſaria ſaltem hoc caſu oratio D. Marci.

a *Inter conſentientes.* Non enim datum eſt prætori vt decernat de alimentis quicquid velit, ſed vt decreto ſuo probet vel improbet tranſactionem, quæ porrò non fit niſi inter conſentientes.

b *Arbitrari,* Cauſa ſcilicet cognita. Nec enim abſolutè prohibentur huiuſmodi tranſactiones, imò nec prohibentur, ſed permittuntur cum huius ſolemnitatis obſeruatione §. *ſi prætor* ℸ. *hac lege.*

1 ¶ Eiuſdem prætoris notio ob tranſactionem erit ſiue habitatio, ſiue veſtiarium, ſiue de prædiis alimentum [c] legabitur.

Ad §. 1. *Eiuſdem.*

Ratio dubitandi. Oratio de alimentis tantùm locuta eſt, ergo cùm ſit correctoria iuris communis non eſt protrahenda ad habitationem, veſtiarium & alia ſi qua ſunt huius generis,

Ratio decidendi. Eadem ratio locum habet in legato habitationis & veſtiarij, quæ in legato alimentorum. Nam nec iſta relinqui ſolent niſi egentibus, vt nec alimenta, neque minùs neceſſaria ſunt ad vitam, idcóque etiam alimentorum nomine continentur *l. verbo victus* 43. *& ſeq. de verb. ſignif. leg. lega. is* 6. *leg. vlt. de alim. legat.* quamuis tranſactio de alimentis facta ad habitationem & veſtiarium non producatur §. *qui tranſigit* 12. *& ſeq.* ℸ. vbi dicemus. Sed neque verum eſt orationem de alimentis ſolùm locutam eſſe, nam & de habitatione & de veſtiario ſpecialiter locuta eſt, vt conſtat ex *d.* §. *qui tranſigat.*

c *De prædiis alimentum.* Id eſt, præſtandum ex reditu rei certæ *l. vſufructu* 7. aliàs *l. hactenus* ℸ. *de vſuf. l. Lucius* 12. *in fin. de alim. vel cibar. legat.*

2 ¶ Hæc oratio pertinet ad alimenta, quæ teſtamento, vel codicillis fuerint relicta, ſiue ad teſtamentum factis, ſiue ab inteſtato [d]. Idem erit dicendum, & ſi mortis cauſa donata [e] fuerint relicta: vel ab eo, cui mortis cauſa donata ſunt, relicta. Sed & ſi conditionis implendæ gratia [f] relicta ſunt, adhuc idem dicemus. Planè de alimentis, quæ non mortis cauſa donata ſunt [g], licebit & ſine prætore authore tranſigi.

Ad §. 2. *Hæc oratio.*

Ratio dubitandi. Orationi cauſam dedit fauor alimentorum. Ergo ſiue ex vltima voluntate, ſiue ex contractu alimenta debeantur, eadem omnium ratio conſtitui debet, ne liceat de iis tranſigere ſine prætore.

Ratio decidendi. Non ſolus alimentorum fauor dedit cauſam orationi, ſed iunctus etiam fauor vltimæ voluntatis, & eorum quibus per vltimam voluntatem alimenta relinqui ſolent, non quòd vt ait Cuiacius, alimenta relinquuntur in vltima voluntate, vt alimentario conſulatur, non etiam in contractu, (vix enim eſt vt non diffidat ſuæ prudentiæ ſuíſque facultatibus is qui alimenta ſibi ſtipulatur.) Sed quia in iis quæ pendent ab vltima voluntate nihil faciendum eſt contra voluntatem teſtatoris, qui alioquin deciperetur: at de alimentis ex contractu debitis ſi quis tranſigat, nemo decipitur, quia nec alij poſſunt deberi ex contractu quàm qui vel ipſe contraxerit, vel ab eo ſaltem ius habeat qui contraxit, eiúſque perſonam repræſentet.

d *Siue ab inteſtato.* Ratio dubitandi. Maior eſt fauor teſtamenti quàm codicillorum, itémque maior codicillorum ex teſtamento factorum quàm eorum qui ab inteſtato, quoniam facto teſtamento codicilli ſequuntur ius teſtamenti *l. ab inteſtato* 16. *in fin.* iunct. *l. quod per manus* 10. *de iur. codicill.* Et codicilli ad teſtamentum pertinentes eo iure cenſentur vt quæcunque in iis ſcripta ſunt perinde habeantur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent *leg.* 2. §. *codicillorum eod.* Ergo maior debet eſſe fauor alimentorum debitorum ex codicillis teſtamentariis debitorum, quàm ex codicillis ab inteſtato.

Ratio decidendi. Non fauemus hac parte teſtamento, ſed vltimæ voluntati, cuius ſpeciem codicilli conſtituunt non minùs quàm teſtamentum, quia ſiue teſtamentum aliquod factum ſit, ſequuntur ius teſtamenti & pars eius cenſentur *l. pen. teſtam. quem. aper.* ſiue teſtamentum nullum factum ſit, vicem teſtamenti obtinent. *d. l. ab inteſtato.* Et ideò locuta eſt oratio de relictis alimentis non de legatis, quoniam alimenta codicillis ab inteſtato factis legari non poſſunt, relinqui poſſunt,

e *Etſi mortis cauſa donata.* Ratio dubitandi. Donationes cauſa mortis ſunt donationes, nec fiunt niſi per traditionem aut per ſtipulationem vt & donationes inter viuos: vnde eſt quod olim, æquè indigebant inſinuatione *l. donatio* 25. *C. de donat.* ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vltim. C. de mort. cauſ. donat.* Atqui de alimentis ex donatione inter viuos debitis poteſt tranſigi ſine prætore, ſicut & ſi ex alio quolibet contractu deberentur, vt conſtat ex fine huius paragraphi. Ergo & de alimentis mortis cauſa donatis tranſigi poterit ſine prætore.

Ratio decidendi. Donationes cauſa mortis, licèt in plerîſque habeant naturam contractuum, propiùs tamen accedunt legatis, & ad inſtar legatorum capiuntur *d. l. vlt.* §. 1. *Inſt. de donat. l. Marcellus* 15. *leg. etſi* 17. *l. illud* 37. ℸ. *de donat. cauſ. mort. l.* 2. *de public. in rem act.* Cæterùm malo hîc pro *donata*, legere *donatione*, vt non fruſtra ſequatur dictio *relicta*. Alioqui dicam eam dictionem irreptitiam eſſe ex gloſſa interpretis alicuius explicantis quod Vlpianus dixerat *donata.* idque ex verbis orationis quæ locuta fuerat de relictis. Sanè quod ſequitur *vel ab eo cui mortis cauſa donata ſunt, relicta*, non dubito quin ſit gloſſema imperiti interpretis exiſtimantis fortaſſe aliquid præcedentibus deeſſe. Alimenta enim quæ alicui mortis cauſa donata ſunt, alij ab eo relinqui poſſunt, cùm perſonalia ſint & ad vitam. Niſi dicamus, quod puto, probabilius corruptum eſſe contextum, & ita legendum, *vel ab eo cui mortis cauſa donatum fuit, relicta.* Nam & à mortis cauſa donatario poſſunt alimenta relinqui, et fideicommiſſum, vt & à legatario, de quo in §. *ſed etſi ſit* 5. ℸ. *l.* 8. *C. de donat. cauſ. mort.*

f *Sed*

f *Sed & ſi conditionis implendæ gratia.* Ratio dubitandi. Quæ conditionis implendæ gratia capiuntur, neque iure teſtamenti, neque ex voluntate defuncti capiuntur, adeoque nec ex bonis ipſius, ſed potius ex voluntate eius qui dat, quippe qui, vt daret ſi nollet, cogi non poſſet, *lege ſi quis ſub conditione 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. lege Mauius 55. in fin. de cond. & demon. l. id autem 76. ad legem falcidiam.* Ergo ad ea quæ conditionis implendæ cauſa capiuntur, non pertinet oratio D. Marci, quæ vt dixi non pertinet ad vltimas voluntates.

Ratio decidendi. Quod implendæ conditionis cauſa capitur, licèt ex teſtamento non capiatur, tamen ob teſtamentum capitur, aut ſaltem ob aliam vltimam voluntatem, quia non caperetur ſi vltima voluntas nulla eſſet, ob idque mortis cauſa capi dicitur in *leg. qui pretio 8. de mort. cauſ. donat. & capion.* Ergo idem fauor vltimæ voluntatis facere debet, vt neque de alimentis implendæ conditionis cauſa acceptis tranſigere liceat inconſulto prætore.

g *Quæ non mortis cauſa donata ſunt.* Ratio dubitandi. Donatoris voluntatem circumueniri non oportet, non magis quàm teſtatoris *l. vlt. C. de reuoc. don.* Nam & teſtator donator eſt, & legatum donatio *leg. legatum 36. de leg. 2.* Ergo ſi non eſt permiſſa inconſulto prætore tranſactio de alimentis in vltima voluntate relictis, ne defuncti voluntas & liberalitas decipiatur, neque permittenda eſt de alimentis inter viuos donatis.

Ratio decidendi. Non eſt voluntas donatoris decipienda, ſi quid donator cauerit in donatione, id eſt, ſi quam donationi legem dixerit. Cæterùm perfecta donatio conditiones non capit. *l. perfecta 4. C. de donat. quæ ſub modo.* Ac proinde ſi is qui ſimpliciter donauit alimenta vellet ex interuallo addere conditionem, ne poſſet, de iis alimentis inconſulto prætore tranſigi, facere id non poſſet. Ergo multominùs prohibenda erit tranſactio de alimentis inter viuos donatis, ſi de eo nihil in donando dictum ſit, quia quod habet donatarius licèt habeat ex liberalitate donatoris, habet tamen etiam ex facto ſuo ſiue ſtipulatus ſit, ſiue per traditionem acceperit, ideóque de eo tranſigere pro arbitrio poteſt, ſicuti poſſet de alimentis ex quocunque alio contractu acquiſitis. In iis quæ ex vltima voluntate aut per occaſionem vltimæ voluntatis acquiruntur, nullum intercedit factum acquirentis, niſi vt acquiri ſibi velit *l. liber homo 19. de acquir. rer. domin.* obidque mirum non eſt ſi de iis diſponere non poſſit contra voluntatem defuncti, qui ſi adhuc viueret eo tempore quo legatarius vel alius quilibet voluntatem ipſius vult circumuenire, poſſet à priore voluntate recedere, ex qua ſcilicet nec fuit vnquam obligatus nec obligari potuit. Sunt quodammodo magis noſtra ea quæ nobis ex facto noſtro, quàm quæ ex ſola alterius voluntate acquiruntur, teſte illo Ouidiano: & quæ non fecimus ipſi vix ea noſtra voco. Et hinc etiam petenda ratio eſt aliarum differentiarum, quæ ſunt inter legatum & ſtipulationem in annos ſingulos. Nam legatum eſt multiplex, ſtipulatio vna, legatum morte finitur, ſtipulatio non item *leg. 4. l. cum in annos 11. de ann. leg. l. cum in annos 10. quand. dies leg. ced. l. ſi Stichum 16. §. 1. de verbor. obligat.* Nempe quia in legatis nullum legatarij factum intercedit, in ſtipulationibus intercedit factum ſtipulatoris, idque ſemel tantùm. Non autem vt putat Cuiacius, quod ſtipulatio non contrahatur creditori proſpiciendi cauſa. Quid enim aliud agit ſtipulator niſi vt ſibi proſpiciat, heredi autem ſuo per conſequentias? *lege ſi pactum 9. de probat.* Nec leuior eiuſdem Cuiacij error eſt in eo quod legatum & ſtipulationem *in annos ſingulos* de quibus agitur ſupradictis locis, accipit pro legato & ſtipulatione alimentorum. Alimenta enim ſemper ſunt perſonalia *§. modus infrà.* nec vnquam tranſire poſſunt ad heredem alimẽtarij quantumuis ex ſtipulatione debeantur, niſi hoc ipſum in ſtipulationem deductum ſit, vt de vſufructu repetito ſcriptum eſt *lege repeti 5. quib. mod. vſuf. amitt.* Parum enim eſt quod ſtipulatio ipſa ſui natura poſſit tranſire ad heredes, ſi res quæ in ſtipulationem deducta fuit tranſire non poſſit. Alioqui perinde dicendum erit vſumfructum per ſtipulationem conſtitutum ad heredes tranſire poſſe, quod tamen abſurdum fuerit dicere. Indéque eſt quod alimenta dicuntur in perpetuum relicta quæ ad vitam relicta ſunt *§ prox. ſeq.* iunct. *leg. 1. pro ſocio.* iunge quæ dicam ad *§. ſi in annos*].

3 ¶ Siue igitur in menſes ſingulos, ſiue in dies, ſiue in annos fuerint relicta: oratio locum habet. Sed & ſi non fuerint perpetuò relicta [h], ſed vſque ad annos certos, idem eſt.

Ad §. 3. Siue igitur.

Ratio dubitandi. Solutio quæ fit per partes habet magna incommoda ex parte creditoris qui eam accipit *leg. 3. inf. famil. erciſc.* Ergo eo ſaltem caſu quo alimenta ſic relicta ſunt vt in dies ſingulos præſtentur, deberet permiſſa eſſe indiſtinctè de iis tranſactio ad alimentarij vtilitatem.

Ratio decidendi, Quod ſemel debetur, id ſanè commodius eſt & vtilius creditori, ſemel præſtari totum quàm per partes. Sed legata in ſingulos dies relicta non ſunt huius generis: quia non ſemel tota ſed per dies ſingulos debentur. Nec ſciri poteſt quanto tempore ſint duratura cùm id pendet ex incerto vitæ alimentarij euentu, ideóque verendum eſt ne alimentarius parum ſibi conſulens pro modico præſenti totum illud quicquid eſſe poteſt futurorum alimentorum facilè remiſſurus ſit, niſi prætoris arbitrio & autoritate impediatur: & verò ea præſtandorum per ſingulos dies alimentorum neceſſitas magis incommoda eſt ei qui dat, quàm ei qui accipit *leg. pecunia 8. de alim. leg. in fin.*

h *Sed & ſi non fuerint perpetuò relicta.* Ratio dubitandi. Cùm alimenta non ſunt in perpetuum alicui relicta, ſed ad certum vſque tempus, non poteſt dici teſtatorem voluiſſe prouidere, ne quandoque alimentarius fame periret, aut ſaltem egeſtate laboraret, quam tamen diximus fuiſſe præcipuam rationem orationis Diui Marci. Ergo quaſi ceſſante oratione dicendum eſt, ſaltem hoc caſu permittendum eſſe indiſtinctè tranſactionem de alimentis ſine prætoris autoritate. Ceſſante enim orationis ratione, ceſſat etiam oratio *l. illud 32. ad leg. Aquil. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.*

Ratio decidendi. Qui relinquit alimenta in certum vſque tempus, id etiam agit quantum poteſt, ne intra illud tempus alimentarius fame pereat aut egeſtate laboret. Eadem ergo ratio eſt proſpiciendi ad conſeruandam teſtatoris voluntatem, ne poſſit hic modico præſenti accepto tranſigere de futuris alimentis.

i *Perpetuò.* Id eſt, ad vitam alimentarij. Neque enim poſſunt alimenta non eſſe perſonalia, nec finiri morte alimentarij, vt dixi ad *§ proxim.* Sic & ſocietas dicitur certa eſſe in perpetuum, quæ ſic coita eſt, vt duret ad vitam ſociorum *leg. 1.*] *pro ſocio.*

4 ¶ Si integra quantitas alicui fuerit legata, vt ex vſuris eius ſe alat, & mortis tempore pecunias reſtituat: non ceſſabit oratio, licèt non in annos ſingulos videatur id relictum.

Ad §. 4. Si integra.

Ratio dubitandi. Cùm quis integram quantitatem aliquam, putà mille aureorum alicui legat, vt ex vſuris eius pecuniæ ſe alat, & mortis tempore eandem ipſam quantitatem reſtituat, nihil relinquit in annos ſingulos. Non pecuniam quam & ſemel totam dari vult, & ſimiliter totam ſemel reſtitui. Non vſuras, quia eæ non ex pecunia, ſed ex negotiatione percipiuntur *leg. ſi nauis 62. de rei vindic. leg. venditor 21. de hered. vel act. vendit.* nec voluit teſtator eas præſtari legatario, ſed vt poſſent ab eo percipi ſi ex pecunia legata negotiari vellet, quod ipſum poſuit in eius poteſtate. Quis enim cogat eum pecuniam fœnerari ſi nolit? Aut quas vſuras ex ea pecunia percepturus eſt ſi non eam collocet fœnori? Pecunia enim res ſterilis eſt, & quæ aliam pecuniam ex ſe nunquam gignit, vt ait Ariſtoteles. Nihil ergo impedit quominus de hoc legato tranſigere poſſit legatarius inconſulto prætore, ſi forte malit heres minorem pecuniæ quantitatem ei dare ſine vllo onere reſtitutionis.

Ratio decidendi. Ea fuit mens teſtatoris, vt legatarius ſe aleret ex vſuris quas ex pecuniæ ſibi legatæ negotiatione redigere poſſet, ac proinde non poteſt negari quin legatum hoc relictum fuerit in cauſam alimentorum. Ergo & in hoc legato locum habebit oratio. Pertinet enim ad omnes caſus quibus metui poteſt ne alimentis egeat, is cui de alimentis prouidere voluit teſtator. Nec ad rem pertinet quod in huius legatarij poteſtate futurum ſit legatam ſibi pecuniā fœnerari aut non fœnerari. Neque enim dubitandum eſt quin fœneraturus ſit potiùs quàm fame periturus, ſi modo habeat quod fœnerari poſſit. *Magiſter artis, ingenijque largitor venter* coget ſatis legatarium quantumuis negligentem & deſidioſum, vt ſe ſuámque pecuniam exerceat. Saluam igitur pecuniam ei conſeruari oportet, vt ex eius vſuris poſſit ſaltem cùm volet alimenta ſibi comparare.

5 ¶ Sed & ſi ſit certa quantitas relicta Titio, vel res, ita vt inde alimenta Seio præſtentur: magis eſt, vt tranſigere Titius poſſit: nec enim tranſactione Titij minuuntur alimenta Seij. Idémque eſt, & ſi per fideicommiſſum alimenta ad hoc legatario [a] fuerint relicta.

Ad §. 5. Sed & ſi ſit.

Ratio dubitandi. Nemo poteſt obligari vt præſtet ex teſtamento, aut alia vltima voluntate plus quàm ex ea ipſa vltima voluntate acceperit *lege 1. §. ſi is qui quadringenta lege ex facto 17. §. non tantum ad Senatuſconſultum Trebellianum. §. 1. Inſtit. de ſing. reb. per fideic. relict.* Atqui tranſactio facta per Titium, facit ne plus ex teſtamento conſequatur, quàm in tranſactionem deductum ſit. Ergo & facere debet vt non plus conſequatur Seius, ſiue alimenta per fideicommiſſum ei relicta ſint, ſiue per modum adiectum legato certæ quantitatis. Erat namque inter hæc olim differentia, nec fideicommiſſi actio competebat ex modo adiecto legato, quod hodie eſt immutatum per *l. 2. C. de his quæ ſub modo.*

Ratio decidendi. Tranſactio facta per Titium non poteſt nocere Seio *leg. 3. in princ. ſupr. hoc tit.* Non igitur poteſt videri de alimētis Seio relictis tranſactum fuiſſe ob id ſolùm quod cum Titio tranſactum fuerit de legato. Proinde non poteſt cauſa alimentorum impedire ne Titius tranſigat, ſicuti nec Titij tranſactio facere, vt eo minus alimentorum nomine Seio debeatur. Sibi nunquam debet imputare qui minore quantitate tranſegerit. Tanti enim legatum ſuum æſtimaſſe videtur, ideóque nec mirum eſt plus eum præſtare quàm acceperit, dum ne plus quàm accipere potuerit *l. Imperator 70. §. ſi centum de leg. 2. l. planè ſi filium 94. §. vltim. de leg. 1.*

a *Ad hoc legatario.* Benè Cuiacium legendum eſſe *ad hoc.* Nam à legatario fideicommiſſum relinqui poteſt, non etiam legatum *d. §. 1. de ſing. per fideicomm. relict. l. 2. Cod. comm. de legat.*

6 ¶ Eam tranſactionem oratio improbat, quæ idcirco fit vt qui repræſentatam pecuniam conſumat. Quid ergo, ſi quis citra prætoris auctoritatem tranſegerit, vt quod per ſingulos annos erat ei relictum, conſequeretur per ſingulos menſes? aut quid, ſi, quod per ſingulos menſes ei relictum erat, conſequeretur per ſingulos dies? quid deinde, ſi, quod conſummato anno vt acciperet, initio anni conſequatur? & puto eam tranſactionem valere: quia meliorem conditionem ſuam alimentarius tali tranſactione facit: noluit enim oratio alimenta per tranſactionem intercipi.

Ad §. 6. Eam tranſactionem.

Ratio dubitandi. Oratione Diui Marci generaliter cautum eſt, ne alimentorum tranſactio aliter rata eſſet quàm autore prætore facta, vt ſcriptum eſt in principio huius legi. Cùm ergo non diſtinguat oratio, nec nos diſtinguere debemus *l. de pretio 8. de publ. in rem act. l. in fraudem 15. §. vltim. de teſtam. milit. l. 1. §. quod autem de aleat.* Proinde ſiue tranſactio vtilis futura ſit alimentario, ſiue inutilis non debet valere ſi autoritas prætoris non interuenerit. Nam & ſimiliter dicimus alienationem bonorum minoris, vel eccleſiæ factam ſine decreto non valere, licèt vtiliter pro eccleſia, vel pro minore contractum proponatur, quia forma & ſolemnitas iure introducta omnino ſeruanda eſt, adeò vt nec prætori ipſi liberum ſit permittere alienationem bonorum minoris ex alia cauſa quàm ſoluendi æris alieni, licèt minoris ex alia cauſa interſit *lege 5. §. ſi æs alienum & paſſ. de reb. eo. qui ſub tutel.* Quod & Bartol. ad hunc locum rectè ſentit.

Ratio decidendi. In omnibus iuris noſtri partibus inſpiciendum eſt non tam quid dicatur, quàm qua mente & ratione *leg. pen. infr. ad exhib.* Ratio enim ſiue legis, ſiue alterius diſpoſitionis illa eſt, quæ legem & diſpoſitionem vel ampliat, vel reſtringit *leg. cùm pater 77. §. dulciſſimis de leg. 2. leg. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. leg. vltim. de hered. inſtit. leg. illud 32. ad legem Aquiliam.* Atqui oratio D. Marci non aliam rationem habuit, quàm ne in alimentarij poteſtate eſſet repræſentatam pecuniam conſumere, eáque vt veriſimile eſt orationis præfatio fuit vt & legis huius initium demonſtrat. Ergo ſi quis citra prætoris autoritatem tranſegerit, vt quod per ſingulos annos ei relictum erat cōſequeretur per ſingulos menſes, aut quod per ſingulos menſes relictum erat, conſequeretur per ſingulos dies, aut denique vt quod anno conſummato accipere deberet initio anni conſequatur valebit tranſactio. An ob id duntaxat quod meliorem ſuā conditionem alimentarius fecerit? quaſi nihil aliud inſpici oporteat. Minimè, ſed quia meliorem ita fecit, vt tamen ab alimentorum præſtatione non ſit receſſum, id eſt, vt neque intercepta fuerint alimenta neque imminuta. Id enim eſt quod ſequitur. *Noluit enim oratio alimenta per tranſactionem intercipi.* Quare ſi quis pro alimentis futuris minoris æſtimationis acciperet per tranſactionem Fundum quem prudens & ſagax quilibet paterfamilias multo pluris æſtimaret quàm legatum alimentorum, dicendum eſſet non valere tranſactionem ſine prætore factam, quod & Bart. tradit ad *§. ſi prætor infrà.* Ea igitur tantùm valet per quam conſeruantur ea ipſa alimenta quæ fuerunt relicta, mutatis duntaxat; ſed in meliorem conditionem temporibus ſolutionum, vt & in *§. pen. & vlt. inf. hac lege.*

a *Quod*

a *Quod per ſingulos annos.* Ratio dubitandi. Cùm tempus adiectum eſt gratia creditoris non debitoris, ſoluere debitor ante tempus illud non poteſt *leg. Iauolenus* 15. aliàs *leg. cum qui. de ann. legat. leg. ſi ita relictum* 43. §. *Pegaſus de leg.* 2. *leg.* 3. §. *cum Pollidius de vſur.* Atqui cùm alimenta legantur alicui præſtanda per ſingulos annos tempus adijcitur gratia legatarij ne ſi vnica & prima ſolutione totum conſequeretur, repræſentatam pecuniam conſumeret, vt ſcriptum eſt in principio huius paragraphi. Ergo non eſt permittendum vt contra teſtatoris voluntatem repræſentetur ſolutio, quæ tamen repræſentatur quoties per tranſactionem fit, vt quod per ſingulos annos præſtari debuerat, præſtetur per ſingulos menſes.

Ratio decidendi. Nihil fit contra teſtatoris voluntatem cùm alimenta quæ debebantur ſolui per ſingulos annos ſoluuntur per ſingulos menſes, quia tantò meliùs proſpicitur alimentario, ne alimentis careat, quantò pluribus & minutioribus ſolutionibus alimenta præſtantur, ceditque ea res incommodo ſolius debitoris. *l. pecuniæ* 8. *in fin. de alim. leg.* Neque iam hæc repræſentatio alimentorum dicenda eſt, quam ſpecialior diſtributio, quæ quo ſpecialior eſt, eo magis congruit cum teſtatoris prouidentia & voluntate.

7 ¶ Nihil autem intereſt, verùm libertini ſint, quibus alimenta relicta ſunt, an ingenui: ſatis locupletes, an minùs [b].

Ad §. 7. Nihil autem.

Ratio dubitandi. Iniquum eſt ingenuo homini liberam rerum ſuarum alienationem, quod non ſimiliter iniquum eſt in libertino *l.* 2. *ſi à parent. quis manumiſit.* Ergo diſtinguendi ſunt hac parte ingenui a libertinis, vt faciliùs illis quàm iſtis permittatur de alimentis tranſigere inconſulto prætore.

Ratio decidendi. Libera quidem eſſe debet ingenuo cuique rerum ſuarum adminiſtratio, ſed quatenus id ad ipſius commodum pertinet, non etiam vt ei debeat licere abuti re ſua vſque adeò vt alimentorum penuria de vita quoque periclitetur. Intereſt enim reipublicæ §. *vltim. Inſtit. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* præſertim ne audiatur perire volens *leg.* 1. §. *Diuus Seuerus & §. vltim. de quæſt.* Perire autem vult quiſquis mittit alimenta ſine quibus non poſſit viuere *l. necare* 4. *de agnoſc. liber.* Sed nec teſtatoris voluntas circumuenienda eſt qui ob id maximè alimenta reliquit, ne deeſſet legatario vnde ſe aleret. Qua etiam ratione verum puto quod vult Bartolus non poſſe alimentarium renunciare ſolemnitati huius orationis Diui Marci, ne quidem cum iuramento, non ſolùm quòd det formam certam à qua non eſt recedendum. §. *ſi prætor, infrà ead. leg.* procedátque prohibendo, vt conſtat ex initio legis, ſed quia pertinet ad publicam vtilitatem, prouidere ne ciuis Romani vita periclitetur, cui conſultum eſſe poſſit. Ex qua ratione apparet non idem dicendum eſſe de alimentis ſeruo relictis. Etſi enim valet legatum ſiue ſeruus teſtatoris fuerit, ſiue alienus, ſiue pœnæ aut Cæſaris. *l. ei cui* 11. *l. ſeruos* 17. *de alimen. leg. l.* 3. *de his quæ pro non ſcriptis habentur.* Ridiculum tamen eſt quærere, an de eo tranſigere ſeruus poſſit, cùm is neque agere neque conueniri poſſit *l. quoties* 13. *ſi quis cantion.* Poteſt ſanè adire per ſe prætorem, & implorare officium eius ad hoc vt alimenta ſibi exhibeantur *d. l. ſeruos & leg. mulier* 22. §. *non eſt dubitatum. ad SC. Trebellianum.* ſed non ideo paciſci poteſt aut tranſigere, neque interueniente prætore, neque ſine prætoris autoritate, cùm neque lis vlla eſſe poſſit inter liberum hominem & ſeruum *l.* 4. *de iudic. l. cum ſeruo* 107. *de reg. iur.* nec dubium vllum ſuper quo tranſigi oporteat aut liceat. Et ob eam nimirum cauſam Vlpian. hic loquitur de libertinis & ingenuis tantum, non etiam de ſeruis. In quo Accurſium, Bartolum, Cuiacium & alios errâſſe miror. Imò etſi ſeruo alieno legentur alimenta, domini eſt non ſerui legatum. *lege filiofamilias* 42. *de condict. & demonſtr.* Erit ergo domini tranſigere, non ſerui. Sic & Abbatis, non Monachi, ſi alimenta fuerint relicta Monacho monaſterium & Abbatem habenti, vt hîc Bart. tradit.

b *Satis locuples an minus.* Ratio dubitandi: Ea potiſſimùm orationis ratio fuit, vt egentibus ſuccurreretur, ne fame perirent malè conſumpta pecunia, quam pro futuris alimentis repræſentatam accepiſſent. Atqui ea ratio non habet locum in legatario locuplete. Ergo nec oratio locum habere debet ſi verum eſt quod diximus ad § præcedentem, ex ratione orationis ampliandam vel reſtringendam eſſe orationem.

Ratio decidendi. Poteſt fieri vt legatarius ſit locuples, & tamen non ſit ei permittendum vt de futuris alimentis tranſigat, ſi forte is ſit moribus vt facilè præuideri poſſit futurum vt aliquando laboret egeſtate ſi non ei alimenta conſeruentur. Et ideo cauſæ cognitio hîc per prætorem adhibenda eſt, quæ in eo potiſſimùm verſatur vt tractet de cauſa, de modo, de perſonis tranſigentium. §. *ſi prætor* ꝑ.

8 ¶ Vult igitur oratio, apud prætorem de iſtis quæri: in primis de cauſa tranſactionis [c], dein de modo [d], tertiò de perſona tranſigentium [e].

Ad §. 8. Vult igitur.

c *De cauſa tranſactionis.* An ſcilicet res aliqua dubia ſit, quæ iuſtam præbeat cauſam tranſactioni. *leg.* 1. ꝑ. *eod.* Sed & cùm res dubia non eſt quantum ad hoc an alimenta debeantur, adhuc tamen poteſt iuſta eſſe cauſa tranſactionis, ſi fortè heres incommodum illud præſtandorum per ſingulos annos vel menſes vel dies alimentorum velit redimere præſtatione certæ quantitatis quam habere magis expediat legatario, cuius etiam rei variæ cauſæ eſſe poſſunt. Sufficit enim ad tranſactionem vt aliquid ſit dubij. Hic autem dubium eſt quanto tempore duratura ſunt alimenta, id eſt, quanto tempore victurus ſit legatarius. Sunt & aliæ cauſæ, de quibus in §. *prox. ſeq.*

Ratio dubitandi. Valet ſtipulatio etiam quæ cauſam nullam habet. *leg.* 2. §. *circa de doli mali exceptione.* Ergo multò magis valebit tranſactio etiam quæ nullam cauſam habeat, cùm tranſactio ſit fauorabilior ſtipulatione. Tranſactio enim tendit ad liberandum, ſtipulatio autem ad obligandum. *l. Arrianus* 47. *de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Valet quidem ipſo iure ſtipulatio etiam quæ nullam cauſam habuit, ſed repellitur per exceptionem doli mali ſtipulator, ſi agat ex ea ſtipulatione. *d.* §. *circa.* Ea igitur ratio facere debet vt non valeat tranſactio facta ſine cauſa, quia eſſet abſurdum dari exceptionem doli aduerſus eum qui iuuaret ſe ea tranſactione quam prætor ipſe adprobaſſet. Sed & differentia eſt hac parte inter ſtipulationem & tranſactionem. Ipſum enim tranſactionis nomen oſtendit & præ ſe fert actionem aliquam ſupereſſe, eámque dubiam de qua tranſigi oporteat. *d. l.* 1. ꝑ. *hoc tit.* At ſtipulationis nomen nullam cauſam præſupponit, quamuis verum ſit ſtipulationes omnes conuentionales quæ ſint efficaces pendere ex negotio contracto. *l.* 5. ꝑ. *conuentionales de verb. oblig.*

d *Dein de modo.* id eſt, de quantitate pro qua tranſigatur de alimentis. Nec enim patietur prætor pro modico præſenti alimentis futuris renunciari.

Ratio dubitandi. In tranſactione non habetur ratio læſionis, nec ſi excedat quadruplum. *l. Lucius.* §. *vltimo ad SC. Trebellianum.* quia ſatis lucratur qui à lite diſcedit. *l.* 4. §. 1. *de alien. iud. mut. cauſ. fact. l. in ſumma* 65. §. 1. *de condict. indebit.* Ergo cùm prætori conſtitit iuſtam

eſſe cauſam tranſactionis, id eſt, quòd res ſit dubia, non eſt quod inquirat ille de modo & quantitate, quæ in tranſactionem deducitur.

Ratio decidendi. Licèt tranſactio non poſſit reſcindi ob ſolam læſionem, pertinet tamen ad dignitatem & æquitatem prætoris, ne patiatur quantum in ſe eſt aliquam læſionem interuenire in ea tranſactione, cui autoritatem ipſe præſtet. Iunge *§. modus quoque*].

e *De perſonis transigentium* Ratio dubitandi. Nihil intereſt quod ad hanc orationem pertinet, cuius ſtatus & conditionis ſint ij qui volunt tranſigere, an libertini, an ingenui, an egeni, an locupletes, vt dictum eſt in *§ præcedenti.* Ergo fruſtrà inquirit prætor de perſonis tranſigentium.

Ratio decidendi. Nihil intereſt cuius ſtatus & conditionis ſit alimentarius, quod ad hoc attinet vt non poſſit rata eſſe tranſactio facta inconſulto prætore. Sed intereſt quod ad hoc vt prętor faciliùs vel difficiliùs permittat fieri tranſactionem. Finge legatarium cui alimenta fuerant relicta, cùm egenus eſſet aut perditis moribus poſtea factum eſſe locupletiorem & eo tempore quo de tranſactione ineunda agitur eſſe hominem frugi, & ad ſanos mores rediiſſe, vt iam nihil ſit verendum, ne quando alimentis egeat. E contrario autem eum qui alimenta præſtare debeat lapſum eſſe facultatibus vt veriſimile ſit præſtandis in perpetuum alimentis imparem eum fore, eur non permittit prætor vt alimentorum legatum annuum aut menſtruum in certam pecuniæ quantitatem conuertatur, cùm ea ratione futurum ſit vt vtrique contrahentium melius ſit conſultum. *§. ſed & perſonarum.*].

9 ¶ In cauſa hoc erit requirendum, quæ cauſa ſit tranſigendi: ſine cauſa enim neminem tranſigentem audiet prætor [a]: Cauſæ ferè huiuſmodi ſolent allegari: ſi alibi domicilium heres [b] alibi alimentarius habeat, aut ſi deſtinet domicilium transferre [c] alter eorum: aut ſi cauſa aliqua vrgeat præſentis pecuniæ [d]: aut ſi à pluribus ei alimenta relicta ſint, & minutatim ſingulos conuenire difficile ei ſit [e]: aut ſi qua alia cauſa fuit [f], vt plures ſolent incidere, quæ prætori ſuadeant tranſactionem admittere.

Ad §. 9. In cauſa.

a *Sine cauſa enim neminem tranſigentem audiet prætor.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *§. prox. in principio.*

b *Si alibi domicilium heres.* Ratio dubitandi. Quod per actionem perſonalem ex legato petitur ibi dari debet vbi petitur, id eſt, vbi heres domicilium habet. *l. quod legatur 38.* iunct. *l. fideicommiſſum 50. §. pen.*]. *de iudic.* & ſiue hoc heredi ſiue potius alimentario ipſi incommodum ſit teſtator hoc ſciuit & præuidit. Ergo cùm nihil noui poſt teſtatoris mortem ſuperuenerit, voluntas ipſius hoc quoque caſu ſequenda eſt vt omni modo præſtantia ſint alimentario ea ipſa alimenta quæ reliquit. Ea enim demum nouo indigent auxilio, quæ poſtea emergunt. *l. de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.*

Ratio decidendi. Alimentorum ſiue præbendorum ſiue accipiendorum neceſſitas non præſentem ac momentariam curam haber, id eſt, quæ momento vno poſſit expediri, vt diuiſio legatorum, ſed oneribus menſtruis atque annuis verecundiam quoque pulſantibus adſtringitur *l. penulta 8. de alim. legat.* Si qua igitur alia ratio ſit vtrique conſulendi, & heredi & alimentario vt ab eo onere liberentur, non debet eam aſpernari dum ne teſtatoris voluntas circumueniatur.

c *Aut ſi deſtinet domicilium transferre.* Ratio dubitandi. Nemo poteſt domicilium transferre, vel conſilium mutare in alterius iniuriam. *l. nemo poteſt 75. de reg. iur.* Non poteſt igitur mutatio domicilij per alterum facta alteri nocere.

Ratio decidendi. Nihil eſt impedimento quominùs quis vbi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non ſit. *l. nihil eſt 31. ad municip.* Adeò vt nec potuerit teſtator aut heredi aut legatario prohibere ne domicilium mutaret, quoniam ea prohibitio ciuis Romani libertatem infringeret. *l. Titio centum 71. §. 2. de condict. & demonſtr.* Itaque nihil eo caſu videtur fieri in fraudem & iniuriam alterius cùm fiat permittente iure, licèt alius ex ea domicilij mutatione per conſequentias damnum ſentiat: arg. *l. cum eodem 9. vrb. præd. l. fluminum 24. §. vlt. cum duabus ll. ſequentib. de dam. infect. l. 1. §. denique 22. l ſi in meo 21. de aqua & aquæ pluu. arc.* Eſt autem hoc caſu maior ratio tranſactionis permittendæ quàm ſuperiore, quia quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio, vt proximè dicebamus ex *dicta lege de ætate 11. ex cauſa de interrog. in iur. fac.*

d *Aut ſi cauſa aliqua vrgeat præſentis pecuniæ.* Ratio dubitandi. Videtur hæc cauſa pugnare apertè cùm ea ratione qua motus fuit D. Marcus vt orationem de prohibenda alimentorum tranſactione in ſenatu haberet, nempe quòd hi quibus alimenta relicta erant facilè tranſigerent contenti modico præſenti. Quis enim eſt tam perditis moribus qui modico præſenti contentus eſſe malit niſi cauſa aliqua valdè vrgeat præſentis pecuniæ?

Ratio decidendi. Eam demum cauſam quaſi vrgentem præſentis pecuniæ pro iuſta habebit prætor quæ alimentario vtilis futura ſit, non quam pro arbitrio alimentarius ſibi fingat fortaſſis vt genio, & ventri aut libidini indulgeat qualem ſibi fingere ſolent homines perditi vt præſens modicum præferant futuris alimentis quantæcunque æſtimationis, ſed nec prætor facilè patietur præſentem illam pecuniam pro qua expediat alimentario tranſigere cum herede adeo modicam eſſe, vt non aliquatenus reſpondeat iuſtæ alimentorum æſtimationi: quorum omnium tamen nihil fortaſſe curaret alimentarius ſi tranſigeret ſine prætore.

e *Et minutatim ſingulos conuenire difficile ſit.* Ratio dubitandi. Quo minutior eſt alimentorum præſtatio eo melius conſulitur alimentario ne poſſit incidere in tantam egeſtatem vt alimentis quoque careat, vt diximus ad §. *eam tranſactionem in fine ſup.*

Ratio decidendi. Id intelligi debet de alimentorum præſtatione quæ minutior ſit quod ad ſummas & tempora præſtationum, non quod ad perſonas ſoluentium. Eſt enim id ſemper & in omnibus incommodum creditori ſi in plures diſtringatur aduerſarios. *lege & ancillarum 27. paragrapho vltimo de peculio.* Ob eamque cauſam ſolet remedium adhiberi, de quo in *lege 3. de alim. vel cibar. legat.*

f *Aut ſi qua alia cauſa fuit.* In hoc igitur diuerſa ratio eſt huius orationis Diui Marci, & illius quam habuit Seuerus de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt ſine decreto non alienandis. Illa enim vnicam duntaxat cauſam habet, eámque verbis orationis expreſſam propter quam prætor debeat permittere alienationem bonorum minoris, ſi vrgeat æs alienum, tametſi ponas ea alia cauſa expedire minori vt prædium vel ſuburbanum vel ruſticum diſtrahatur. *lege magis puto 5. §. ſi æs alienum ll. titul. De rebus eorum.* At Diuus Marcus nullam certam expreſſit cauſam permittendæ tranſactionis alimentorum, ſed eam qualiſcunque ſit arbitrio prætoris permiſit.

10 ¶ Modus

10 ¶ Modus quoque pecuniæ, quæ in tranſactionem venit, æſtimandus eſt, vt putà quantitas tranſactionis: nam etiam ex modo fides tranſactionis æſtimabatur [a]. Modus autem pro ætate eius [b], qui tranſigit, arbitrandus eſt, & valetudine: nam aliàs cum puero, aliàs cum iuuene, aliàs cum ſene tranſigi palàm eſt: conſtat enim alimenta cum vita finiri.

Ad §. 10. Modus quoque.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. 8 vult igitur in illis verbis *deinde modo ſuprà.*

a *Non etiam ex modo fides tranſactionis æſtimabunr.* Ratio dubitandi. Dolus contrahentis ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimatur. *l. dolus* 10. *Codic. de reſcind. vend.* Nihil ergo commone habet quaotitas tranſactionis cum bona fide traoſigentium, aut cum validitate tranſactionis.

Ratio decidendi. Non hoc ſibi vult Vlpianus, Tranſactionem hanc ſi facta ſit, præſertim autore prætore poſſe reſcindi, aut inutilem videri ob modicam quantitatem quaſi ex ea cauſa dolo malo facta ſit, vel minus bona fide: ſed hic ſenſus eſt, Prætorem aditum vt permittat tranſigi de alimentis facilè æſtimatorum ex ea quantitate quam alimentario heres offeret, an futura ſit ea tranſactio contra orationem Diui Marci necne: Si enim videat alimentarium velle modico præſenti contentum eſſe vt repræſentatam pecuniam conſumat, non patietur fieri tranſactionem. Itaque modicitas quantitatis impediet fieri tranſactionem, quam ſi facta eſſet ritè ac legitimè non reſcinderet. *lege Lucius* 78. *§. vltimo ad Senatusconſultum Trebellianum.* Etſi ea quoque noſtrorum ſententia eſt, Ex læſione immodica præſumi dolum in re ipſa qui dolo ex propoſito æquiparetur ex *leg. ſi ſuperſtites* 5. *Cdice de dolo leg. ſi quis cùm aliter* 36. *de verborum obligatione.* Quem errorem nos refutauimus in prima parte Chiliadis noſtræ.

b *Pro ætate eius qui tranſigit.* Quomodo autem hæc computatio facienda ſit, explicatur in *l. computationi* 68. *alias lege hereditatum. infra ad leg. Falcid.* vbi dicemus.

c *Alimenta cum vita finiri.* Ratio dubitandi. Stipulatio huiuſmodi *in annos ſingulos* ſimilis eſt ſtipulationi alimentorum, ſicut & legatum *in annos ſingulos* ſimile eſt legato alimentorum & vſusfructus. *l. 4. leg. in ſingulos* 8. *l. cùm in annos* 11. *de ann. legat. l. cùm in annos* 10. *l. cùm in annos* 13. *quand. dies leg. ced.* Atqui ſtipulatio illa *in annos ſingulos* tranſit ad heredem. *l. ſi Stichum* 16. *§. 1. de verbor. obligatione. leg. ſenatus.* 35. *§. vltim. de mort. cauſ. donat.* Ergo & ſtipulatio alimentorum, & conſequenter alimenta non ſemper cum vita finiuntur, nimirum ſi ex contractu debeantur.

Ratio decidendi. Alimenta ſolent quidem relinqui aut promitti in ſingulos annos, vel menſes, vel dies. Sed non ideo quicquid in ſingulos annos, vel menſes, vel dies relinquitur aut promittitur, alimentorum iure cenſeri debet, vt dixi ad §. 1. *in fin. ſupr.* Ideóque ſeparatus eſt in Pand. *tit. De ann. legat. à tit. De alim. & cibar. legat.* Proinde quod dicitur de ſtipulatione illa *in annos ſingulos*, non eſt porrigendum ad ſtipulationem alimentorum, maiórque differentia eſt inter ſtipulationes iſtas, quàm ſit inter legatum *in annos ſingulos*, & legatum alimentorum, quia nec bona eſt hac parte comparatio legatorum & ſtipulationum. Niſi quod ſemper & omni caſu alimenta ſiue ex legato ſiue ex ſtipulatu, debita cum vita finiuntur.

11 ¶ Sed & perſonarum contemplatio habenda eſt: hoc eſt, cuius vitæ ſint hi quibus alimenta relicta ſunt: vtrùm frugi hi ſint, qui alias ſufficere ſibi poſſint: an ſequioris [c], qui de alimẽtis pendeãt. In perſona eius, à quo alimenta relicta ſunt, hæc erunt ſpecienda: in quibus ſunt facultatibus cuius opinionis: tunc enim apparebit, numquid circumuenire velit eum, cum quo tranſigit.

Ad §. 11. Sed & perſonarum.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt cuius conditionis ſit is cui alimenta relicta ſunt, an ingenuus an libertinus, nec rurſus an egenus an locuples. *§. nihil autem.* 7. *ſuprà.* Ergo iſta perſonarum contemplatio habenda non eſt.

Ratio decidendi eadem quæ ad *§. vult igitur* 8.

c *Sequioris.* Vtrùm *ſequioris* legas, vt volgò, & cum Cuiacio, an *ſegnioris* cum Duareno nihil intereſt. Vtraque enim lectio ſuum & bonum ſenſum habet.

12 ¶ Qui tranſigit de alimentis, non videbitur, neque de habitatione, neque de veſtiario tranſegiſſe: cùm diuus Marcus ſpecialiter etiam de iſtis tranſigi voluerit.

Ad §. 12. Qui tranſigit.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. 1. *ſuprà* Adde pro Ratione dubitandi. Legatis alimentis & cibaria & habitationem & veſtiarium contineri. *leg. legatis.* 6. *lege vltima de alim. leg.* Ergo & qui de alimentis tranſigit de cæteris quoque omnibus tranſigere videtur. Ratio decidendi. Diuus Marcus ſpecialiter de iſtis quoque tranſigi voluit, non quod alioqui tranſactio ſtrictiùs accipi potuerit aut debuerit quàm vltima voluntas, vt vult Cuiacius ex *leg. in teſtamentis.* 12. *de regul. iuris. leg. plenum* 12. *§. ſed & ſi pecoris de vſu & hab.* (conuentiones enim quæ vltima de voluntate interponuntur etiam animo nouandi, eius tamen naturam retinent & imitantur. *leg. ſi ſub conditione. ff. vt leg. ſeu fideic. nomin. caueat.*) neque rurſus fauore alimentorum, vt ait Bart. quis enim fauor poteſt eſſe alimentorum quæ remittuntur? ſed quia, vt ait Vlp. Diuus Marcus ita voluit. Ob eam nimirum cauſam, vt qui tam modico præſenti contentus alimentis ceſſit, ſaltem veſtiarium & habitationem, de quibus locutus non eſt, retineat, vt hac interpretatione frangatur captioſa liberalitas alimentarij. argum. *leg. cum Aquiliana §. ff. hoc tit.*

13 ¶ Sed & ſi quis de alimentis tranſegerit, non habebit neceſſe etiam de habitatione, vel cæteris inuitus tranſigere: poterit igitur vel de omnibus ſimul, vel de quibuſdam facere tranſactionem.

14 ¶ De calciario quoque arbitrio prætoris tranſigendum eſt.

Ad §. 13. Sed & ſi quis. & Ad §. 14. De calceario.

Ratio dubitandi. Qui tranſigit de alimentis, neque de habitatione, neque de veſtiario videtur tranſegiſſe, niſi ſpecialiter id exprimat. *§ prox. ſ.* Ergo neceſſe habet de habitatione quoque & de veſtiario etiam inuitus tranſigere ſi de alimentis tranſigat, quia non poteſt legatum pro parte agnoſcere & pro parte repudiare. *l. legatarius* 38. *de legatis* 1. *l. 4. de legatis* 2. Ergo neque de legati parte dontaxat tranſigere, de alia non item, ſed de toto legato tranſigi neceſſe eſt, quando vnum tantùm legatum eſt. Quomodo vnum legatum eſt quod & alimentà & veſtiarium & habitationem comprehendit. *l. legatis* 6. *l. vlt. de alim. leg.*

Ratio decidendi. Qui tranſigit de legato non repudiat legatum neque in totum neque ex parte, ſed potius agnoſcit illud & tanti æſtimat quantum illud eſt quod in tranſactionem deducit. Proinde nihil vetat de cibariis tranſigi licèt neque de veſtiario neque de habitatione tranſigatur. Aliud eſt ſi dicaria vel cibaria fuerint relicta quoniam huiuſmodi legato neque habitatio, neque veſtiarium neque calceatium continetur, *lege dicarius 21. de alim. leg.*

c *De calceario.* Ratio dubitandi. Oratio non fuit locuta niſi de alimentis, habitatione, & neceſſario, vt conſtat ex initio & §. 1. *huius legis.* Atqui calceatium appellatione iſtorum non continetur. *l. veſtimentum 22. cum quaſ. ſeq. de aur. ar. mund. l. veſtis. 127. de verb. ſign.*

Ratio decidendi. Imò alimentorum appellatione calceatium quoque continetur, quia continentur omnia, ſine quibus ali commodè corpus non poteſt. *d. l. legatis. 6. de alim. leg.* Ergo de calceario quoque vt cæteris omnibus ad alimentorum cauſam pertinentibus arbitrio prætoris tranſigendum eſt: alioqui non valet tranſactio. Nec enim eſt hoc quid minimum aut ſaltem ex eorum numero de quibus dici ſolet prætorem de minimis non curare. *l. ſcio 4. de in integ. reſt. l. ſi quis 9. alias. l. ſi oleum. §. vlt. cum l. ſeq. de dolo.*

15 ¶ Si vni, pluribúſve fundus ad alimenta fuerit relictus [f], velíntque eum diſtrahere: neceſſe eſt prætorem de diſtractione eius, & tranſactione arbitrari [g]. Sed ſi pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus, & hi inter ſe tranſigant [h]: ſine prætoris auctoritate facta tranſactio rata eſſe non debet. Idem eſt, & ſi ager fuerit in alimenta obligatus [i]: nam nec pignus ad hoc datum [k], inconſulto prætore poterit liberari.

Ad §. 15. Si vni.

f *Fundus ad alimenta fuerit relictus.* Ratio dubitandi. Cùm fundus aliquis ad alimenta legatus fuit, non ideo tamen legata videntur alimenta, at neque vſus fructus fundi, ſed ipſa proprietas quæ tranſire poſſit ad heredem: *leg. 4. vbi eſt text. eleg. de alim. leg.* Illa enim verba *ad alimenta* magis ad cauſam legandi quàm ad alimenta ipſa conſtituenda pertinent *leg. penult. eod.* iunct. *leg. ſpecies 15. de aur. & arg. l.* Ergo diui Marci oratio ad huiuſmodi caſum non pertinet, ſiue hunc fundum alienare legatarius velit, ſiue de eo tranſigere, quia non fuit locuta niſi de alimentis.

Ratio decidendi. Teſtator qui proprietatem huius fundi ad alimenta legauit, agit quantum potuit vt tanto magis alimentorum nomine legatario tantum eſſet, quem ſatis præuidit talem eſſe cui debuerit prouidere de alimentis vt haberet vnde ſe aleret. Tanto minus igitur permittendum eſt huic legatario vt de fundo iſto tranſigere vel eum pro arbitrio diſtrahere poſſit citra prætoris autoritatem. Alioqui & voluntas teſtatoris & mens orationis æquè offenditur, ac ſi alimenta ipſa legata fuiſſent. Mens autem orationis inſpicienda eſt, & effectus tranſactionis magis quàm verba vt dixi ad §. *eam tranſactionem ſuprà.* Id enim omnimodo agendum & cauendum eſt ne alimentis quandoque egeat is quem teſtator habere voluit vnde ſe aleret.

g *Arbitrari.* An vt definiat vtrùm legata ſit proprietas, an ſolus vſusfructus, an ſola alimenta? vt quidam putant. Minimè. Nihil enim iſtorum intereſt quod pertinet ad cauſam huius tranſactionis. Sed vt etiamſi videat legatam eſſe proprietatem, non eo magis tamen permittat tranſactionem niſi quam videbit ad alimentarij vtilitatem pertinere conſideratis omnibus iis perſonarum cauſarúmque circunſtantiis quæ eſſent conſiderandæ, ſi alimenta ſola legata proponerentur.

h *Et hi inter ſe tranſigant.* Ratio dubitandi. Cùm illi quibus fundus ad alimenta fuit legatus inter ſe dumtaxat tranſigunt, ſemper verum eſt fundum remanere penes eos quibus teſtator eum legauit, ac proinde nihil videtur fieri contra voluntatem teſtatoris quamuis ad extraneum is fundus peruenire non poſſet. Exemplo eius quod dicimus fundum pluribus ſimul in emphyteuſim datum licèt ab iis alienari non poſſit irrequiſito domino, inter eos tamen diuidi etiam irrequiſito domino poſſe. *c. imperialem. §. præterea de prohib. feud. alien. per Feder.* tametſi diuiſio ſit ſpecies alienationis & emptionis. *leg. C. commun. vtr. iudic.* Adde *l. 1. C. de impon. lucr. deſcr. lib. l. voluntas. 4. Cod. de fideic.*

Ratio decidendi. Oratio diui Marci locum habet in omnibus caſibus in quibus offenderetur voluntas teſtatoris per tranſactionem ſine prætoris autoritate factam. Atqui offenderetur in propoſito, quia id egit teſtator, ne cui ex legatariis alimenta deeſſe poſſent. Perinde autem deerunt ei qui per tranſactionem abdicata ſe partem huius fundi fauore collegatariorum, ac ſi eam partem alienaret in extraneum: Quid enim ei prodeſt quod aliquis ex collegatariis potiùs quàm extraneus aliquis totũ eũ fundum habeat ſi deſit ei aliunde ex quo ſe alat? In eóque diuerſa eſt ratio alimentarij & emphyteutæ, quoniam alimentorum quælibet alienatio interdicta eſt alimentario in fauorem ipſius alimentarij. Emphyteutæ verò in fauorem domini, cuius porro nihil intereſt quis ex emphyteutis habeat emphyteuſim dum ne extraneus habeat, quod & Bart. non inſubtiliter docet.

i *Et ſi ager fuerit in alimenta obligatus.* Ratio dubitandi. Pignoris remiſſio neque alienatio neque donatio vlla eſt. *leg. 1. §. 1. quib. mod. vel hypoth. ſoluit. leg. etſi pignus 18. quæ in fraud. credit.* quia ſalua ſupereſt & integra perſonalis actio cuius poteſtate conueniri poteſt debitor & condemnari, vt deinde in iudicati executione pignora noua capiantur & ipſa capione conſtituantur. *lege à Diuo Pio de re iudic.* Ergo ad pignoris remiſſionem oratio Diui Marci non pertinet.

Ratio decidendi. Teſtatoris voluntas non illa tantum fuit vt alimenta legatario deberentur, ſed illa etiam vt eo nomine cautum eſſet legatario per fundi obligationem, & quidem idonee. Cauetur enim idonee aut pignoribus aut fideiuſſoribus. *leg. ſi mandatu 59. §. vltimo mandat. leg. 4. §. addicr. de fideic. lib.* Atqui remiſſio pignoris facit vt deſinat idoneè cautum eſſe, cùm nulli adſunt fideiuſſores, dici enim ſolet, & verum eſt, plus cautionis eſſe in rem quàm in perſonam. *leg. plus cautionis 25. de regulis iuris.* Ergo neque hoc alimentario permittendum eſt vt pignus remittat, quod pro alimentorum cautione fuerat à teſtatore conſtitutum, niſi interuenierit prætoris autoritate. Alioqui facilè euenit vt amiſſo pignore perſonalis actio, quæ ſola ſupererit alimentario ſit ei inutilis, fortè bonis omnibus heredis ab eo venditis citra fraudem, ita vt eorum alienatio reuocari non poſſit, aut aliis creditoribus concurrentibus, qui cauſa & priuilegio ſint anteriores. His enim caſibus neceſſe eſt inanem eſſe nullamque penitus videri actionem quam debitoris excludit inopia. *lege nam is 6. de dolo.* Cuius periculi nullus ſubeſſet metus conſeruato iure pignoris. Nec enim pignus per alienationem à debitore ſine conſenſu creditoris factam intercidit, ſed fit alienatio cum ſua cauſa, duratque vinculum pignoris quandiu creditori ſatisfactum non eſt. *lege diſtractis 14. cum ſeq. Cod. de pign. lege 1. §. cùm prædium. ſ. eo. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. 2. C. de luit. pignor.*

k *Nam nec pignus ad hoc datum.* Scilicet expreſſim: nam & teſtamento conſtitui pignus poteſt. *l. non eſt mirum 26. in princ. de pig. act. l. Lucius 12. de alim. legat.* Ceſſante igitur expreſſa obligatione pignoris, licèt teſtator iuſſerit, alimenta ex fructibus certi fundi præſtari, non

ideo

ideo tamen fundus ille, aut expreſsè aut tacitè pro alimentis obligatus dici poteſt, vt conſtat non ſolùm ex hoc paragrapho ſed etiam ex *dict. leg. Lucius. iunct. leg. Cum* 12. *de ann. legat. leg. vltim.* §. 1. *de contr. empt.* In eóque ſanè errauit hîc Bartolus. Aliud erit ſi vt hodie fieri ſolet, teſtator aſſignauerit alimenta *ſuper fructus* prædij Tuſculani, aut *ſuper prædio Tuſculano.* Ea námque locutio oſtendit aut fructus prædij Tuſculani, aut prædium ipſum ſubiici & ſupponi, quod nihil aliud eſt, quàm vt noſtri loquuntur hypothecarij. Hypotheca enim ſuppoſitio eſt. Quiſquis autem ſuperponit aliquid is, vt aliud etiam ſupponat neceſſe eſt. Quod tamen addit Bar. verum eſt. Hodie pro alimentis ſicut & pro cæteris legatis omnia defuncti bona, nedum prædia ex quibus alimenta præſtari debent eſſe obligata ex Iuſtiniani conſtitutione. in *leg.* 1. *Codice commun. de legat.* ſed falſum quod ſubiungit iam olim idem obtinuiſſe ex *leg. creditoribus* 4. *in fin. de ſepar.* Nam quod ibi ſcriptum eſt de legatariis habentibus cauſam pignoris, non de alio pignore intelligi poteſt, quàm de prætorio, quod olim contrahebatur, miſſis ex edicto legatariis in poſſeſſionem rerum hereditariarum, ſi iis non caueretur legatariorum ſeruandorum cauſa. *l. ſi pecunia* 6. *§. vlt. l. fideicommiſſum* 11. *& paſſ. vt in poſſ. legat.* 1. *l. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Agitur enim eo loco tam de creditoribus, ſiue in diem, ſiue ſub conditione, quàm de legatariis quibus omnibus commune illud eſt, vt mittantur in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum debitoris rei ſeruandæ gratia: ſed cum hac differentia, quod creditores anteriorem cauſam habent & in bonis omnibus, quia certant de damno vitando. Legatarij autem non ſolùm poſteriorem cauſam habent, ſed & in eo deteriorem quod nullum pignus habent niſi in ea parte quæ de bonis ſeruari poteſt, id eſt, deducto eo quod creditoribus debetur, quia ſi haberent pignus in vniuerſis bonis concurrerent cum creditoribus quod eſſet iniquum *leg. vltim. Cod. de iur. delib.* Sed iſta ibi meliùs.

16 ¶ Arbitratu prætoris vel de vniuerſis alimentis, vel de parte eorum tranſigi oportere plus quàm manifeſtum eſt.

Ad §. 16. Arbitratu.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *ſed & ſi quis.* 13. *ſuprà.* Videbatur enim non poſſe tranſigi pro parte de legato alimentorum, cùm ſit vnum legatum, ſicuti nec pro parte repudiari poſſet. *l. legatarius* 38. *de leg.* 1. *l.* 4. *de leg.* 2. ſed reſpondemus nihil ſimile aut commune habere tranſactionem cum repudiatione. Poteſt autem huius loci duplex eſſe ſenſus. Vnus ille, vt ſit in arbitrio prætoris, an de totis alimentis, an de parte eorum dumtaxat tranſigi oporteat, putà de cibariis non etiam de habitatione veſtiario & calceario. Alter ille, vt ſiue de totis alimentis, ſiue de parte tantum tranſigere quis velit, arbitrium prætoris interuenire oporteat. iunge. *dicto.* §. 13. *&* 14.

17 ¶ Si prætor additus, citra cauſæ cognitionem tranſigi permiſerit, tranſactio nullius erit momenti: prætori enim ea res quærenda commiſſa eſt [a], non negligenda, nec donanda [b]. Sed & ſi non de omnibus inquiſierit [c], quæ oratio mandat: hoc eſt de cauſa, de modo, de perſonis tranſigentium: dicendum eſt, quamuis de quibuſdam quæſierit, tranſactionem eſſe irritam [d].

Ad §. 17. Prætor.

Ratio dubitandi. Cùm prætor etiam per errorem aut ambitioſè iubet quid fieri, etiam publicè intereſt id fieri propter rerum iudicatarum autoritatem. *lege ſeruo inuito.* 65. *§. cùm prætor ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo ſi prætor aditus citra cauſæ cognitionem permiſerit tranſigi de alimentis, valebit tamen tranſactio.

Ratio decidendi. Non fuit datum prætori liberum arbitrium permittendæ huiuſmodi tranſactionis, ſed tantùm cauſa cognita, & ſic accipi debet quod ſcriptum eſt in *principio huius legis autore prætore facta.* Non enim ſufficit interuenire prætorem de plano, niſi etiam interueniat cauſæ cognitio pro tribunali. Si ergo nulla cauſæ cognitio interuenerit, tranſactio non valebit, quaſi deficiente forma quam Diuus Marcus præſcripſit. Multum namque intereſt, an prætor aliquid decernat contra ius vel æquitatem, an verò contra formam præſcriptæ ſolemnitatis. Priore caſu vincit iniquitatem autoritas rei iudicatæ. *dicto §. cum prætor.* Poſteriore verò vincit autoritatem prætoris autoritas iuris, quæ ſcilicet nunquam poſita eſt in arbitrio, ſiue ius dicentis, ſiue iudicantis. *leg.* 1. §. 1. *verſ. quorum alterum ad Senatuſconſultum Turpillianum. leg. ordine* 15. *ad munic.* Sed hoc ita ſi ſpreta ſit ſolemnitas aliqua præcipua, & vt Bartolus loquitur ſubſtantialis, id eſt, vt ille definit, ob quam omiſſam poteſt contingere mutatio circa ſubſtantiam eius actus, de quo agitur. Nam alioqui leuioris ſolemnitatis omiſſio non vitiaret. *leg.* 1. *de vent. inſpic.* Iunge *l. nec quicquam* 9. *§. vbi decretum de offic. procon.*

a *Prætori enim ea res quærenda commiſſa eſt.* Ratio dubitandi. Vel tranſactio meliorem facit conditionem alimentarij vel deteriorem. Si meliorem, valet etiamſi prætoris autoritas non interuenerit. *§. eiuſm tranſactionem ſupra.* Si deteriorem, nocet potius quàm proſit alimentario autoritas prætoris. Ergo omni caſu inutilis & ſuperuacua eſt prætoris interuentio.

Ratio decidendi Non valet tranſactio etiam quæ facit meliorem alimentarij conditionem ſi prætor non interuenerit quoties receſſum eſt à materia & forma alimentorum, putà ſi pro alimentis futuris datus ſit fundus quantæconque æſtimationis. At valebit ſi non recedatur à forma alimentorum, vt in ſpecie *dicto paragrapho eam tranſactionem. vbi dicimus. & in §. penultim. & vltim. ȷ. ead. leg.*

b *Non negligenda nec donanda.* Simile quiddam eſt de decreto quod interuenire debet in alienatione prædiorum minoris ex oratione Seueri in *lege* 5. *paragrapho ſi as alienum de rebus eor. qui ſub tutel. leg. minorum* 6. *Codice de præd. minor.*

c *Si non de omnibus inquiſierit.* Ratio huius ſententiæ eſt quia cuiuſconque rei forma eſt indiuidua, ita vt pro parte non poſſit vna eadémque res eſſe & pro parte non eſſe, vnde etiam eſt quod dicimus, In indiuiduis vtile per inutile vitiari, non è contrario inutile per vtile, ſecus in rebus diuiduis. *lege placuit.* 29. *de vſuris. iuncta lege ſtipulationes non diuiduntur* 72. *de verborum obligatione.*

d *Tractationem eſſe irritam.* legendum eſt *tranſactionem.*

18 ¶ Sed nec mandare ex hac cauſa iuriſdictionem vel præſes prouinciæ, vel prætor poterit.

Ad §. 18. Sed nec mandare.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit proprium nihil habet, ſed eius, qui mandauit, iuriſdictione vtitur. *leg.* 1. *§. qui mandatam. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* ob idque ſolet prætor iuriſdictionem mandare vel totam vel ſpeciem vnam, quia is cui à prætore mandata iuriſdictio eſt fungetur vice eius qui mandauit non ſua *leg.* 3. *eod. leg. ſolet prætor* 16. *cum ſeq. de iuriſd.* Atqui cognoſcere de tranſactione alimentorum iuriſdictionis

ctionis eſt. Nec enim vllum in ea re imperium aut merum aut mixtum verſatur: ſed cauſæ cognitio duntaxat. Ergo poteſt à prætore mandari. Imò mandata generaliter iuriſdictione tranſit cùm tranſeat omne officium iuris dicundi. *leg. 1. §. damus. de ſuſp. tutor. quod latiſſimum eſt. leg. 1. de iuriſd.* Adeóque publicè intereſt vt mandetur, cùm alimentorum cauſa vt plurimum celeritatem deſideret, vt de cauſa damni infecti ſcriptum eſt in *leg. 1. de damn. infect.* Nec enim venter patitur dilationem. *leg. 1. de ventr. in poſſ. mitt.*

Ratio decidendi. Mandari poſſunt ſpecialiter, adeóque tranſeunt mandata generaliter iuriſdictione omnia quæ competunt prætori de iure ſui magiſtratus, id eſt, quæ ſuo iure habet: ſed non ea quæ ſpecialiter ei data ſunt lege aliqua vel ſenatuſconſulto, vel Principis conſtitutione *d. l. 1. de offic. eius.* In quo numero eſt cognitio hæc de tranſactione pro alimentis interpoſita. Item cognitio de prædiis minorum alienandis. *leg. 2. §. 1. et leg. nec mandate 8. de tut. & cur. dat. leg. minor. 6. Codic. de præd. minor. l. 1. l. 5. & paſſ. de reb. cor. qui ſub tutel.* Item tutoris datio. *leg. mutuo. 6. §. tutoris. dato de tut.* & alia ſi qua ſunt ſimilia. Peſſimè igitur Bartolus hîc notat, Ea quæ ſunt mixti imperij etiam non delegari, nam neque hæc cognitio mixti imperij eſt quod totum verſatur in modica coërcitione quæ hoc caſu penitus nulla eſt, *lege 1. §. vltimo. leg. vltima de offic. eius. leg. 3. de iuriſd.* neque verum eſt ea quæ ſunt imperij mixti mandari poſſe. Quinimò mandata generaliter iuriſdictione tranſeunt, quia ſine modica coercitione, id eſt, ſine mixto imperio nulla iuriſdictio eſſe poteſt. *dicta lege vltima. vbi dixi. & ad legem 1. eo.* Non eſt autem quod quis obiiciat alienum eſſe ab autoritate prætoris, vt ipſe de alimentis cognoſcat, vnde illud Ciceronis ad Qu. fratrem. Quid? Prætor ſoléтne iudicare deberi? Fuerunt enim exceptæ certæ cauſæ quarum fauor dignus viſus eſt vt ipſum quoque prætorem iudicem haberent, vt cauſa ſtatus, Reſtitutionis minorum itémque maiorum ex generali clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur. lege 2. Codice de pedan. iudic. leg. non diſtinguemus 32. §. de liberali de recept. qui arbitr. leg. 1. de minor. leg. 1. ex quib. cauſ. maior.* Quibus cœpit iuncta eſſe cognitio de tranſactione alimentorum futurorum poſt orationem Diui Marci quæ hanc cognitionem prætori in vrbe & præſidi in prouinciis ſpecialiter iniunxit, atque ita feci vt neque liberum iis fuerit hanc ſpeciem iuriſdictionis mandare, neque iudicem dare.

19 ¶ Tranſactiones alimentorum etiam apud procuratorem Cæſaris fieri poſſunt: ſcilicet ſi à fiſco petantur alimenta, ſecundùm quæ & apud præfectos ærarij tranſigi poterit.

Ad §. 19. Tranſactiones.

Ratio dubitandi. Hæc cognitio de tranſactione alimentorum ſpecialiter oratione Diui Marci data eſt prætori in vrbe & præſidi in prouinciis, vt ſcriptum eſt in *paragraphis proximè præcedentibus.* Ergo neque ad procuratorem Cæſaris pertinere poteſt in prouincia, neque ad præfectum ærarij in vrbe. Nec enim aliis poteſt competere quàm quibus ſpecialiter data eſt vt de iure dandi tutoris ſcriptum eſt in *leg. 1. & 3. de curat. tutor. & curat. dat. ab his qui ius dand. hab. & de iure deportandi. l. vlt. de offic. procur. Cæſar. iunct. leg. 2. de pœn. l. 1. §. deportatos & ſeq. de leg. 3.*

Ratio decidendi. Procurator Cæſaris cognoſcit ſolus inter fiſcum & priuatos in prouincia. *leg. 1. Cod. de iuriſd. leg. nec quicquam 9. ſup. de offic. proconſ.* Præfectus verò ærarij in vrbe *lege Arrianus 42. de iur. fiſc. leg. 1. 1. & 3. Codice ſi aduerſ. fiſc. leg penultima de autor. tutor. leg cum quidam 12. de his quæ vt indig. auffer. iunct. leg. 3. de his quæ in teſt. delent.* Ergo ne iuriſdictiones turbentur & permiſceantur, quod non fieri publicè intereſt. *lege vlt. ſupr. de iuriſdict. lege cum vnus 12. § penultimo. de reb. autor. iud. poſſ.* fatendum eſt ſi quando alimenta aduerſus fiſcum petantur, non alterius quàm procuratoris Cæſaris aut præfectorum ærarij cognitionem eſſe oportere. Nam quod ea cognitio data eſt ſpecialiter prætori in vrbe præſidi verò in prouinciis, ita intelligi debet vt iis data fuerit, *ſecundum propriam cuiuſque iuriſdictionem*, exemplo eius quod de iure dandi tutoris ſcribit Iuſtinianus in *§. ſed hoc iure Inſtit. de Attil. tutor.* id eſt, inter eos in quos eorum quiſque habet iuriſdictionem. Ergo ſi quando à fiſco alimenta petantur, vel dicendum eſt neminem eſſe qui de alimentorum tranſactione poſſit cognoſcere (quod abſurdum eſſet, cùm eadem ſit ratio hoc caſu proſpiciendi alimentario quæ eſſet ſi à priuato alimenta deberentur) vel procuratorum Cæſaris, aut præfectorum ærarij eam iuriſdictionem eſſe. Nam vt inter fiſcum & priuatos prætor in vrbe cognoſcat, aut præſes in prouincia fieri nullo modo poteſt. *lege 1. Codice vbi & apud quem cogn. in integ. reſt.* Non magis quàm vt procurator Cæſaris inter priuatos. *lege ex conſenſu 23. §. 1. de appell. & d. l. 1. de iuriſd.* Si quidem non alius poteſt cognoſcere de tranſactione alimentorum, quàm qui de ipſis alimentis cognoſcere deberet. quod & Bartolus notat. inde non male inferens à ſimili Teſtes, qui ante motam litem examinantur ad futuram rei memoriam, non ab alio iudice examinandos eſſe, quàm ab eo coram quo lis, ſi qua eſſet, verteretur. argument. *lege vltima. Codice de vſuris pupill. dicta lege 1. Codice vbi & apud quem.* Alia ratio eſt iuris dandi tutoris aut deportandi. Non enim ſunt illa iuriſdictionis. *lege muto 6. §. tutoris dati de tutel. lege ſi quis filio 6. paragrapho eius qui deportatur de iniuſt. rupt.* At cognitio ſiue de alimentis, ſiue de tranſactione alimentorum iuriſdictionis eſt, nec eam iuriſdictionem prætori aut præſidi Diuus Marcus conceſſit, ſed cùm antea liberum eſſet de alimentis ſine prætore & ſine præſide tranſigere, Imperator optimus Iuriſdictionis ex hac cauſa & implorandæ & exercendæ neceſſitatem iniunxit: ad eum nempe modum ad quem antea inter tranſigentes iure ordinario exerceri potuiſſet. Non igitur ea mente vt quantum ad alimenta quæ fiſcus deberet, iuriſdictio procuratori Cæſaris aut præfecto ærarij aufferretur, nec rurſus vt caſus ille indeciſus, & ſine auxilio relinqueretur.

20 ¶ Si cum his quidem eſſet de alimentis, tranſactum autem de lite fuiſſet: tranſactio valere inconſulto prætore non poteſt: ne circumueniatur oratio: fingi enim lites poterunt [d], vt tranſactio etiam citra prætoris fiat auctoritatem.

Ad §. Si cum his 20.

Ratio dubitandi. Oratio diui Marci prohibuit duntaxat tranſigi de alimentis. At non etiam de lite quæ pro alimentis eſſet inſtituta. Ergo non debet trahi ad tranſactionem de lite factam, quia tranſactio quæ fit ſuper lite mora vel mouenda ſemper eſt fauorabilis odio litium, quas quoquomodo minui intereſt reipublicæ & vtriuſque litigantium. *lege quidam 21. de rebus creditis. lege 1. Codice de adminiſtratione tutorum. lege cauſas 16. & paſſ. Codice hoc titulo.* Nec poteſt prætor factum eius improbare qui tanti habuit re carere, aut vituperare verecundam cogitationem eius qui lites execratur. *leg. 4. §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Neque rurſus periculum eſt, ne ſi valeat tranſactio alimentorum facta ſine prætore, pactio priuatorum iuſſui & auctoritati prætoris antepoſita videatur. Quid enim aliud egiſſet prætor ſi interueniſſet, quam vt controuerſias priuatorum dirimeret, à

quibus

quibus . . . rè receſſerunt, cur non debeat id ratum habere. *leg. 1. §. inde quæritur de oper. noui nunciat. leg. ſi cuius 13. §. ſed ſi inter duos*, aliàs, *leg. æquiſſimum in prin. de vſufruct.* iunct. *l. ſi conuenerit 28. de re iudic.*

Ratio decidendi. Non minuit nec reſtringit tranſigendi facultatem neceſſitas interponendæ autoritatis prætoris, ſed facit tantùm vt tantò meliùs & tutiùs tranſigatur. Alioqui inuenta erit via, per quam facile & voluntas teſtatoris & mens orationis Diui Marci circumueniatur, ficta lite ob hoc ipſum vt de alimentis poſſit tranſigi ſine prætore. Semper autem cauendum eſt, ne qua ſuperſit via faciendi per indirectum quod directu fieri prohibetur *leg. ſcire oportet 20. §. 1. de excuſ. tut.* & *curat. dat. l. magis puto 5. §. ſi pupillus de rebus eorum qui ſub tutel.* Id enim eſſet in fraudem orationis. *leg. contra legem 29. & ſequent. de legib.*

a *Fingi enim lites potuerunt.* Ratio dubitandi. Cùm lis vel ficta eſt vel per calumniam inſtituta, & litis cauſa ob hoc ſolùm vt tranſactioni color quæratur, non valet tranſactio tanquam quæ ſit imperfecta. *lege in ſumma 65. § 1. de condict. indebit. leg. præſes 12. Cod. h. tit.* Ergo nil verendum eſt ne lis fingatur, vt tranſactio etiam citra prætoris fiat autoritatem.

Ratio decidendi. Eſt quidem nullius momenti tranſactio quæ fit ſuper lite ficta. Sed difficile plerumque eſt eiuſmodi fraudem & fictionem probare, qua tamen non probata etiamſi reuera interueniſſet, valeret tranſactio ad quam impugnandam non deficeret ius, ſed probatio. vt in *leg. duo ſunt Titij 30. de teſtament. tutel.* cum non entium & non apparentium idem ſit iudicium. *§. ſi aduerſus Inſtitum. de nupt.* Melius igitur fuit omnibus his fraudibus viam præcludere, ita conſtituto iure, vt nec ſi vera lis fuerit de alimentis, tranſigi tamen de ea poſſit inconſulto prætore. Ita enim fit vt nihil neceſſe ſit inquirere an vera lis fuerit, an ficta. Non idem eſt in cæteris cauſis, tranſactio enim facta inter alios ſuper lite mota, adeóque mouenda valet, ſi vera lis fuit, aut timebatur. *l. 1. ſupra l. 2. Codice eod.* Non valet ſi ficta. *dicta leg. in ſumma §. 1. de condict. indebit.* Idémque eſt ſi tutores vel alij adminiſtratores bona fide, nec diminuendi cauſa tranſegerint. *lege cum plures 12. §. 1.* iunct. *leg. Lucius 46. § vltimo de adminiſtratione tutorum.* Aut ſi minores ex forma ſtatuti compromiſerint de lite in arbitros, vt Bartolus hîc tractat. An ergo in ſpecie huius paragraphi. de hoc tantùm prætorem inquirere oportebit, an lis ficta ſit, an colludant litigatores? vt videtur ſentire Cuiacius. Imò etiam ſi videat veram litem ſubeſſe, nihilo minùs ſe interponet, vt eandem cauſæ cognitionem adhibeat in permittenda tranſactione quam adhiberet ſi lis nulla eſſet, niſi quod dubium quoque litis euentum æſtimare, præterea debebit *lege quod debetur quinquageſima prima de pecul.*

21 ¶ Si eidem alimenta, & præterea legatum præſenti die datum ſit, & tranſactum fuerit citra prætoris autoritatem: id quod datum eſt, imputabitur priùs in legatum, quod præſenti die datum eſt: ſuperfluum in alimentariam cauſam.

Ad §. 21. Si eidem.

Ratio dubitandi. Quod ſolutum eſt ex cauſa illicitæ tranſactionis factæ de alimentis citra prætoris autoritatem, licèt ſit indebitum, tamen imputari poteſt & debet in alimenta præterita, quia non poteſt negari, quia ſolutum fuerit in cauſam alimentariam, potius quam in cauſam legati purè relicti, de quo ſolutionis tempore nullomodo fuit cogitatum. *leg. eleganter. 23. §. ſi poſt rem de condict. indebit.* Eſt namque in arbitrio ſoluentis dicere in quam cauſam velit ſolutum. *leg. 1. de ſolut.* Satis autem dixit quid ſentiret is qui ſoluit in cauſam tranſactionis alimentorum.

Ratio decidendi. Eſt in arbitrio & poteſtate ſoluentis dicere in quam cauſam ſolutum velit, cùm ex pluribus cauſis debet. vt in *dicta lege 1. leg. cùm ex pluribus 97. eod.* Cæterùm non poteſt facere, vt quod non debet ſoluiſſe videatur. Prius enim eſt vt debitum quid fuerit quàm vt ſolutum. *leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter. de verborum obligatione.* Atqui ex cauſa illicitæ tranſactionis nihil potuit deberi, de alimentis autem præteriti temporis, neque dictum neque cogitatum fuit, non magis quàm de legato purè debito. Cùm ergo cætera ſint paria nihil aliud dici poteſt, quàm vt ſolutio in antiquioris debiti cauſam imputetur. *lege 5. §. vltimo. lege 5. in principio de ſolut.* Antiquius autem debitum eſt legati, quod præſens fuit relictum, quam alimentorum quæ nunquam niſi in diem relinqui poſſunt & ſub conditione illa tacita ſit legatarius viuet. *lege 4. infra de ann. legat. §. modus ſuprà hac lege* Si quid ſuperfluum erit hoc verò imputabitur in cauſam alimentorum præteritorum, at non etiam futurorum, quia pro eo quod in diem incertum debetur, neque compenſatio datur, neque retentio. *§. proximè ſequenti. lege quod in diem. dicta lege cùm militi 16. §. 1. de compenſ. lege ſub conditione 16. §. 1. & leg. 18. de condict. indebit.* Nec eſt quod quis dicat, id quod ſolutum fuit ex cauſa illicitæ tranſactionis poſſe retineri in eam ipſam cauſam, quaſi naturaliter debitum. Nam cùm tranſactio infirmetur ſenatuſconſulto, nullam poteſt parere obligationem ne quidem naturalem ſaltem quæ habeat effectum aliquem naturalis obligationis qualis ille eſt, vt impediat repetitionem ſoluti. *l. naturales 10. de obligat. & action.* quoniam omnes iſti effectus ſunt à iure, ac proinde non poſſunt competere ex conuentione ab ipſo iure improbata. *l. contra 28.* vbi dixi ſ. in. *d. l. eleganter. §. item ſi ob tranſactionem de re iudic.*

22 ¶ Si quis de alimentis tranſegerit ſine prætoris auctoritate, id quod datum eſt, in præterita alimenta cedet [a], nec intereſt, tantum in quantitate ſit debita, quantum datum eſt an minus, an plus: nam & ſi minus ſit [b], adhuc tamen id quod in ſolutum datum eſt, in præterita alimenta imputabitur Sanè ſi is, qui de alimentis tranſegit, locupletior factus ſit ea ſolutione [c]: in id quod factus ſit locupletior, æquiſſimum erit in eum dati repetitionem [d], nec enim debet ex alieno damno eſſe locuples.

Ad §. 22. Si quis.

a *In præterita alimenta cedet.* Ratio dubitandi. Ex paragrapho præcedenti vbi ſcriptum eſt non imputari in cauſam alimentariam quod ſolutum fuit, ſed in legatum præſenti die datum. Ergo non cedit omnimodo in alimenta præterita.

Ratio decidendi. Si aliud ſit legatum aut debitum præſens, & quod antiquiorem cauſam habet, imputari debet in eam cauſam, vt in ſpecie *paragraphi præcedentis.* Sed ſi nullum aliud debitum ſit, imputatur in cauſam alimentorum præteritorum, vt hîc.

b *Nam & ſi minus ſit,* Ratio dubitandi. Imputatio vice ſolutionis cedit. *lege 1. & paſſ. Codice de pig. act.* Atqui ſolutionem pro parte accipere creditor non cogitur propter incommoda quæ adfert creditori ſolutio facta per partes. *lege 3. familiæ erciſcundæ.* Ergo nec cogendus eſt imputare quod in aliam cauſam ſolutum fuit, ſi minus ſit quod ſolutum fuit quàm quod debetur.

Ratio decidendi. Qui indebitum accepit, non poteſt recuſare, quominus eam pecuniam quam iam accepit cogatur imputare in eam quantitatem quæ ſibi aliunde debetur, eſſet enim ei facilius recuſare ſolutionem quæ ei

pro

pro parte offerretur, quàm imputationem, quia ex parte debitoris plus eſt ſoluiſſe iam, quàm offerre. Et tamen nec illud verum eſt poſſe creditorem recuſare ſolutionem quæ non niſi pro parte debiti offeratur. *l. quidam 21. vbi dicemus de reb. cred.*

e *Locupletior factus ſit ea ſolutione.* Ratio dubitandi. Condictiones omnes in id competunt, vt reddatur quod datum eſt & quantum datum eſt, nunquam adhibita ea diſtinctione. Vtrùm is qui accepit locupletior factus ſit néc ne: nam & tenera ſit locupletior qui à me pecuniam accipit quæ non debebatur: nec ei prodeſſe debet aut mihi nocere, ſi poſtea illam perdiderit, cùm debeat ſibi imputare cur meliùs non ſeruauerit aut impenderit: niſi ſit ea perſona cui non poſſit imputari, cur diligentior pater familias non fuerit puta pupillus, aut minor aut prodigus aut furioſus. Præſertim verò cùm pecunia ſit ex earum rerum genere, quæ perdi non poſſunt, quia recipit functionem. *leg. incendium 11. Codice ſi cert. pet.* Neque enim ſi ſolui tibi centum indebita, condico eadem ipſa corpora, ſed totidem, id eſt, centum. Quare nec eſt quod cum Bartolo dicas aliud eſſe in mutuo aliud in condictione indebiti. Nam qui hac condictione tenetur, non aliter tenetur, quàm quaſi ex mutuo, vt Iuſtinus ſcribit in § 1. *quibus modis re cont. oblig. & 8. item is 6. de oblig. quæ ex quaſ. conſ. contr. poſt Casum. in leg. 5. §. is quoque de obligat. & action.* Ergo in propoſita ſpecie dicendum eſt omnimodo teneri alimentarium condictione indebiti, vt reddat totam eam quantitatem quam accepit, ſiue ex ea locupletior factus ſit, ſiue non.

Ratio decidendi. Poſſunt hæc verba ita accipi, vt quemadmodum ſi minùs ſolutum ſit ex cauſa illicitæ tranſactionis imputatur, quod ſolutum eſt in alimenta præterita, ita ſi plus ſolutum ſit ſuperfluum repetatur, ne alimentarius ex aliena iactura locupletetur, quod ne quidem in pupillo æquum eſt. *leg. nam hoc natura 14 de condict. indebit.* Sed etſi vllis hunc locum ita intelligere, vt hic alimentarius non teneatur conditione indebiti ſuprà quam locupletior factus eſt, (quæ interpretatio ſanè verbis Vlpiani magis conuenit) poteſt dici aliam rationem eſſe alimentarij cui ſolutum eſt indebitum ex cauſa illicitæ tranſactionis, aliam verò cæterorum qui cond[illegible]tia tenentur. Illi enim tenentur in ſolidum, vt conſtat ex omnibus iuris locis, quotquot in iure noſtro loquuntur de conditione aut ſine cauſa, aut ob turpem & iniuſtam cauſam, aut ob rem dati re non ſecuta, aut indebiti. Nuſquam enim prudentes noſtros diſtinxiſſe reperias, an is cui condicitur locupletior factus ſit, an non. At alimentarius qui contra orationem tranſegit, non tenetur ſuprà quàm locupletior factus ſit, ſi quid ex cauſa illicitæ tranſactionis acceperit, quia quod accepit non ſolùm fuit indebitum, ſed etiam contra iuris prohibitionem ſolutum, vt mirum non ſit deterioris conditionis eſſe illum qui ſoluit, & contraxit aduerſus leges, quam qui ſimpliciter indebitum ſoluit. Dico amplius videri eum ſoluiſſe perdituro, qui ſoluit alimentario: vix enim eſt vt non tit ſuſpectus vel moribus, vel facultatibus is, qui modico præſenti contentus tranſigit de futuris alimentis. Generale autem eſt vt quod perdituro ſoluitur, non obliget accipientem, niſi quatenus factus eſt ille locupletior. *leg. quod ſi minor 24. §. reſtitutio. leg. patri 27. §. ſi pecuniam.* iunct. *leg. aut prætor 7. §. ſed & ſi infrà de minor. leg. naturaliter 13. §. vltimo de condict. indebit. leg. cùm illud 25. §. heres meus quand. dies legat. ced.* In hoc verò grauis error Bartoli, itémque quod magis miror Cuiacij exiſtimantium ſolo argumento huius paragraphi in condictionibus omnibus ita obſeruari, vt ex iis qui accepit non teneatur, niſi in quantum locupletior factus ſit. Cuius iuris commentitij rationem illam reddit Cuiacius, quod condictiones propriè ciuiles non ſint, ſed naturales & iuris gentium, id eſt, ex bono & æquo. *lege contra 6. §. penultimo. lege rerum 25. rer. amot. lege ſi & me 32. de rebus creditis. lege in ſumma 65. & lege ſequenti.* iunct. *leg. indebiti 15. de condict. indebiti.* Ego verò fateor habere illas omnes naturalem æquitatem & iuris gentium, ſed nego eſſe ideo iuris gentium. Perinde enim probares eſſe iuris naturalis, cùm tamen certum ſit omnes omnino actiones eſſe iuris ciuilis, aut prætorij, nullas verò iure gentium aut naturali eſſe comparatas. *lego 2. §. deinde ex his legibus de origine iuris.* Quod verò Bartolus addit ex *lege in ſumma. §. in frumento nihil eſt.* Non enim ait lex dari condictionem indebiti ad id quo accipiens factus ſit locupletior, ſed eum qui ſoluerat frumentum poſſe conſumpto eo condicere pretium, quia nimirum iſtarum rerum quarum pretia in ſingulos dies variantur pretium, non quidem peti, ſed tamen præſtari neceſſe eſt ne alterutrius raptio ſit, *lege vinum 22. de rebus creditis. lege vltima de cond. tritic. lege quoties 59. de verborum obligatione. leg. oleo 23. Codice de vſur.* Pretium tamen hoc caſu debebitur non quanti alij vendere potuit is qui ſoluit, ſed quanti empturus fuit is cui ſolutum eſt, vt ſequitur de habitatione in eadem lege. Cæterùm condicetur pretium omnimodo, id eſt, etiamſi ex ea conſumptione non ſit factus locupletior is qui accepit,

d *Æquiſſimum erit in eum dari repetitionem.* Ratio dubitandi. Nulla æquitas ſuadet dari auxilium aliquod ex legibus ei qui aduerſus leges committit. *lege auxilium 36. in fin. de minor.* Atqui condictiones omnes ſunt ex legibus, vt proximè dixi, & aduerſus leges committit is, qui ſine prætore de alimentis tranſigit. Ergo non eſt æquum dari ei repetitionem aduerſus alimentarium quamuis locupletiorem factum.

Ratio decidendi. Æquitas illa perpetua eſt & naturalis, quæ non patitur locupletari quem ex aliena iactura vt ſcriptum eſt in hoc §. & *in dicta lege. nam hoc natura 14. de cond. indeb. l. iure naturæ 206 de reg. iur.* Hinc tamen intelligimus ſpeciale eſſe in alimentario, vt non teneatur condictione niſi quatenus locupletior factus eſt, cùm poſſit dubitari, an etiamſi locupletior factus ſit teneri tamen debeat. Scilicet propter vitium tranſactionis à iure improbatæ. *d. §. item ſi ob tranſactionem l. 23. de cond. indeb.*

23 ¶ Si in annos ſingulos certa quãtitas alicui fuerit relicta homini honeſtioris loci, veluti ſalarium annuum, vel vſusfructus: tranſactio & ſine prætore fieri poterit. Cæterùm ſi vſusfructus modicus [c] alimentorum vice ſit relictus, dico tranſactionem citra prætorem factam nullius eſſe momenti.

Ad §. 23. Si in annos.

Ratio dubitandi. Quod legatur in annos ſingulos videtur legari pro alimentis. Alimenta enim ſunt onera annua vel menſtrua. *lege pecunia 8. in fine. de alim. & cib. le.* Atqui legatis alimentis diximus nihil referre an egenti homini legata ſint an locupleti. *§. nihil autem ſuprà hac lege.* Ergo neque hîc diſtinguendum eſt an certa quantitas relicta ſit alicui homini honeſtioris loci an egens.

Ratio decidendi. Alimenta quidem debentur in annos, aut menſes, aut dies ſingulos. Sed non ideo, quod in annos, menſes, diéſve relinquitur dici poteſt alimentorum nomine relictum, vt oſtendi ad §. 2. *in fine ſuprà* & ex eo conſtat quòd cautio ſi cui plus quàm per *legem falcidiam* remittitur alimentariis, non etiam iis quibus legatum fuit in annos ſingulos. *lego 3. §. quamuis ſi cui plusquàm.* iunct. *l. 1. §. ſi in annos. ad leg. falcid.* Niſi relictum ſit pauperi & alimentis egenti, vt probat hîc §. legatis alimentis ſi quæratur, an de iis tranſigi poſſit inconſulto prætore, non diſtinguimus an relicta ſint egeno an locupleti, quia omnimodo prohibetur tranſactio, niſi ſic fiat vt neque modus neque dies alimentorum permutetur, ſed tantùm genus aut locus, idque in alimentarij commodum,

dum, vt ait §. *prox. ſeq.* Sed ſi legatum ſit in annos ſingulos, diſtinguimus an magnum quid illud ſit, an modicum, & an inopi & egeno an diuiti & honeſtiori homini relictum, qui ſi modicum aliquid ſit & inopi relictum fuiſſe alimentorum vice, atque ita inhibendam eſſe tranſactionem, ſecus ſi magnum quidpiam & homini diuiti, quia tunc credendum eſt relictum fuiſſe, veluti ſalarium, aut tanquam vſumfructum potiùs quàm vice alimentorum: ideóque & tranſactio ſine prætore fieri poterit: quoniam eademum tranſactio Diui Marci oratione prohibita eſt, quæ fit de alimentis, aut de alia re quæ ſit vice alimentorum.

e *Si vſusfructus modicus.* Ratio dubitandi. Oratio non prohibet tranſactionem niſi de alimentis, & iis omnibus quæ alimentorum nomine continentur, vt conſtat *ex principio huius legis, & ex §. qui tranſigit, cum ſeqq.* Atqui vſusfructus nihil habet ſimile aut commune cum alimentis, neque alimentorum appellatione vſquam continetur. Nam & finitur pleriſque modis, quibus non finiuntur alimenta putà capitis diminutione. Conſiſtit ſiquidem in iure, alimenta verò, adeóque legatum in annos ſingulos in facto. *l. pen. de capit. minut.* iunct. *l. Mauius 66. §. fundo de leg. 2.* Vnde eſt quod & alimentorum & legati in annos ſingulos capaces ſunt etiam ſerui. *l ſeruos 17. de alim. leg* Ergo tranſactio de vſufructu ſiue magno, ſiue modico & ſine prætore permittenda eſt. Nam quod res aliqua vel magna vel modica ſit, ipſius qualitatem naturam & conditionem non immutat: & vt Philoſophi dicunt. *Magis & minus non faciunt differre ſpecie.*

Ratio decidendi. Oratio prohibet tranſigi, non ſolùm de alimentis, ſed etiam de alia re qualibet, quæ vel alimentorum vice ſit, vel quod fere idem eſt quæ legata ſit ad alimenta, vel propter alimenta. *§. ſi vni. 5. ead. leg.* In eo autem genere cùm proprietas ipſa eſſe poſſit, ſi fundus legatus ſit ad alimenta vt *d. §. ſi vni.* multò magis vſusfructus eſſe poteſt, præſertim qui ſit modicus: nam ex eius modicitate coniici poteſt non fuiſſe relictum niſi ob alimenta, maximè ſi etiam illud concurrat, vt homini pauperi & egeno fuerit relictus. Quæ enim ob alimenta relinquuntur, ſolent eſſe modica & minuta. *dicta lege 3. paragrapho quamuis ſi cui priuſquam per legem falcidiam.*

24 ¶ Si cui non nummus ad alimenta, ſed frumentum atque oleum, & cætera quæ ad victum neceſſaria ſunt fuerint relicta: non poterit de his tranſigere, ſiue annua, ſiue menſtrua ei relinquantur: ſi tamen ſine prætore tranſegerit, vt inuicem eorum nummum quotannis, quot menſibus acciperet: & neque diem, neque modum permutauit, ſed tantum genus, vel ex contrario ſi pactus fuerit, vt in generibus alimenta acciperet, quæ in nummis ei relicta fuiſſent: vel ſi vinum pro oleo, vel óleum pro vino, vel quid aliud commutauit: vel locum permutauit[a], vt quæ erant ei Romæ alimenta relicta, in municipio, vel in prouincia acciperet, vel contra: vel perſonam commutauit, vt quod à pluribus erat accepturus, ab vno acciperet, vel alium pro alio debitorem acceperit: hæc omnia habent diſceptationem prætoris, & pro vtilitate alimentarij recipienda ſunt [b].

Ad §. 24. Si cui non nummus.

Ratio dubitandi. Locuta fuit oratio de iis tantùm quibus alimenta relicta ſunt in pecunia, non in frumento, oleo, aliáve merce: vt ex eo coniici poteſt quod locuta fuit de iis qui contenti ſunt modico præſenti. Modicum enim illud præſens vix eſt vt ſit aliud quam pecuniarium. Nam quis eſt tam prodigus qui modico frumento vel oleo contentus eſſe velit, vt futura omnia alimenta remittat? Imò ſolent iſtiuſmodi homines pecuniam ex omnibus rebus conficere, cuius vſum ſcilicet habituri ſunt paratiorem quam alterius rei cuiuſlibet ad indulgendum genio, quod vnum ipſorum propoſitum eſt. Atqui modicum illud præſens dicitur ex comparatione eius quod & futurum & maius ſit. Ergo & maiora illa futuráque alimenta pecuniaria fuiſſe ponendum eſt. Non igitur ad eum caſum protrahi debet oratio, quo non nummus ad alimenta relictus ſit, ſed frumentum, aut oleum, aut cætera quæ ad victum ſunt neceſſaria.

Ratio decidendi, Licèt verba orationis fuerint de alimentis pecuniariis, quia vt plurimum relinquuntur in pecunia, & tum quoque cùm in mercibus relinquuntur, tamen per pecuniam, vt & cæteræ omnes res æſtimantur *leg. ſi ita fideiuſſorem 42. de fideiuſſ.* Attamen & mens & ratio orationis in alimentis quibuſlibet & quoquomodo relictis locum habet, omnique caſu prouidendum eſt alimentario ſecundùm voluntatem teſtatoris ne fame pereat aut laboret egeſtate. Nullo igitur caſu permittenda eſt tranſactio de alimentis citra prætoris autoritatem.

a *Si tamen ita.* Ratio dubitandi. Aut tranſactio hæc facta de alimentis ita vt neque dies, neque modus alimentorum permutatus ſit, ſed tantùm genus aut locus, vtilis eſt alimentario vel damnoſa. Si vtilis valet etiam ſine prætore. *§. eam tranſactionem. ſuprà.* Si damnoſa neque valet ipſo iure, neque per prætorem approbanda eſt. Ergo non niſi fruſtratoria & ſuperuacua eſſe poteſt hoc caſu autoritas prætoris, & ita Bartolus poſt Accurſium ſentire videtur.

Ratio decidendi. Si omnimodo conſtaret vel vtilem eſſe tranſactionem, vel damnoſam fruſtrà ſanè prætor ſe interponeret, quia, & ſine eo aut valeret tranſactio, aut non valeret. Sed cùm ea quæſtio ſit facti, habet ſemper diſceptationem, quæ porrò non alterius eſſe poteſt, quàm prætoris ad quem pertinet vt examinet diligenter an tranſactio hæc pro vtilitate alimentarij recipienda ſit an reiicienda, ſicut & ſi nondum facta eſſet, examinaret an ſic eſſet facienda: non idem eſt in ſpecie *dict. §. eam tranſactionibus.* Ibi enim omnimodo conſtabat alimentario vtilem eſſe tranſactionem, neque interuenire quicquam poterat propter quod poſſet videri damnoſa. Concludendum igitur eſt ſi euidenter conſtet tranſactionem omnimodo eſſe vtilem, vt in *dict. §. eam tranſactionem.* omnimodo eam valere, ſi euidenter conſtat eſſe omnimodo damnoſam omnimodo eam non valere, ſi de eo dubitetur cognitionem prætoris eſſe oportere, ſed interim tranſactionem non valere quouſque recepta ſit & approbata per prætorem, quia in dubio meliùs & tutiùs eſt contra tranſactionem quàm contra orationem ſentire. Adeò vt neque ſufficere debeat ei qui cum alimentario tranſegit, quod probet fuiſſe tranſactum ex vtilitate alimentarij, niſi vt ea probatione extorqueat prætoris approbationem, quæ quandiu non interuenit, tranſactionis quoque vim pendêre neceſſe eſt.

b *Recipienda ſunt.* A prætore ipſo non ab aliis iudicibus aut magiſtratibus, ſi eos excipias quibus hæc cognitio & iuriſdictio competit non minùs quàm prætori. In eóque Bartolus errauit.

25 ¶ Si ad habitationem certa quantitas ſit annua relicta, & ita ſit tranſactum ſine prætore, vt habitatio præſtetur, valet tranſactio, quia fructus habitationis præſtatur, licèt ruinæ, vel incendio ſubiecta tranſactio eſt [c]. Per contrarium quoque, ſi pro habitatione, quæ erat relicta [d], placuerit certam quantitatem præſtari, tranſactio rata eſt & citra prætorem.

Ad §. vlt. Si ad habitationem.

Ratio dubitandi. Tranſactio hæc per quam habitatio præſtetur ei cui pecunia annua fuerat ad habitationem relicta, videtur damnoſa alimentario, quia ruinæ vel incendio ſubiecta eſt habitatio, non pecunia quæ relicta fuit, *leg. incendium* 11. *Cod. ſi cert. pet.* Ergo non debet valere ſi facta ſit ſine autoritate prætoris.

Ratio decidendi. Cùm ita tranſactum eſt ſine prætore vt habitatio præſtetur pro pecunia quæ relicta fuerat ad alimenta nihil fit contra teſtatoris voluntatem, imò ei ſatisfit cumulatiſſimè cùm fructus ipſe habitationis præſtetur. Ideóque plus etiam præſtat, quàm debeat is qui habitationem præſtat, qui legatarium liberat ab eo onere & incommodo, quod alioqui ſuſcipere deberet conquirendæ habitationis. Quare nec mirum eſt valere ſtatim tranſactionem, vt & illam de qua in *dicto §. eam tranſactionem*, cùm plus ſoluitur tempore, nec vlla indigere prætoris adprobatione, cùm certum ſit vtramque omnimodo eſſe vtilem alimentario nec ei damnoſam vllo caſu eſſe poſſe.

c *Licèt ruinæ vel incendio ſubiecta tranſactio eſt.* Apertè abundat dictio iſta *tranſactio*. Abſurdum enim eſt & ineptum dicere tranſactionem ſubiectam eſſe ruinæ & incendio. Itaque vel reponendum eſt *habitatio* pro *tranſactio*, vel, quod malo, delenda hæc dictio qua ſublata reſerentur cætera Vlpiani verba ad habitationem non ad tranſactionem.

d *Si pro habitatione quæ erat relicta.* Ratio dubitandi. De habitatione non magis tranſigi poteſt ſine prætore quam de cibariis & cæteris quæ alimentorum appellatione continentur §. *qui tranſegit, & ſeqq. ſupr. hac leg.* Ergo ſi pro habitatione quæ relicta erat, placuerit certam quantitatem præſtari, tranſactio non poteſt rata eſſe citra prætorem. Quid enim ſi quantitas illa tam modica ſit vt habitationis legato non reſpondeat? Aut cur legatarium eo incommodo afficere volumus, vt habitationem cogatur conquirere quam ei præſtare heres debet? Ratio decidendi. Nulla ſanè eſt inter cibaria & habitationem hac parte differentia, ſed hic locus intelligendus eſt de tranſactione per quam præſtetur pro habitatione ea quantitas quæ habitationi reſpondeat, id eſt, quæ poſſit ſufficere ad commodam habitationem legatario præſtandam. Quo caſu commodum legatarij eſt, vt pro ea pecunia poſſit eligere quam velit habitationem, qui alioquin ea quam heres ipſi daret idoneam, contentus eſſe cogeretur. Poteſt autem ea quantitas tanta eſſe, vt nemo ſit dubitaturus quin habitationi commodiſſimæ præſtandæ ſufficiat. Vt proinde nec vlla ſit cauſa dubitandi quin omnimodo valeat ea tranſactio etiam citra prætorem. Sed ſi facti quæſtio incideret, an quantitas data par eſſet habitationi debitæ, nécne, adeundus eſſet prætor qui de veritate cognoſceret, atque interim tranſactio vt in ſpecie *paragrapho præcedenti* diximus, in pendenti eſſet. Et hoc rurſus vereor ne Cuiacius non ſatis bene perceperit.

9. IDEM libro 1. Opinionum.

QVi cum tutoribus ſuis de ſola portione adminiſtratæ tutelæ ſuæ egerat,& tranſegerat: aduerſus eoſdem tutores ex perſona fratris ſui, cui heres extiterat, agens, præſcriptione factæ tranſactionis non ſummouetur.

Ad l. Qui cum tutoribus. 9.

Ratio dubitandi. Tranſactio ritè & vtiliter facta parit exceptionem tranſactionis ſaltem inter eoſdem inter quos facta eſt, nec prætextu eorum quæ poſtea emerſerunt retractari & reuocari poteſt. *leg. Lucius* 78. *§. vltim. ad Senatuſconſultum Trebellianum. lege ſub prætextu ſpecierum.* 19. *& leg. ſub prætextu* 19. *& paſſ. Codice hoc titul.* Atqui in propoſita ſpecie tranſactio facta eſt inter eos ipſos, inter quos lis eſt, & quamquam is qui nunc agit, non tranſegit niſi ex propria perſona, agit verò ex perſona fratris cui heres extitit, non ex propria agit, tamen ad proprium commodum, propter quod non alio iure cenſeri debet quam ſi ageret ex propria perſona cùm venit aduerſus factum ſuum. *lege ſi non ſortem* 26. *§. filiusfamilias. vbi Bart. Caſtr. & alij de condi l. indebit.*

Ratio decidendi. Qui poſt tranſactionem factam cum tutoribus de ſola portione adminiſtratæ ſuæ tutelæ, agit rurſum ex perſona fratris ſui, à quo heres ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato relictus fuit, non venit contra factum ſuum, quia non petit id de quo tranſegit, ideóque nec tranſactionis factæ exceptione ſubmouetur. Tranſegit enim de ſola portione ſua, agit autem pro coheredis ſui portione, quæ licèt ex eadem ſcilicet tutelæ cauſa deſcendat, alia tamen portio eſt, tum quoque cùm eſt indiuiſa. *lege Mæuius* 66. *§. duorum. de leg.* 2. Agit ergo de alia re, & de qua nec tranſactum dici poteſt nec cogitatum, cùm portio fratris eiuſdémque coheredis tempore tranſactionis, neque delata eſſet, neque ſperaretur. Improba enim ſpes fuiſſet hereditatis hominis viuentis. *l.* [illegible] *§. ſi impuberes de collat. bono.* Itaque & nouum ius eſt quod ſuperuenit, & alia res quæ nunc in iudicium deducitur. Facilius eſſet, vt tranſactionis exceptio noceret ſi de eadem re ageretur de qua iam tranſactum eſſet, tametſi ex alia nouáque cauſa ageretur, ſi modo ea cauſa noua iam ipſo tranſactionis tempore ſubſtitiſſet. vt Batt. loquitur ex *l. quod Seruius* 8. *de cond. cau. dat. l. damni* 44 *in fin. de dam. infect.* Atque ita reſponderi poteſt ad obiectionem quæ fit ex *l. qui Romæ* 22. *§. vlt. de verb. oblig.* Etſi de illius loci ſententia dicenda eſſent alia multa, quæ ad eum locum commodiùs dicentur. Placet etiam quod eodem penè ſenſu Accurſius & Bartolus tradunt non potuiſſe fratrem tranſigentem pro ſola parte ſua adminiſtratæ tutelæ tollere actionem fratri ſuo pro altera parte competentem. Potuiſſet tamen præiudicare ſibi ipſi, in eo ſcilicet iure quod poſtea ſuperuenit, ex ea tamen cauſa, quæ tam tùm nata erat.

1 ¶ Tranſactio quæcumque fit, de his tantùm, de quibus inter conuenientes placuit interpoſita creditur.

Ad §. 1. Tranſactio.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. cùm Aquiliana* 5. *hoc tit.*

2 ¶ Qui per fallaciam coheredis ignorans vniuerſa, quæ in vero erant, inſtrumentum tranſactionis, ſine Aquiliana ſtipulatione [a] interpoſuit: non tam paciſcitur, quam decipitur.

Ad §. 2. Qui per fallaciam.

Ratio dubitandi. Ea ſemper mens eſt tranſigentium vt à lite diſcedatur, debétque ſibi imputare qui tranſegit cur non fuerit diligentior in inquirendo, quid & quantum eſſet in hereditate, & cur è contrario tam facilis fuerit.

fuerit ad tranſigendum. In ſumma debuit cautius negotiari. *l. 2. Cod. de furt. & ſeru. corrupt.* nec proinde damnum vllum ſentire videtur, cùm id quod ſentit ex culpa ſua ſentiat. *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Non tam pactus hîc fuit quàm deceptus nec ob facilitatem ſuam, ſed ob dolum & fallaciam coheredis, à quo bonam fidem ſperabat, quam ipſe viciſſim ei præſtabat vt par fuit, *Inter bonos bene agier.* Itaque nihil poteſt ei imputare aduerſarius qui ipſum decepit. Qua enim fronte auſit contendere dolum ſuum prodeſſe ſibi debere? Proinde vel non dabitur ei exceptio pacti, vel ea exceptio elidetur per replicationem doli. vt in *l. tres fratres 35. ̄ſ. tit. ̄j.*

a *Sine Aquiliana ſtipulatione.* Ergo ſi Aquiliana ſtipulatio interuenit aliud eſt, valétque tranſactio etiam quod ad ea pertinet quæ per dolum & fallaciam coheredis celata ſunt.

Rat. dubit. Aquiliana ſtipulatio non facit quominus ea de quibus non fuit cogitatum in ſuo ſtatu remaneant, quia liberalitatẽ captioſam interpretatio prudentũ fregit, *l. 5. ̄ſ. hoc tit.* Atqui non fuit cogitatum de iis quæ celata ſunt per dolum & fallaciam coheredis. *d. l. tres fratres 35. ̄ſ. tit. 1.* Ergo etiamſi Aquiliana ſtipulatio interpoſita ſit, non debet tamen eſſe captioſa ei qui per dolum & fallaciam coheredis deceptus fuit.

Ratio decidendi. Aquiliana ſtipulatio non nouat eas actiones & lites de quibus non fuit cogitatum, ſed tamen comprehendit res omnes & ſingulas pertinentes ad litem, de qua cogitatum fuit, licèt de ipſis rebus ſingulis non fuerit cogitatum niſi in genere. Exempli cauſa, ſi tranſactio per Aquilianam ſtipulationem facta ſit de hereditate & iure teſtamenti cauſa fideicommiſſi ex codicillis poſtea repertis debiti non continebitur. Omnes tamen res hereditariæ continebuntur, etiam quas vnus ex tranſigentibus ignorauerit ſiue per fallaciam coheredis ſiue alia ex cauſa eas ignorauerit, quia tranſigendo de hereditate neceſſariò cogitauit de omnibus rebus hereditariis ſaltem in genere. At non ſimiliter dici poteſt cogitaſſe de codicillis cum qui tranſegit de teſtamento duntaxar. An ergo erit hoc caſu impunitus dolus coheredis? Ita videtur cum per acceptilationem quæ Aquilianam ſtipulationem ſubſequitur, ſit liberatus ipſo iure, nec poſſit locus eſſe contra eum replicationi doli, quæ ſcilicet præſupponit exceptionem qua porrò non indiget, nec verò eam habere poteſt is, contra quem nulla ſupereſt actio. Sed quia nullo prorſus caſu impunitus dolus eſſe debet, dabitur contra hunc coheredem doloſum actio de dolo, ſicut & contra extraneum daretur, ſi dolo extranei eadem iniquitas emerſiſſet. *lege ſub prætextu inſtrumenti 19. Codice hoc tit.* Niſi ſpecialiter etiam de dolo tranſactum ſit. *l. actione 4. eod.* præterito nimirum non futuro. *l. ſi vnus 27. §. illud nulla ̄ſ. tit. prox.*

3 ¶ Ei, qui nondum certus, ad ſe querelam contra patris teſtamentum pertinere, de aliis cauſis cum aduerſariis pacto tranſegit, tantùm in his interpoſitum pactum nocebit, de quibus inter eos actum eſſe probatur. ¶ His tantùm tranſactio obeſt, quamuis maior annis viginti quinque eam interpoſuit, de quibus actum probatur: nam ea [b], quorum actiones competere ei poſtea compertum eſt, iniquum eſt perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur.

Ad §. 3. Et qui nondum.

Ratio dubitandi. Tranſactio fit de re dubia & incerta. *leg. 1. ̄ſ.* Ergo quod filius nondum certus ſit querelam inofficioſi contra patris teſtamentum ad ſe pertinere, non poteſt impedire quin de querela quoque perinde ac de cæteris cauſis tranſigere poſſit cum heredibus patris. Imò tantò facilius & validius, quantò incertius fuit an querela ei competeret, nécne. Incertitudinem enim pro tranſactionis materia requirimus, non eam quæ ſit iuris tantùm & futuri euentus litis, ſed etiam illam quæ ſit facti, denique quamlibet, dum ne ſit affectata vel calumnioſa. Quanquam difficile eſt, vt non competat filio, cùm ſit accuſatio publica, quæ ob eam cauſam competit omnibus etiam iis, qui ſuccedere non poſſent ab inteſtato. *leg. 1. l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his de inoffic. teſtament.* Hoc autem ſuppoſito, quòd filius poſſit tranſigere de querela inofficioſi cum heredibus patris, priùs etiam quam ſciat certò querelam ſibi competere, videtur ſanè de querela quoque tranſegiſſe hoc ipſo quod cum illis tranſegit de cæteris cauſis. Cùm enim tranſegerit quaſi cum heredibus patris, an non hoc ipſo teſtamentum quoque adprobaſſe videtur? Nam nec potuerunt eſſe heredes niſi ex teſtamento. *leg. penultim. § diuerſum. & leg. vlt. eod. titulo.*

Ratio decidendi. Potuit ſanè filius de querela tranſigere etiam priùs quàm certus eſſet eam ad ſe pertinere, ſi ob illam ipſam incertitudinem, de eo quoque tranſigere voluiſſet. At cùm nondum certus eſſet querelam ſibi competere eo tempore quo tranſegit, non poteſt videri de querela cogitaſſe. Prius enim eſt vt querelam ſibi competere quis certo ſciat, quàm vt de dubio aliquo litis euentu poſſit tranſigere, aut etiam velit. Ergo cùm de aliis cauſis non de querela tranſegerit, in aliis tantùm non etiam in querela tranſactio ei nocebit. Niſi aduerſarij iidémque heredes patris, qui de tranſactione volent excipere hoc ipſum, probent de querela quoque cogitatum fuiſſe in tranſactione ineunda. Ipſis enim probandi onus incumbit. Nec aliter videri poſſunt impleuiſſe probationem, quàm ſi oſtendant querelam inofficioſi potuiſſe comprehendi in petitione contra eos inſtituta, ſiue petitio aut actio illa ſpecialis fuerit, ſiue generalis. Id enim vnum inſpiciendum eſt, quoties remiſſio per tranſactionem facta generalis eſt, ne alioqui plus remiſſum videatur, quàm petitum, quod in dubio præſumendum non eſt. Sanè cùm tranſactio ſpecialis eſt, vix vlla incurrit dubitatio quin ea omnia, quæ ſpecialiter remiſſa ſunt, tranſactione contineantur, & aliud præterea nihil *l. 5. §. 1. ſupr. & hac l. in princ.*

b *His tantum tranſactio obeſt.* Hæc verba & quæ ſequuntur, ſane ſunt & ſuperuacua & inepta. Neque hoc negat Cuiacius, qui totum hunc locum valde perturbatum eſſe fatetur, & ideò emendandum eſſe. Emendat autem longè aliter quàm ipſe emendandum putem. Sic enim legendum arbitror, *tantùm in his interpoſitum pactum nocebit. de quibus inter eos actum eſſe probatur, non quorum actiones competere poſtea compertum eſt.* Nam cætera omnia nihil niſi inulſam repetitionem continent, exceptis iſtis, *quamuis maior annis viginti quinque eam interpoſuit,* quæ adiectio prorſus ridicula eſt. Quod enim ait Cuiac. minùs faueri maioribus quàm minoribus, tunc verum eſt cùm de reſcindenda per in integrum reſtitutionem tranſactione agitur, ſed non item cum agitur de interpretatione tranſactionis. Non enim quæ à maiore fit magis trahi poteſt ad incogitata, quàm quæ a minore. Eſt autem hic locus egregius & ſummè notandus contra eos qui non poſſunt ſibi perſuadere tam multos iuris locos ab interpretibus imperitis corruptos fuiſſe. Huic verò in poſtremis ſaltem verbis corrumpendo cauſam illud dare potuit, quod pro *non* ſcriptum fuit *nam*, vt contrario errore *nam* pro *non* in *leg. generali 32. §. primo. verſ. Claudius. de vſufruct. leg.* Ita enim factum eſt, vt ſupplenda fuerit ſententia, quæ manca & mutila videbatur.

b *Poſtea compertum eſt.* Malè hinc Bartolus colligit tranſactionem non porrigi ad iura ex poſtfacto ſuperuenientia. Nam in ſpecie huius paragraphi nullum ius nouum ſuperuenit, ſed tantùm certior ſcientia iuris, quod iam in ipſo tranſactionis tempore competebat. Iam enim

defunctus erat pater, cuius heredes cum filio tranſigebant, ac proinde iam nata erat querela inofficioſi, ſi qua vnquam aduerſus teſtamentum illud patris competere potuit. Illud planè non nego quod vult Bartolus, remiſſionem ſimpliciter factam non porrigi ad iura ex poſtfacto ſuperuenientia, ſed eam tantùm, quæ facta ſit per verba & præſentis temporis & futuri, vt in *lege ſi à colono 89. lege cùm ſtipulamur 125. de verborum obligatione. lege & vno 18. de acceptilation.* At neque hanc quoque niſi ponas ius illud quod poſteà ſuperuenit antiquiorem remiſſione cauſam habuiſſe, vt dixi ad principium huius legis.

50. IDEM libro 5. Reſponſorum.

DE re filiorum, quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minimè eis obeſſe placet.

Ad l. De re filiorum 10.

Ratio dubitandi. Paternæ pietati & verecundiæ hoc videtur debere filius quamuis emancipatus, vt patris voluntati ſtare cogendus ſit, non minùs quàm ſi eſſet in poteſtate. Nec enim pater filium emancipando pater eſſe deſiit, qui præterea factus fuit patronus, *l. 5. §. vlt. ſi quis à parent. manum.* Et abſurdum eſt hoc minùs debere patri filium, quod à patre fuerit emancipatus, cùm præter beneficium naſcendi, quod ab eo tanquam à patre acceperat, etiam beneficium acquirendi acceperit per emancipationem. *d. l. in princ.* Cur ergo ægrè ferat patrem pro arbitrio tranſigere, aliúve diſponere de ea re, quam ipſe filius hodie non haberet, ſi pater eum non emancipaſſet? arg. *leg. 4.* in illis verbis. *et qui te beneficio ſuo ex ſeruitute liberando, vt aduerſarium te habere, fecit. C. de obſeq. patr. præſt.* Niſi fortè filium audire volumus imputantem patri cur eum emancipauerit. arg. *l. filio 7. vt legat. nom. caueatur.* quod ſanè non facilè iudex quiſquam propriis auribus ſit auditurus. *leg. ſi extraneus 33. de iur. dot.* Nemo enim alteri poteſt imputare & obiicere factum, ex quo is qui obiicit lucrum ſentiat. *leg. cùm in fundo 78. §. quòd ſi mulier eodem.* Ergo non eo minùs habere iuris debet pater in rebus filij ad tranſigendum, quàm ſi eum non emancipaſſet: quo tamen caſu poſſet liberè de iis tranſigere tanquam de iis quæ ſuæ eſſent.

Ratio decidendi. Per emancipationem is qui fuit filiusfamilias, fit quodammodo extraneus. *l. quinetiam 55. in fin. de ritu nupt.* & conſequenter omne vinculum patriæ poteſtatis, diſſoluitur, adeóque pietatis, vt loquitur Papinian. in *l. vlt. ſi à parent. quis manum.* Cúmque ante emancipationem eadem videretur eſſe perſona patris & filij ex iuris fictione. *l. in ſuis 11. de liber. & poſth. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſt.* emancipatio fecit duas, ſicut & ſerui manumiſſio. *l. ſi Pamphilo 10. de opt. leg.* Nam & filius cùm emancipatur in imaginariam ſeruilem conditionem deducitur, vt tantò iuſtius ex ſeruo fiat omnino liber. *l. 3. §. vlt. de cap. minut.* Et quamuis non eo minùs reuerentiam debeat patri, quam debet etiam matri, in cuius tamen nunquam fuit poteſtate. *l. 4. de curat. furioſ. l. 4. § parentem. & paſſ. de in ius vocand.* quia eam reuerentiam naturalis ratio inducit, non ciuile ius poteſtatis. *l. 2. C. eod.* ſicut nec poteſt exuere reuerentiam patrono debitam libertus, cui remiſſum eſt ius patronatus. *l. 3. §. reuerentia. C. de bonis libert.* Nihil tamen cum ea reuerentia commune habet ius tranſigendi, aliúve diſponendi de bonis filij, quæ hoc ipſo quod ſunt filij, non ſunt patris, ſed aliena. Nemini autem de aliena re tranſigendi aut diſponendi arbitrium datur. *l. 3. ſuprà h. tit. leg. conficiuntur 8. §. ſi poſt pactum. de iure codicill. l. verbis legis 120. de verb. ſignif. l. in re 21. C. mandat.* Sic neque tranſactio matris obeſt filio. *l. tranſactione matris 26. Cod. h. tit.* quia mater non habet liberos in poteſtate. *leg. mulierem 5. Cod. de adopt.*

c *Quos in poteſtate non habuit.* Ergo ſi pater tranſegerit de re filii[illegible]milias, aliud erit ſecundùm ſententiam Vlpiani. Et hoc argumento contendit Accurſius valere tranſactionem, quam hodie pater de filiifamilias peculio aduentitio fecerit, & filio nocere. Quod tamen Cuiacius non probat, & benè. Iuſtiniani enim Conſtitutiones, quæ filiumfamilias fecerunt capacem acquiſitionis peculij aduentitij etiam inuito patre relicto patri ſolo vſufructu cum iure adminiſtrationis hoc etiam induxerunt, vt non poſſit pater de iis agere ſine conſenſu filij, quoties is conſenſus haberi poteſt. *leg. vlt. §. vbi autem in vnum.* iunct. *leg. cum oportet 6. Cod. de bon. quæ liber.* Ergo neque tranſigere pater poterit inconſulto filio, quia facilius eſt vt permittatur alicui agere alieno nomine, ac de re aliena, quàm vt tranſigere. *leg. procurator 58. & l. mandato 60. de procur.* Et verò cùm ex ea Iuſtiniani conſtitutione nihil iuris habeat pater in bonis filij aduentitiis, præter vſumfructum & adminiſtrationem legitimam, certum eſt non poſſe fructuarij conuentione lædi proprietatem. *d. l. vlt. §. ſin autem ad alienum verſ. hoc procul dubio obſeruando.* Eum verò, qui nihil niſi legitimam adminiſtrationem habeat, non poſſe tranſigere diminuendi cauſa *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tutor.* iunct. *dict. l. mandato.* ſi in ea cum Cuiacio legas *diminuendi* pro eo quod vulgò *decidendi.* Planè ſi pater bona fide tranſigere velit de re filij nullo iure contradicentis, non dubito quin ſit valitura tranſactio, non ſolùm ſi fiat in vtilitatem filij nec diminuendi cauſa (quidni enim liceat prudenti & prouido patri meliorem facere conditionem filij etiam inuiti nedum ignorantis? cuius conſilium non poteſt tam bonum & tutum eſſe, quàm ipſius patris: *d. l. vlt. C. de curat. furioſ. l. iſti quidem 8. quod met. cauſ.*) ſed etiamſi ex ea tranſactione patrimonium filij diminuatur, dummodo ea diminutio fiat citra fraudem. *l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* & ex cauſa neceſſaria, ex qua etiam ignorante, adeóque inuito filio rem filij vendere patri liceret. *d. §. ſin autem ad alienum. verſic. ſin autem non habeat.* Denique quod tutori liceret, cur non licebit patri? Habet enim pater plus iuris in eo quod & à Iuſtiniani conſtitutione eſt, à natura primùm ipſa habet, vt ſit legitimus perſonæ bonorúmque filij adminiſtrator, nullis ratiociniis vel cautionibus præſtandis obſtrictus vel aliis oneribus quæ alij fructuario vel adminiſtratori cuilibet iniunguntur. *d. verſ. ſin autem non habeat in fin.* Atqui tutori tranſigere permiſſum eſt. *dict. l. Lucius. §. vlt. l. interdum 56. §. qui tutelam. de furt.* Ergo multò magis patri: Itaque nec Accurſij nec Cuiacij ſententiam probare poſſum ſimpliciter, ſed cum ſupradicta diſtinctione. Atque hæc quidem ſecundùm Iuſtiniani conſtitutionem verè meo iudicio dicuntur. Sed inſpecto eo iure, quod Vlpiani temporibus obtinebat, aliud dicendum arbitror, Potuiſſe ſcilicet patrem pro arbitrio tranſigere de bonis filiifamilias indiſtinctè: & ob eam cauſam loqui hîc Vlpianum de tranſactione facta per patrem de re filiorum, quos non habuit in poteſtate. Nam quod ait Cuiacius ita locutum Vlpianum, quia filiusfamilias nihil proprium habeat de quo pater tranſigere poſſit, iam ſæpiùs à nobis confutatum eſt, probatúmque, imò filiosfamilias fuiſſe acquiſitionis capaces, patre nolente ſibi per filium acquiri. ex *l. 3. §. ſed & filiusfam. ſup. de edend.* vbi dixi *l. is qui heres 13. §. vlt. l. cum qui 51. § 5.* iunct. *l. ſeq. de acqu. hered. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. leg. cogi 16. § ſi pater. d. l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* Sed quamuis eſſet filiusfamilias acquiſitionis capax, & ſibi acquiſiuiſſet patre nolente ſibi acquiri, non ideò tamen prohibebatur pater vti iure poteſtatis, & eam rem quæ filio acquiſita fuiſſet, in ſe transferre, ac multò magis de ea prout vellet tranſigere,

quia

quia nec filius familias acquiſitionis capax, niſi cùm pater volebat, & quandiu volebat. Excepto caſu *d. l. Imperator 50. ad Trebell.* vbi refertur reſcriptum Hadriani, in quo reſcripto hanc ob cauſam fuerant addita ea verba, *ita ne quid in ea pecunia quandiu filius eius viueret, iuris haberet*, vt intelligamus non eſſe nouum, vt in ea quoque re, quæ filiofamilias acquiſita fuit pater ius patriæ poteſtatis retineat, niſi retinere prohibeatur. De quo dicemus latiùs ad *dictam leg. Imperator.* At quid ſi pater habeat quidem in poteſtate filium, ſed non rem filij, de qua velit inconſulto filio transfigere, vt putà rem caſtrenſis peculij. Omnes conſentiunt tranſactionem non valere. *l. ex caſtrenſi 18. §. ſeruus. de caſtr. pecul.* quia in eo peculio filiusfamilias ex conſtitutionibus pro patrefamilias habetur. *l. 2. ad SC. Maced.* habétque plenam ipſius proprietatem. *l. pater 15 in fin. de caſtr. pec.*

11. IDEM libro 4. ad Edictum.

POſt rem iudicatam, etiamſi prouocatio non eſt interpoſita, tamen ſi negetur [a] iudicatum eſſe, vel ignorari poteſt, an iudicatum ſit, quia adhuc lis ſubeſſe poſſit [b], tranſactio fieri poteſt.

Ad l. poſt rem iudicatam 11.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. & poſt rem 7. ſuprà* vbi dixi.

a *Tamen ſi negetur.* Quid ergo erit certum poſt rem iudicatam ſi ſufficit negare?

Ratio decidendi. Negatio quidem facit rem dubiam & incertam incertitudine facti. *lege vltima de quibus ad lit. proclam. non licet*, ſed ita demum ſi non ſit euidenter calumnioſa, qualis eſt ſi de veritate eius, quod negatur appareat per ſententiam, aut, vt addit Bartolus etiam per notorietatem.

b *Quia adhuc lis ſubeſſe poſſit.* Eadem diſtinctio adhibenda eſt cùm quæritur, An de inſtrumento guarentigiato, &, vt loquuntur, confeſſionato poſſit tranſigi ante ſententiam, cùm toto ferè terrarum orbe receptum ſit vt huiuſmodi inſtrumenta habeant vim rei iudicatæ. Ergo ſi aliqua exceptio opponatur, ex iis nimirum quas placet opponi poſſe etiam poſt rem iudicatam, de quibus in *lege prima, Codice de iur. & fact. ignor.* ſiue tendant ad infirmandam ſententiam, ſiue ad impediendam iudicati executionem, dummodo tamen ſub prætextu dubij emergentis tranſigatur de eo quoque quod iudicatum fuit, vt non malè Bart. tractat.

12. CELSVS lib. 3. Digeſtorum.

NOn eſt ferendus, qui generaliter in his, quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cenſeatur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum ſit. Si tamen poſtea codicilli proferuntur [a], non improbè mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat ſe cogitaſſe, quo illarum tabularum, quas tunc nouerat, ſcriptura contineretur.

Ad l. Non eſt ferendus 12.

Ratio dubitandi. Tranſactio non porrigitur niſi ad ea de quibus cogitatum probatur. *§. vltimo. lege 9. ſuprà.* vbi dixi. Atqui non probatur eum qui tranſegit de priore parte teſtamenti cogitaſſe etiam de poſteriore. Nam ſi probaretur cogitaſſe, nulla dubitandi ratio occurreret. Ergo ad poſteriorem teſtamenti partem tranſactio porrigenda non eſt.

Ratio decidendi. Quemadmodum inciuile eſt niſi tota lege perſpecta de mente ac ſententia legis reſpondere. *lege inciuile. de legibus.* Ita & ſtultus nimium & incautus ille eſt, qui cauſatur ſe tranſegiſſe de prima parte teſtamenti, non viſo toto teſtamento, cùm & teſtamentum totum vnicus actus ſit, iſque indiuiduus. *lege cùm antiquitas 28. Codice de teſtament.* & vna pars teſtamenti per aliam plerumque declaretur. *lege qui filiabus 14. de leg. 1.* Denique nimia inſcitia & negligentia diſſoluta illa eſt, Tranſigere de teſtamento quod totum non fuerit lectum & intellectum.

a *Si tamen poſteà codicilli proferuntur.* Ratio dubitandi. Codicilli quoties teſtamentum factum eſt, pars quodammodo teſtamenti eſſe cenſentur. *leg. penultim. §. teſtament. quemadm. aperiant.* Atqui non eſt ferendus qui generaliter tranſegit de his quæ in teſtamento ei relicta ſunt ſi poſteà cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum ſit, vt proximè diximus. Ergo nec ferendus eſt qui dicit ſe de codicillis non cogitaſſe.

Ratio decidendi. Codicilli teſtamentarij ſunt quidem pars teſtamenti, ſed quantum ad rationem iuris, quia ex teſtamento pendent vitámque accipiunt, ſed non quantum ad tabulas & ſcripturam teſtamenti: ac proinde facilè accidit vt qui totam ſcripturam teſtamenti legit, non eò minùs tamen ignorauerit codicillos, qui nec niſi poſteà reperti in hac ſpecie proponebantur. Cæterùm probat optimè hæc lex, Non eſſe neceſſarium ad validitatem tranſactionis factæ ſuper teſtamento, vt verba teſtamenti legantur & intelligantur De quo dixi ad *legem de his 6. ſuprà hoc titulo.* Iunge quæ ſcripſi ad *l. 3. §. cùm tranſactio. ſupr. eod.*

13. ÆMILIVS MACER libro 1. ad Legem vigeſimam hereditatum.

NVlli procuratorum principis inconſulto principe, tranſigere licet.

Ad l. Nulli 13.

Ratio dubitandi. Procurator Cæſaris plus autoritatis & poteſtatis habet, quàm cæteri procuratores, vt ex eo conſtat, quod & eius iuſſu ſeruus Cæſaris adire hereditatem poteſt, & ſi Cæſar heres inſtituatur miſcendo ſe opulentæ hereditati procurator heredem Cæſarem facit. *l. 1. §. vlt. ſupr. de offic. procur. Cæſar.* Atqui procuratores cæteri ſi modò habeant generale mandatum cum libera poſſunt tranſigere etiam inconſulto domino exemplo tutorum & curatorum, dum ne diminuendi cauſa tranſigant. *l. mandato 60. de procur.* vbi hanc ob cauſam legit Cuiac. *deminuendi* pro *decidendi.* iunct. *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut. l. interdum 56. §. qui tutelam. de furt.* Ergo & procurator Cæſaris tranſigere poterit inconſulto quoque Principe. Nam quod ſcriptum eſt in *leg. tranſactionis. C. h. tit.* non valere tranſactionem à procuratore factam non ad eum procuratorem pertinet qui habeat generale mandatum, adeóque cum libera adminiſtratione, ſed ad eum cui cauſæ dumtaxat actio non etiam litis deciſio mandata fuit, vt le ait, hoc eſt, quia ad litem tantùm procurator fuit. Cuius ſanè diuerſa longè cauſa eſt. Hic enim nec ſolutionem accipere poteſt. *leg. hoc iure 86. de ſolut.* Quantò minùs ergo tranſigere?

Ratio decidendi. Noluerunt Cæſares hoc ius procuratori ſuo datum, quia cum tranſactio non poſſit fieri niſi aliquo accepto vel retento. *l. tranſactio 38. Cod. eod.* Procurator autem Cæſaris magiſtratus ſit, & quidem ex maioribus

toribus & iis qui iuriſdictionem habent, verendum fuit ne ſub prætextu tranſactionum venalem perfidiam [illegible] in ea re operam præſtarent, aut ſaltem ne ea occaſio materiam calumniæ præberet, quæ cum in omnibus magiſtratibus ſummè cauenda eſt, tum maximè in procuratoribus iſtis, qui ſunt velut domeſtici Cæſaris cuius domum non tantùm à crimine, ſed etiam à criminis ſuſpicione vacare oportet. Alia ratio vix afferri vlla melior poteſt, niſi cum Cuiacio eam quæras in diuerſitate mandatorum quam in rem videndæ eſſent formulæ, quibus vtebantur Cæſares in huiuſmodi procuratoribus conſtituendis. Etſi parum credibile eſt, fuiſſe iis nominatim & ſpecialiter interdictam tranſigendi poteſtatem. Quòd ſi velis eſſe hoc iuris conſtituti & ex eorum numero, quorum ratio nulla quæri debet. *leg. non omnium 20. de legibus.* non valdè repugnabo, ſed malo tamen hac parte, vt in cæteris omnibus, rationem aliquam habere non improbabilem, quàm nullam. Quid enim an Bartolus huiuſmodi tranſactionem eſſe alienationem, non poſſum probare: non ſolùm quia non dubito quin procurator Cæſaris poſſit alienare, vt & procuratores cæteri qui habent generale mandatum cum libera. *leg. procurator 58 & ſeq.* [illegible] *leg 63. de procur.* Sed etiam quia poteſt facilè tranſactio ſic fieri vt res acquiratur potiùs quàm alienetur, puta ſi cùm res penes aduerſarium eſſet, conuenerit per tranſactionem vt eam procurator Cæſaris haberet aliquo dato. Nam & hoc modo tranſigere etiam prælatis de rebus Eccleſiæ, & tutoribus aut curatoribus de prædiis minorum permiſſum eſſe vult Bartolus hîc poſt Accurſium quia non alienat, ſed acquirit qui ſic tranſigit. & ita nihil facit contra *leg. 4. Cod. de præd. min.* Iunge *leg. ſi pro fundo 33. Codice hoc titulo.* Secus ſi rem aliquam vel eccleſiæ vel minoris patiatur manere penes aduerſarium, quamuis iam apud eum conſtituta eſſet, quia hæc alienatio eſſet. Atqui lex noſtra generaliter & indiſtinctè negat vlli procuratorum Principis permiſſum eſſe vt tranſigat inconſulto Principe. Generaliter igitur de tranſactione qualibet eſt intelligenda. *lege de pretio 8. de publician. lege in fraudem 15. paragrapho vltimo de teſtamento militum.*

14. SCÆVOLA libro 2. Reſponſorum.

Controuerſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt: eáque, tranſactione facta, certa lege finita eſt quæro creditores quem conuenire poſſunt? Reſpondit, ſi iidem creditores eſſent: (qui tranſactionem feciſſent [a].) ſi alij creditores [b] eſſent: propter incertum ſucceſſionis pro parte hereditatis [d], quam vterque in tranſactione expreſſerit, vtilibus conueniendus eſt.

Ad l. Controuerſia 14.

a *Si iidem creditores eſſent, qui tranſactionem feciſſent.* Hæc pars & ſententia legis apertè manca & mutila eſt, vt nemo non videt. Itaque ſic eam Haloander ſuppleuit, vt adiecerit, *id obſeruandum eſſe de ære alieno, quod inter eos conueniſſet.* Quod non videtur mihi ſatis probabile: quia ſi de iis ſenſit Haloander qui & de hereditate tranſegerint quam vnus ſuam eſſe dicebat ex teſtamento, alius ab inteſtato & creditores ipſi fuerint, verius eſt neutrum alteri teneri tanquam confuſa & obligatione & actione, quia cùm vterque dicat ſe heredem eſſe in ſolidum, licèt neuter poſſideat hereditatem niſi pro parte, neuter poteſt recuſare quominus actionum ſuarum confuſionem perinde patiatur, ac ſi ſolus heres eſſet, quia hereditatis diuiſio quæ per tranſactionem facta eſt, non impedit quin verum ſit ſolum Titium heredem eſſe ex teſtamento, ſolum autem Sempronium ab inteſtato, quantum ad eos pertinet. Quod enim dicitur confuſionem actionum fieri pro hereditariis portionibus. *l. ſi adultera 6. & paſſ. C. de hered. act.* tunc verum eſt cum plures illæ partes hereditatis poſſidentur à pluribus ex eodem iure aut teſtati tantùm, aut inteſtati tantùm, non autem cùm hereditas per tranſactionem diuiditur inter eos quorum vnuſquiſque prætendat ſe in ſolidum heredem eſſe, vnus ex teſtamento, alius ab inteſtato. Siquidem talis diuiſio fit ab homine non à lege, quæ ſcilicet non patitur eiuſdem hominis duos eſſe heredes, ne quidem pro parte, quorum vnus ſit heres ex teſtamento, alios ab inteſtato, niſi in hereditate militis qui deceſſerit pro parte teſtatus. *leg. ius noſtrum 7. de regul. iur.* Itaque ſi me aliud non moneret, putarem poſſe totum hunc hiatum compleri, addita illa dictione vnica *neuter* poſt verbum *feciſſent*, vt antitheſis illa eſſet, quod in priore ſpecie neuter heres, in poſteriore autem vterque teneretur pro hereditariis portionibus. Sed non poſſum mihi perſuadere Scæuolam de iis heredibus tractaſſe qui fuerint etiam creditores, aut quod idem eſt, de creditoribus qui fuerint & heredes. Nam poſteaquàm poſuit duos eſſe heredes, vnum teſtamentarium, alium legitimum, quærit de creditoribus quem ex heredibus conuenire debeant. Ergo de creditoribus qui non ſunt heredes. Alioqui cùm duo tantum ſint, ſi vnus aduerſus alium agat, nulla poteſt ſupereſſe electio, quæ non cadit niſi in plures. Ruſus video ex commentariis Bartoli in eius Codice aliter ſcriptum fuiſſe, quam nunc habeat & vulgata lectio & Haloandrina. Is enim n. 12. ita ſcribit, *Quæro, dicitur hic quod ſi creditores interfuerunt,* &c. & paulò poſt, *Quæro vtrum creditores qui non interfuerunt.* Ex quo coniicio ita legiſſe Bartolum, *iidem creditores eſſent qui tranſactioni interfuiſſent.* Et ita ſanè legendum eſſe non dubito. Sed non ideò aſſequemur vt bonus ſit ſenſus, niſi aliam addamus emendationem, quæ meo iudicio præcipua in eo eſt, vt pro *ſi* reponamus *ſiue* & ita legamus, *Reſpondit, ſiue iidem creditores eſſent qui tranſactioni interfuiſſent, ſiue alij creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis,* Hoc ſenſu, vt diſtingui non oporteat an creditores qui agere volunt contra alterutrum aut vtrumque heredum, interfuerint tranſactioni, an non, quia omni caſu placet actiones iis competere non quidem directas, ſed vtiles aduerſus ſingulos heredes pro hereditariis portionibus. Solent creditores intereſſe huiuſmodi tranſactionibus, & vrgere eos qui de hereditate controuertunt, vt de ea inter ſe tranſigant, ne longior mora ipſis fiat, & vt ſciant quem habeant conueniendum: propter quam cauſam poteſt facilè euenire, vt non tantùm adſint tranſactioni, ſed etiam ſe interponant ad tranſactionem faciliùs expediendam. Quod cùm euenit, maior contra eos dubitandi ratio eſt, quam contra eos qui non interfuerunt, ſiue quòd non poſſint dicere tranſactionem illam eſſe rem inter alios actam, quæ facta ſit ipſis præſentibus. arg. *l. ſæpè 53. de re iudic. l. etiam. 29. § vltim. de minor.* Siue quòd eam tranſactionem adprobando quæ hereditatem diuidat pro æquis portionibus inter heredem inſtitutum & agnatum proximum, quaſi neſciri poſſit, an qui heres inſtitutus ſit, debeat eſſe heres teſtamentarius an verò agnatus proximus debeat eſſe legitimus hoc ipſo videntur ipſi quoque hoc pro incerto habuiſſe, atque ita actiones ſuas aut amiſiſſe aut ſaltem remiſiſſe, arg. *l. cùm in eo 44. ſupra tit. proxim. l. cum hereditas 59. de admin. tut.* vtpote quas nullomodo poſſit exercere, niſi contra eum heredem, quem conſtet certùmque ſit heredem eſſe vel teſtamentarium, vel legitimum. Quorum omnium nihil eſt quod poſſit obiici creditoribus qui tranſactioni non interfuerunt.

Ratio decidendi. Creditores qui adfuerunt tranſactioni factæ inter eos, quorum quiſque heredem ſe prætendebat, neque tranſegerunt ipſi, neque paſſi ſunt alios tranſigere de credito, ſed tantùm ſciuerunt, adeóque, ſi voles,

voles, curarunt tranſigi de hereditate in qua nihil penitus iuris habebant. Idque non vt ſibi nocerent, ſed vt prodeſſent & haberent quem conuenire poſſent. Nam nec poterant impedire quominùs inter conſentientes ita tranſigerent, vt neque tranſigentes potuerunt creditoribus præiudicium facere. *l. 3. in princ. ſupr. h. tit.* Et ideò cùm ſciuerint ius ſuum durare, nihil eis nocere debet quod tranſactioni ſiue tanquam teſtes, ſiue tanquam arbitri interfuerint. *l. Caius Seius 39. de pign. act. l. ſicut 8 §. non videtur. qui mod. pig. vel hyp. ſol.* De aliis creditoribus qui tranſactioni non interfuerunt, ſeparatim dicendum eſt.

b *Siue alij creditores eſſent.* ſcilicet qui tranſactioni non interfuiſſent. In quibus alia & propria dubitandi ratio eſt non etiam poteſt iis obiici, quod proxime diximus ubi tei poſſe pro ratione dubitandi contra eos qui tranſactioni interfuerunt, ergo illa erit.

Ratio dubitandi. Creditores nullam poſſunt habere nec exercere actionem hereditariam aduerſus alium, quam aduerſus eum qui verè ſit heres aut ex teſtamento aut ab inteſtato, non etiam contra eum de quo dubitetur, an ſit heres bonorúmve poſſeſſor aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Adeò vt qui bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accepit, tutus ſit exceptione, ſi conueniatur à creditoribus hereditariis, quandiu contra eas tabulas peti bonorum poſſeſſio poteſt. *l. 2. de except. rei iudic. l. qui cum herede 15. de oblig. & act.* quamuis ille etiam qui ſuccedit per contra tabulas dicatur ſuccedere ex teſtamento. *§. ſunt autem. Inſtit. de bon. poſ.* Atqui in propoſito caſu non conſtat vter heres ſit aut ex teſtamento aut ab inteſtato, cùm propter incertum ſucceſſionis hereditatem diuidi per tranſactionem oportuerit inter heredem teſtamentarium & legitimum, quod fieri neque potuit, neque debuit, ſi alteruter verè ac certò heres fuit. Fieri ergo non poteſt vt creditoribus hereditariis ſiue contra hunc ſiue contra illum heredem actio detur.

Ratio decidendi. Nulla ſanè poteſt actio directa exerceri à creditoribus, aut competere in vtrunque heredem quorum vnus dicat ſe heredem teſtamentarium, alius legitimum eiuſdem hominis pagani, quia nec iuris ratio patitur vt eiuſdem hominis poſſint duo tales heredes eſſe. Ideóque neceſſe eſt ſi velint creditores directa actione experiri vt probent præcise & concludenter eum, contra quem actionem inſtituunt, omnimodo heredem eſſe vel teſtamentarium, vel legitimum. Quod ſi nullam eius rei aliam probationem habeant, quàm ex tranſactione quæ inter eos hereditatem tanquam ex diuerſo & incompatibili iure diuiſit, ea certè nulla eſt. Nam præter id quod res eſt inter alios acta, probat potiùs tranſactio nullum eſſe heredem neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, aut ſaltem neſciri poſſe quis ille ſit hoc ipſo quod vtrumque admittit heredem: cùm tamen fieri nequeat vt heres ſit vterque, vnus ex teſtamento, alius ab inteſtato. Et ob eam nimirum cauſam non ſic reſpondet Scæuola, vt dicat poſſe vtrumque hereditariis actionibus directis conueniri, ſed vtilibus: quia deficiente iuris ſtricti ratione, quæ non dat directas, niſi contra eos qui heredes verè & ſunt & probantur, non deficit æquitas quæ inducit vtiles contra eos quoque qui & dicunt ſe in ſolidum heredes, quamuis diuerſo iure, & verè ſunt totius hereditatis pro ſua quiſque parte ſaltem poſſeſſores, & quidem ſine controuerſia, id eſt, nullo alio hereditatis controuerſiam iis faciente. Quidni enim æquum ſit teneri eos pro hereditariis portionibus? Nam & alius quilibet hereditatis poſſeſſor etiamſi heres neque ſit neque eſſe poſſit, hoc ipſo tamen quod & poſſeſſor eſt & heredem ſe dicit, conueniri ſolet, ſi nemo alius heres verior appareat & qui ſe heredem dicat, ita vt poſſit ille ſoluere creditoribus, & quod ſoluerit reputare vero heredi, perinde ac ſi eum liberaſſet, quamuis non æquè poſſit ille agere contra hereditarios debitores. *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princ. & §. pen. ff. de pet. her. l. de hereditate 5. Cod. eod.* Sic dicimus ratione [illegible] m cum illegitimo tutore *l. ſi putas [illegible]. eod. tit.*

c *Creditores.* [illegible] de creditoribus tantùm hîc tractat Scæuola, non de legatariis? Rationem attulimus ad *l. 3. in princ. ſupra hoc tit.* quoniam creditorum nihil intereſt an debitoris hereditas adita ſit ex teſtamento, an ab inteſtato, dummodo adita ſit. Æquè enim habent actionem ex lege duodecim tabularum contra heredem legitimum atque contra teſtamentarium. *lege vltima. & paſſ. Codice de hered. act.* Adeò vt, etiamſi nullus heres ſit, mittendi ſint ex edicto in poſſeſſionem bonorum debitoris defuncti ad ea poſſidenda primum, deinde diſtrahenda. *tot. tit. De rebus autor. iudic. poſſidend.* iunct. *l. habere 57. de euiction.* At legata non poſſunt valere quæ teſtamento fuerunt relicta, niſi ex eo ipſo teſtamento adeatur hereditas, licet adita ſit ex teſtamento. Idémque de libertatibus & fideicommiſſis eodem teſtamento relictis iuris eſt *l. ſi nemo 9. de teſtam. tut. l. ea quam 16. Cod. de fideicom.* Vndè etiam eſt quod ſi heres inſtitutus omiſſa per fraudem cauſa teſtamenti poſſideat hereditatem ab inteſtato, neceſſarium eſt legatariis & fideicommiſſariis auxilium edicti. *Si quis omiſ. cauſ. teſt.* quod non eſt neceſſarium creditoribus. *leg. 1. & paſſim. ill. tit.* Nec eſt quod cum Accurſio, Bartolo, & cæteris addas exceptionem, Niſi legata fuerint ab inteſtato repetita. Nam libertatibus quidem & fideicommiſſis ea exceptio aptari poteſt. *l. generaliter 24. §. ex teſtamento. ff. de fideicom. libert. leg. 1. Cod. eod. l. Lucius 88. alias l. Scæuola. §. vlt. de leg. 2.* ſed legatis non poteſt, quia libertates & fideicommiſſa ab inteſtato quoque perinde ac ex teſtamento relinqui poſſunt, legata non poſſunt. *l. illud 13. in fin. de iure codicillor. l. 2. & 4. C. de codicill.* Inſpecto nimirum iure veteri de cuius interpretatione agimus. Nam ſi Iuſtinianeum inſpicias, quo paſſim hodie vtimur, & quod omnes legatorum & fideicommiſſorum differentias ſuſtulit, poſſunt hodie relinqui legata in codicillis ab inteſtato, & quotidie ita relinquuntur, at non tanquam legata, ſed tanquam fideicommiſſa ſicut & cùm à legatario relinquuntur. *l. 1. & 2. Cod. commun. de legat.* iunct. *§. 1. Inſtit. de ſingulis rebus per fid. relict.* Nullo igitur caſu potuit Scæuola legatariis & fideicommiſſariis aliquam actionem dare, ne quidem vtilem contra eum qui iure legitimi heredis poſſidet partem hereditatis. Itaque nec dedit. At contra heredem ſcriptum dedit idem Scæuola, adeóque in ſolidum in *leg. 3. in princ. ſupr. hoc titulo.* An ergo meliorem eſſe voluit conditionem legatariorum qui non certant niſi de lucro captando, quam creditorum qui certant de damno vitando? Hoc verò abſurdum & iniquum eſſet. *l. quod autem 6. §. ſimili modo dicimus quæ in fraudem creditorum. leg. 5. §. ſi cum legitima 28. & ſeq. de doli exception. l. non debet actori 4 §. 1. de reg. iur.* Ergo non poteſt ſatisfacere: quod Accurſius reſpondet agi de legatariis in *d. l. 3.* hîc verò de creditoribus. Et ratio quam adfert, quòd legata pendeant ex teſtamento. *l. 3. de pigno.* probat quidem optimè nullam poſſe dari actionem legatariis contra legitimum heredem, ſed non probat dandam eſſe contra teſtamentarium eo caſu quo neque ipſis creditoribus daretur. Non enim quod plus iuris habent creditores quàm legatarij contra heredem legitimum, facere poteſt aut debet vt eò minùs habeant contra inſtitutum. Proinde ſi directa actio competit legatariis contra ſcriptum heredem, quidni competet etiam creditoribus? Quinimò ſi datur in ſolidum legatariis contra heredem inſtitutum ſolum, cur non etiam creditoribus dabitur? Eorum quippe intereſt ne in plures aduerſarios diſtringantur. *l. & ancillarum 27. §. vlt. de pecul.* & vt à ſolo herede ſcripto poſſint conſequi ſolidum potius quam vt partem cogantur petere ab herede ſcripto partem à legitimo. Atqui habent legatarij actionem pro ſolidis legatis contra heredem ſcriptum, tametſi tranſegerit ille cum legitimo, nec totam poſſideat hereditatem. *dicta lege 3.* Ergo & creditores habere debebunt. Quod vtrunque tamen hæc lex

negat. Nam neque dat actionem directam creditoribus contra heredem inſtitutum, ſed vtilem duntaxat, neque in ſolidum, ſed pro ea tantùm portione quam poſſidet hereditatis. Reſpondendum eſt in ſpecie. *dicta lege 3.* non fuiſſe incertum ius ſucceſſionis, neque dubitatum an valeret ipſo iure teſtamentum in quo legata fuerant relicta, ſed an reſcindendum eſſet fortè per querelam inofficioſi teſtamenti, quam proponere volebat mater à filio præterita vel exheredata. Quo caſu certum eſt non eò minùs legata deberi quandiu teſtamentũ re vera non eſt reſciſſum, quod porrò neque per tranſactionem neque alio modo quàm per ſententiam reſcindi poteſt, quam tamen ponimus nullam interueniſſe neque ante neque poſt tranſactionem. Neque hoc caſu intereſt an ſcriptus heres matri dederit ex tranſactione rem certã, an partem hereditatis, quia etiamſi dederit partem, nihilominus tenebitur ſcriptus heres & legatariis & creditoribus in ſolidum, quia non eò minùs verum eſt certúmque heredem eum in ſolidum eſſe ex teſtamento, quamuis potuerit aliquo caſu deſinere heres eſſe, nimirum ſi mater in querela inofficioſi teſtamenti obtinuiſſet. *lege in ſubſtitutione 33. de vulg. & pup. ſub.* Non tam enim quod euenire potuit, quam quod re vera eſt ſempérque fuit & erit inſpiciendum eſt & incertum ſucceſſionis, quod non præſens, ſed futurum eſt materiam quidem tranſactioni præbere poteſt. *lege 2. Codice hoc tit.* ſed non impedire aut extinguere actionem ſiue legatariorum ſiue creditorum, quæ pendet ex præſenti iure teſtamenti, de cuius viribus, id eſt, quin ipſo iure valeat, non dubitatur. At cùm ius ſucceſſionis incertum eſt, quod contingat agnato proximo aut filio ipſo contendente teſtamentum ipſo iure non valere, quamuis heres ſcriptus contra defendat valere, fieri tamen nequit vt contra eum actionem vllam habeant legatarij, quin priùs conſtet valere teſtamentum *d. l. 10* illis verbis, *quàm ſi teſtamentum ratum eſſe conſtaret infrà de pignoribus.* Nam quemadmodum non noceret legatariis, quod heres nollet valere teſtamentum, malléque hereditatem relinquere agnato proximo ſiue totam ſiue pro parte. *dict. l. 3. in princ. ſupr. hoc tit.* Ita è contrario non poteſt iis prodeſſe quod heres ſcriptus velit contendátque teſtamentum valere, niſi idipſum liquidò conſtet. Ius enim teſtamenti non ex heredis aut alterius priuati voluntate pendere poteſt, ſed ex iuris publici autoritate. *lege illa inſtitutio 32. de hered. inſtit.* Nec poteſt videri dolo malo quicquam facere heres ſcriptus, qui poſteaquàm contra legitimum heredem defendit teſtamentum valere, ſubinde tamen conuentus à legatariis recuſat ſolutionem legatorum eo prætextu, quaſi teſtamentum vel non valeat, vel ſaltem dubij ſit iuris. Non enim hæc ſunt pugnantia, vt dicat teſtamentum valere, ſéque heredem ex eo teſtamento eſſe, & tamen aut teſtamentum reuera non valeat, aut de eius viribus dubitetur. Neque igitur pugnantia hæc erunt, vt valeat tranſactio per quam hereditas inter teſtamentarium & legitimum heredem pro æquis partibus diuidatur, & tamen heres ſcriptus nullatenus legatariis teneatur, id eſt, ne pro ea quidem parte quam ex tranſactione retinuit. Habet enim eam non tam quaſi heres teſtamentarius (non magis quàm qui aliam partem habet quaſi legitimus) quàm ex pacto fortaſſis per errorem aduerſarij non ſatis acuti ad euidentem teſtamenti nullitatem detegendam, vt in *leg. debitor 50. §. vltim. ad SC. Trebell.* Pactum autem nullam actionem legatariis dare poteſt, niſi probent clariſſimè teſtamentum valere. Nec magis pro parte quàm in ſolidum, quia in heredem ſcriptum neceſſe eſt, ſicut ſolus putatur teneri legatariis, vel in ſolidum teneri, vel nullomodo. Nam vt legatum diuidatur aut à legatario ipſo, aut à lege contra eum qui ſolus & conſequenter in ſolidum heres ſit ex teſtamento fieri nullomodo poteſt. *l. legatarius 38. de legat. 1.* néc rurſus vt alius ex teſtamento conueniri poſſit quàm qui re vera ex teſtamento heres eſt, & eſſe probatur. *l. 2. C. de hered. vel act. vend.* An non verò ſaltem vtilis actio dabitur legatariis contra heredem ſcriptum, & pro ea ſaltem parte quam poſſidet ex hereditate? Ne hæc quidem. Vtilis enim datur ideò creditoribus hereditariis tam contra inſtitutum heredem, quàm contra legitimum, quia, vt ſuprà diximus, nihil eorum intereſt an ex teſtamento, an ab inteſtato hereditas adeatur & poſſideatur, cum vtroque caſu habituri ſint ſuo iure hereditariam actionem, ſiue in heredem, quiſquis ille ſit, ſiue in bona defuncti. Proinde non poſſunt recuſare quominùs conueniantur ſinguli ſaltem pro ea parte quam ſinguli poſſident, cùm non pro ea tantum parte, ſed & in ſolidum quiſque ipſorum dicat ſe heredem, vnus ex teſtamento, alius ab inteſtato. Quæ ratio facit vt probabilius poſſit defendi creditoribus dandam eſſe electionem contra quem ex iis agere in ſolidum velint, tanquam contra heredem in ſolidum ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, quam neutrum eorum ne quidem pro parte teneri. At legatariorum alia ratio eſt. Non enim omnimodo habent actionem legatorum nomine, neque contra quem velint heredem, ſed tantùm contra heredem ſcriptum, & eo demum caſu quo & teſtamentum valeat & valere conſtet. Neceſſe igitur eſt vt legatarij vel directam actionem habeant, vel nullam. Porrò directam habere non poſſunt, cùm ſucceſſionis ius præſens incertum eſt, vt in ſpecie huius legis. Ergo nullam. Ideóque loquitur hæc lex de creditoribus tantùm, non de legatariis, quia tractat eum caſum quo nec ipſis creditoribus actio directa poſſit competere, ſed vtilis tantùm, cuius ſimiliter legatariis concedendæ nulla ratio vel æquitas ſubeſſe poteſt. Itaque quod Bartolus hîc tradit, quoties ignoratur quis heres ſit, poſſe conueniri poſſeſſorem bonorum hereditatis propter incertum ſucceſſionis, in creditoribus quidem verum eſt ſed in legatariis omnimodo falſum, in *libertatibus* verò & fideicommiſſis non aliter verum, quàm ſi repetita ſint ab inteſtato. Quod autem addit, Nolente herede reſpondere an ſit heres propter dubium, interrogari eum debere an ſit poſſeſſor, &, ſi reſpondeat ſe ignorare, hoc ſatis eſſe actori ad victoriam, multò minùs verum eſt, ſiue ius vetus inſpicias, ſiue nouam Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vlt. Cod. de pet. her.* Nam ſicuti actio directa non poteſt competere niſi contra verum heredem, neque dari niſi contra eum quem conſtet heredem eſſe: ita nec vtilis quæ nunquam ipſo iure competit dare poteſt contra alium quam contra poſſeſſorem, aut ſaltem contra eum qui ſe liti offerat tanquam poſſeſſor qui & heres dicitur, vel neget, vel dicat ſe ignorare an heres poſſeſſórve ſit, nécne, fieri certè nequit vt actione vtili conueniatur, ne à creditoribus quidem. Prius enim eſt vt certò conſtet eſſe illum poſſeſſorem. Et ita legem hanc explicandam arbitror.

e *Pro parte hereditatis.* Ergo proponebatur in hac ſpecie ſic factam eſſe tranſactionem, vt pars hereditatis ad heredem ſcriptum, pars ad illum qui ſe legitimum dicebat, pertineret. Aliud ergo fuiſſet ſi conueniſſet vt res aliqua hereditaria ad vnum, tota verò hereditas ad alterum perueniret: quia pars hereditatis in vna re hereditaria intelligi non poteſt. *lege quamuis 14. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. lege ſi legatus 30. §. multum. ad Senatuſconſultum Trebellianum. § ſi quis vna. Inſtitut. de fideicomm. hered.* Idémque iuris eſt ſi non res certa, ſed quota bonorum mobilium & immobilium vni ex tranſigentibus data vel relicta ſit non comprehenſis in ea quota iuribus & actionibus quæ tertiam bonorum ſpeciem conſtituunt *lege à Diuo Pio 15. §. 1. de re iud. lege quam Tuberonis 7. §. in peculio infra de pecul.* Non enim pars hereditatis intelligi poteſt in ea bonorum quota quæ iura & actiones non complectatur *lege nam quod 14. §. finali.* iunct. *lege cogi 16. in principio* & vſque ad *§. ſi quis heres. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* His ergo caſibus in ſolidum conueniendus eſt is penes quem ius hereditatis remanet, nulla autem ex parte is ad quem aliquid ex bonis hereditariis peruenit, etſi maior fortaſſe pars æſtimationis hereditatis

in

In ea re conſiſtat *leg. ex facto 35. de hered. inſtit.* Sed hoc ſemper intellige quantum ad creditores, de quibus ſolis hæc lex loquitur, non quantum ad legatarios: quia cùm legatarij agere nullo caſu poſſint ex ratione iuris aduerſus legitimum heredem, nihil iis profuturum eſt etiamſi tota hereditas ad legitimum heredem ſolum ex tranſactione peruenerit: ſed oportebit eos vel amittere legata, vel eo nomine agere contra ſcriptum heredem, quod ita facere poterunt ſi probent hunc eſſe verè heredem ex teſtamento, quamuis per ignorantiam aut facilitatem ſuam tota hereditate ceſſerit ei qui ſe legitimum heredem contendebat *leg. 3. in pr. ſupr.* In eóque ſanè Bartolus & alij paſſim falluntur. Illud quæri poteſt, An non ſaltem poſſint legatarij agere hypothecaria in res à legitimo herede poſſeſſas ex hereditate? Et reſpondet Bartolus fortè idem quod in actione perſonali, vt neutra competat in legitimum heredem ex *lege 1. §. vltimo. Codice comm. leg.* Hoc quoque malè. Nam hypothecaria iſta noua quam Iuſtinianus pro legatis & fideicommiſſis introduxit, in eo tantùm ſimilis eſt perſonali, quod ſingulari quodam iure diuiditur inter heredes pro hereditariis portionibus contra naturam hypothecariæ quæ regulariter indiuidua eſt *lege rem hereditariam 66. de euict.* Non etiam in eo vt non detur contra tertium poſſeſſorem, quiſquis ille ſit, ſiue dicat ſe heredem legitimum, ſiue quo alio iure vel colore poſſideat, quamuis actio perſonalis in eum competere nunquam poſſit, quia nec tranſit in ſucceſſorem ſingularem *lege 1. §. ſi heres. ad Senatuſconſultum Trebellianum. lege vltima. §. 1. de contr. empt.* Alioqui parum prodeſſet legatariis nouum hoc beneficium Iuſtiniani, cùm aduerſus heredem ipſum poſſit ei ſatis eſſe conſilium aut perſonali actione, aut ipſius rei legatæ vindicatione. Quid ſi hereditas aut in totum aut pro parte ablata ſit heredi ſcripto tanquam indigno? Remanet quidem nihilominus heres vt antea *lege ex facto 43. §. vltimo de vulg. & pupill. ſubſt.* Sed tamen legatariis non tenetur, ſed fiſcus ad quem tranſit hereditas cum ſuis oneribus *lege penultima de his quæ in teſt. delent. lege hereditas 4. Codice de his quib. vt indign. lege cùm quidam 12. infrà eodem tit. titul.* Et ita benè Bartolus contra Accurſium ſentit.

d *Vtilibus conueniendus eſt.* Idem putat dicendum Bart. ſi contentio ſit inter heredem & fideicommiſſarium vniuerſalem, & inter eos ita tranſactum ſit, vt vnuſquiſque habeat dimidiam partem hereditatis. Tunc enim, inquit eorum quilibet debebit conueniri ſecundùm quod poſſidet tam à legatariis, quàm creditoribus. Ex not. in *leg. 1. Codice ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Non male, quia eadem hac parte ratio eſt heredis & fideicommiſſarij etiam quoad legatarios, cùm perinde fideicommiſſarius vniuerſalis ac heres ipſe & legatariis & creditoribus obſtringatur, ſi non rogatus ſit heres deductis legatis hereditatem reſtituere *leg. 2. l. 3. §. idem Pomponius infrà eod. tit. tit.* Sed non ſatis rectè in eo quod comparat Bartolus caſum illum quo tranſactio facta ſit inter heredem & fideicommiſſarium vniuerſalem, cum caſu illo quo facta ſit inter heredem ſcriptum & agnatum proximum. Differentia enim aperta eſt inter hos caſus, quantum ad legatarios, licèt nulla ſit quoad creditores, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus.

15. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

PActo conuento Aquiliana quidem ſtipulatio ſubiici ſolet; ſed conſultius eſt, huic pœnalem quoque ſtipulationem ſubiungere: quia reſciſſo fortè pacto [a], pœna ex ſtipulatu peti poteſt.

Ad l. Pacto conuento 15.

Ratio dubitandi. Inutilis eſt ſtipulatio pœnalis quoties non poteſt id fieri propter quod ne fieret pœna ſubiecta fuit. Habet enim omnis ſtipulatio pœnalis eam conditionem expreſſam, Si quid factum erit vel non erit *l. ſi is qui 23. §. cùm ita. & ſeq. de reb. dub.* & in ſpecie propoſita, *Si pacto non ſtabitur. l. ſi pacto 14. C. de pact. l. reſcriptum 10. §. ſi pacto ſuprà tit. 1. leg. prædia 28. de action. empt. l. qui Romæ 122. §. vlt. de verb. oblig.* Atqui cùm pacto conuento ſubiecta eſt ſtipulatio Aquiliana, & quæ Aquilianam ſtipulationem ſemper ſequitur acceptilatio, non poteſt fieri id cuius nomine pœna promiſſa fuit, ſiquidem acceptilatio tollit ipſo iure actionem, vt & Aquiliana ipſa ſtipulatio, quæ præcedentes omnes obligationes nouat & perimit *lege 4. ſuprà eod.* Non poteſt autem fieri vt quis petat eam rem cuius nomine nullam habet amplius actionem, cùm ſine actione agere nemo poſſit *l. ſi pupilli 6. §. vlt. de negot. geſt. l. ſi quid poſſeſſor. 31. §. penult. de petit. heredit.* nec rurſus, vt extincta ſemel obligatio reuiuiſcat, ne quidem ex voluntate ſola vtriuſque contrahentium, nedum vnius ex ipſis *l. qui res 98. §. aream. de ſolut. leg. ſi pro patre 10. §. penult. de in rem verſ.* Actiones enim non naſcuntur niſi certis modis inter quos non eſt voluntas ſola contrahentium. Ergo non poteſt committi vllo caſu hæc pœnalis ſtipulatio, & conſequenter inutilis eſt.

Ratio decidendi. Cùm ſtipulator poſt interpoſitam ſtipulationem Aquilianam & acceptilationem adhibet ſtipulationem pœnalem, in ipſius arbitrio eſt an velit iuuare ſe acceptilatione, vt dicat probétque hoc modo ſublatam eſſe ipſo iure actionem, an verò conſentire, vt aduerſarius adhuc petat & agat, ac ſi neque obligatio neque actio ſublata eſſet. Nec enim facit iniuriam qui conſentit agere volenti, nec cogendus eſt iuuare ſe acceptilatione, quæ pro ipſo non contra ipſum interpoſita eſt, arg. *l. ſi index circumuento 28. de minor.* Non quaſi ſit in ipſius poteſtate facere vt actio ipſo iure extincta renaſcatur, ſed quia ex ſtipulatione pœnali apparet id actum fuiſſe, vt ſi vel facto ipſo peteret is qui iure nullam actionem haberet, perinde committeretur pœna ac ſi iure peteret. Nam & conditiones facti ſunt *l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* & verba conditionum de facto non de iure interpretanda ſunt *l. Mænius 55. eod. l. heredibus 77. §. vlt. ad SC. Trebell.* Quæ etiam ratio & ſententia eſt *l. nuda 5. Cod. de contr. & com. ſtip.* Item quia prætor à quo petitur actio, non poteſt diuinare an acceptilatio aliqua interuenerit, ſi non allegetur, & conſequenter facilè dat actionem, ſicut & eam daret illo etiam caſu quo compenſatio locum habere poſſet, quamuis compenſatio quoque tollat obligationem & actionem ipſo iure, cum & ipſo iure fiat, & vim habeat ſolutionis *l. 4. l. ſi ambo 10. & l. ſeq. l. poſteaquam 21. de compenſ.* Nempe quia etiam allegandа cõpenſatio eſt, cùm ſit facti, quamuis habeat effectum iuris. Nemo autem cogitur allegare in iudicio, niſi id quo velit vti *l. 1. §. edenda ſupr. de edend.* Itaque non puto verum eſſe quod vult Cuiacius, hanc actionem, ſi qua eſſet, fore vtilem & reſciſſoriam aut reſtitutoriam, ſed illam ipſam directam, quæ competebat ante acceptilationem, quia eam prætor dat ignorans ſubſecutam acceptilationem, ac proinde animo dandæ directæ actionis, quam neſcit eſſe ſublatam non animo reſtituendæ vtilis. Neque verò facit in eo vllam iniuriam reo eidémque ſtipulatori pœnæ, qui fuerat per acceptilationem liberatus, cùm is vltrò ac libenter actionem excipiat, nec velit obiicere ſe liberatum, quia mauult conſequi pœnam, quæ ſcilicet ſemper pluris eſſe debet, quam quod intereſt principaliter, ne alioqui ſuperuacuò interpoſita videretur. Mihi tamen prior ratio magis placet, vt pœnalis ſtipulatio hîc committatur, propter petitionem factam ſine actione. Quamuis enim agi non poſſit ſine actione, vt diximus in ratione dubitandi, petit tamen adeóque litis

conteſtatio

conteſtatio fieri ſine actione poteſt, ſiquidem nec actio datur à prætore niſi poſt litem conteſtatam, ea autem vera petitio eſt quæ fit per litis conteſtationem *l. amplius 15. rat. rem haber.* Nam & conteſtatio litem conſtituit, & ante conteſtationem mota dicitur lis & controuerſia potiùs quàm conſtituta *l. ſed & ſi 25. §. ſi ante de petition. hered.* nec quod is qui petit nihil iuris habeat, & nullo iure petat, ad rem facit. Tantò magis enim æquum eſt ab eo præſtari pœnam quam promiſit, ſi faceret contra pactum *l. atquin natura 19. §. cùm me abſente.* vbi eſt text. in hanc rem elegans, & apertius ĩ. *de negot. geſt.* Hoc igitur caſu proderit huic ſtipulatori ſtipulatio pœnalis per quam conſequetur pœnam, ſi fortè actor pactum reſcindat, id eſt, fidem licitæ tranſactionis rumpat, vt loquitur Hermogen. in *l. ſeq.* petendo id cuius nomine nec actionem vllam habet. Quæ etiam ſententia eſt *lege vbi pactum 40. Codice hoc titulo.* Iunge quæ dicam ad *legem ſequentem.*

a *Reſciſſo fortè pacto.* Noli intelligere cum Cuiacio *quaſi reſciſſa pacto, reſciſſa acceptilatione.* Non enim is Pauli ſenſus eſt, vt pactum quaſi pro reſciſſo ex iure habeatur, itémque acceptilatio quaſi pro reſciſſa. Siquidem de acceptilatione nihil Paulus exprimit in tota l. Nec rurſus æquum eſſet aliquam ſupereſſe vim ſtipulationis contra eum qui placiti fidem fregiſſet, ſi pactum aut aliqua iuris ratione reſciſſum eſſet, puta quia quam dolo malo vel vi extortum, aut contra leges vel bonos mores interpoſitum, aut ſi pro reſciſſo habendum eſſet, Sed horum verborum ſenſus idem eſt qui eſſet, ſi Paulus ita ſcripſiſſet, quomodo Hermog. In *lege ſequenti rupta fide pacti.* Nam & reſciſſionis vocabulo ſolemus ſignificare actum hominis non legis, idque magis propriè quàm per verbum *rumpendi.* Vt cùm dicimus teſtamentum rumpi agnatione vel quaſi agnatione poſthumi, reſcindi verò per querelam inofficioſi teſtamenti, aut, vt dicam melius, per ſententiam ſuper querela inofficioſi latam: item cùm dicimus rumpi teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, reſcindi verò emancipationem per prætorem *leg. 1. paragrapho ſi emancipatus filius. de bon. poſſ. contr. tabul.* Et ſanè cùm in pactis nihil niſi factum verſetur, non poteſt fieri vt pactum iure aliquo reſcindatur, ſed tantùm contrario facto *lege ſi vnus. 27. pactus ne peteret. ſuprà titulo 1.* At è contrario acceptilatio, cùm ſit iuris, non poteſt reſcindi ſolo facto, ſed poteſtate iuris, vel autoritate magiſtratus in eam rem opus eſt, vt in *lege quamuis 8. §. quoties & ſeqq. ad Senatuſconſultum Velleianum.* & facilius euenit vt noua actio poſt acceptilationem detur, ſiue prætoria, ſiue ciuilis, quàm vt reſtauretur vetus actio quæ per acceptilationem fuit perempta *l. ob eam cauſam 9. de praſc. verb.*

16. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

QVi fidem licitæ tranſactionis rupit, non exceptione tantùm ſummouebitur: ſed & pœnam quàm *ſi contra placitum fecerit, rato manente pacto* [a], ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogetur

Ad l. Qui fidem 16.

Ratio dubitandi. Quoties pacto ſubiecta eſt pœnalis ſtipulatio, poteſt quidem vtraque via vti is qui ſtipulatus eſt, prout elegerit, hoc eſt, vel petere pœnam ex ſtipulatione, vel aduerſus agentem tueri ſe exceptione pacti. Sed ſi tamen ex cauſa pacti exceptione vtatur, æquum eſt accepto eum ſtipulationem ferre *l. reſcriptum 10. §. ſi pacto. ſupra tit. prox.* Ergo falſum eſt quod hîc dicitur, non tantùm exceptione ſummouendum eum qui fidem licitæ tranſactionis rupit, ſed & pœnam quam ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogendum eſſe.

Ratio decidendi. Fuerunt hic adiecta in ſtipulatione pœnali verba illa, *rato remanente pacto*, quæ non erant addita in ſpecie *dict. §. ſi pacto.* Hæc enim verba ſunt, quæ faciunt vt & pacti & ſtipulationis pœnalis commodum ſentire debeat ſtipulator, qui alioqiun per exceptionem alterutro contentus eſſe cogeretur *l. cùm proponas 17. Codice hoc titulo. leg. ita ſtipulatus 115 §. vltimo de verborum obligatione.* etiamſi priſtina actio per acceptilationem ipſo iure ſublata proponeretur *lege vbi pactum 40.* in illis verbis *ſi hoc malueris. C. h. tit.* Hoc enim addendum fuit contra Bart. qui hîc aliter ſentit. Dixi latiùs ad *d. §. ſi pacto.*

a *Rato manente pacto.* An ergo ſtratum habere tranſactionis pactum cogetur etiam is, cui fides frangitur? Et non puto, non ſolùm quia pro ipſo non contra ipſum hæc clauſula ponitur, argum. *lege in ratione 30. §. tametſi ad legem Falcidiam.* ſed etiam quia non poteſt aduerſarius intentionem ſuam fundare ex ea tranſactione, contra quam ipſe veniat *lege cùm pater 77. §. libertis. de legat. 2. leg. cùm par. 154. §. 1. de regulis iuris.* Nec poteſt repugnare quominus reſcindatur tranſactio ita volente aduerſatio, cui fidem ipſe fregit *lege ſi diuerſa 14. Codice hoc titulo.* Nam nec aliud poſſet prætor aut alius quilibet iudex decernere, quam quod inter litigatores ipſos conueniſſet *lege ſi conuenerit 28. de re iud.* Planè ſi actio quam habebat is cui fides frangitur ſublata ipſo iure fuit per ſtipulationem Aquilianam ſecutámque acceptilationem, hoc vnum ei auxilium ſupererit vt poſſit agere de dolo *lege ſub prætextu inſtrumenti 19. Codice hoc titulo.* Non enim eſt in poteſtate tranſigentium facere vt actio ipſo iure ſublata reſſuſcitetur aut inducatur aliter quàm interueniente vno ex legitimis illis modis, quibus obligationes & actiones naſci placuit.

17. PAPINIANVS libro 2. Quæſtionum.

VEnditor hereditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam eſſe hereditatem, tranſegit, ſi emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotij debitori propter ignorãtiam ſuam [a] accommodanda eſt. ¶ Idem reſpondendum eſt & in eo, qui fideicommiſſam recepit hereditatem [b], ſi heres cum ignorante debitore tranſegit.

Ad l. vlt. venditor.

Ratio dubitandi. Emptor hereditatis habet ſuo nomine vtiles actiones aduerſus omnes debitores hereditarios, idque ex reſcripto Diui Pij *l. ſi cum emptore 16. ſup. tit. prox.* Ergo non debet ei nocere pactum initum inter venditorem & debitorem. Quamuis enim venditor hereditatis retinuerit penes ſe actiones directas, quas & emptori mandauit, ſemper tamen præfertur & potior eſt is qui ſuo nomine vtiles habet, quique ratione directarum factus eſt procurator in rem ſuam *l procurator 55. de procur.* Nam & dicimus mandatum factum procuratori in rem ſuam non poſſe reuocari nec morte finiri *l. illam 33. Cod. de don.* adeóque ſi mandator ſine herede deceſſerit, ſuccurrendum eſt mandatario per vtilem actionem euaneſcente directa *l. 1. C. de oblig. & act.*

Rat. decid. Venditio hereditatis licèt faciat vt emptor ex reſcripto D. Pij vtiles actiones habeat, nõ tamẽ auffert directas venditori, quas neceſſe eſt vt inuitus quoque retineat, cùm inuitus remaneat heres qui ſemel fuit *l. 2. C. de hered.*

hered. vel a. l. vend. vbi ſcriptum eſt ob hanc cauſa actiones omnes hereditarias & actiuas & paſſiuas penes eum remanere. Cùm itaque in ipſius iure & poteſtate ſit vt debitores hereditarios conueniat, illud etiam conſequens ſit vt in debitorum poteſtate eſſe debeat ei ſoluere impunè *l. quod autem* . *§. apud Labeonem. quæ in fraud. credit.* Niſi emptor vel iis denunciauerit ne ſoluerent, vel, quod fortius eſt, cum iis litem ſit conteſtatus *leg. 3. Codice de nouat.* Eadem ergo ratione permittendum iis eſt vt cum venditore tranſigant, quia eſſet abſurdum non poſſe quem tranſigere cum vero ſuo creditore, cui poſſit cogi ſoluere. Niſi quod ſolutio, cùm ſit legitimus modus tollendæ obligationis, liberat ſoluentem ipſo iure etiamſi ſciuerit, venditam fuiſſe hereditatem, id non reſcinderit ab ipſo emptore per denunciationem aut litis conteſtationem, etiamſi partem aliquam debiti iam ei ſoluiſſe proponatur *d. l. 3. & 4. C. de nouat. l. nomen 4.* ibi, *nondum certior à te factus. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Tranſactio verò cum venditore facta, quia non eſt legitimus modus tollendæ obligationis, ſi non acceptilatio interuenerit non liberat debitorem tranſigentem, ne quidem per exceptionem, ſi quoquomodo ſciuerit, id eſt, ab alio etiam quàm ab ipſo emptore venditam fuiſſe hereditatem, vt conſtat ex hac lege in qua Papinianus non alia ratione mouetur vt admittat debitori, qui cum venditore tranſegit, accommodandam eſſe exceptionem tranſacti negotij, quam propter ignorantiam ſuam, id eſt, ne ipſius ignorantia iuſta & probabilis ei captioſa ſit. Atqui non poteſt ignorantiam obtendere is qui quomodo ſciuit. Scripſi latiſſime de his omnibus *lib. 12. Coniect.* & ad *d. l. ſi cum emptore 16. ſupr. tit. 1.*

a *Propter ignorantiam ſuam.* Ratio dubitandi. Ignorantia vnius, etiamſi pupillus ſit, cui nihil omnino poteſt imputari, non debet eſſe alteri captioſa, præſertim creditori *leg. quod autem 6. §. ſi quid cum pupillo. quæ in fraud. credit.* Ergo nihil intereſt creditoris eiuſdémque emptoris hereditatis, qui vtiles actiones ex perſona ſua habet, an debitor hereditarius ſciuerit, an ignorauerit venditam fuiſſe hereditatem. Nec enim quiſquam ſiue ſciens, ſiue ignorans poteſt facto ſuo alteri adimere actionem iam quæſitam *leg. Granius 71. §. penultimo de fideiuſſ.*

Ratio decidendi. Ignorantia vnius non debet eſſe captioſa alteri, cui nihil poſſit imputari, præſertim ſi ea ratione eueniret vt ipſi ignoranti lucroſa eſſet, vt in *dict. §. ſi quid cum pupillo.* At in propoſito debitor hereditarius, quem ponimus ignorantem tranſegiſſe cum creditore ſuo vero eodémque venditore hereditatis, non certat de improbo lucro captando in fraudem alterius, ſed de eo retinendo quod per licitam iuſtámque tranſactionem ſibi acquiſiuit. Nec enim poteſt quicquam ei imputari cur cum eo tranſegerit, quem ſciebat verum eſſe ſuum creditorem, aut cur non diuinauerit ab eo venditam fuiſſe alteri hereditatem *l. ſi putator 31. in fin. ad leg. Aquiliam. leg. 4. §. illa etiam quæſtio de doli mali exception.* Venditio ſiquidem facti eſt. *leg. conſilio 7. §. vltimo de curat. fur.* Facti verò alieni ſemper iuſta & probabilis eſt ignorantia *lege vltima pro ſuo.* iunct. *leg. quanquam 7. ad Senatuſconſultum Velleianum.* quæ proinde ignorantem excuſare debet *lege vltima §. vltimo de legat. 2. leg. 1. §. vltimo depoſi.* Maximè cùm ſit quod imputetur emptori hereditatis, cur non fuerit diligentior in denunciando debitori hereditario ne ſolueret, aut in lite cum eo conteſtanda *dicta lege 3. Codice de nouat.* Cæterum hæc diſtinctio, An debitor hereditarius ſciuerit, an ignorauerit venditam fuiſſe hereditatem, non cadit niſi in eum caſum quo facta ſit tranſactio cum venditore poſt venditionem. Nam pactum quodlibet venditoris hereditatis factum ante venditionem, emptori quoque omnimodo nocere certum eſt *lege ſi patronus 55. §. vltimo ad Senatuſconſultum Trebellianum. leg. ſicut 8. §. 1. quibus modis pign. vel hypoth. ſolut. lege ſi à te 9. §. vltim. de except. rei iudic.*

b *In eo qui fideicommiſſam recepit hereditatem.* Vt ſcilicet pactum à debitore hereditario ignorante fideicommiſſi reſtitutionem factum cum herede noceat etiam fideicommiſſario.

Ratio dubitandi & decidendi eadem eſt quæ ad ſpeciem præcedentem, quia directas actiones habet heres, vtiles fideicommiſſarius *leg. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano. & paſſ. ad Senatuſconſultum Trebell.* Dixi ad *d. l. 16. ſup. tit. prox.*

LIBER TERTIVS.

DE POSTVLANDO.

VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

HVNC titulum prætor propoſuit habendæ rationis cauſa, ſuæque dignitatis tuendæ, & decoris ſui cauſa: ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtuletur.

1 ¶ Ea propter tres fecit ordines: nam quoſdam in totum prohibuit poſtulare: quibuſdam, vel pro ſe permiſit: quibuſdam & pro certis dumtaxat perſonis, & pro ſe permiſit.

Ad lib. 3. Pandectarum. Tit. 1. De poſtulando.

Ratio dubitandi. Permiſſum eſt cuilibet ſui ingenij fiduciam habenti vt de iure publicè reſpondeat, neque id tam peti quàm præſtari ſolet, vt Imperator Hadrianus dicebat, quem Pomponius refert in *leg. 2. §. penult. de orig. iur.* quamuis ex autoritate Imperatoris de iure reſponderent qui publicè reſpondebant, vt ibidem ait Pomponius. Ergo multò magis permittere prætor debet vt apud ſe quilibet poſtulet, cùm poſtulare proprium ſit eorum qui de iure reſpondendi peritiam & autoritatem habent *§. initium 7. hac lege.*

Ratio decidendi. Æquiſſimum fuit prætorem habere rationem ſuæ dignitatis, eamque tueri quantum poſſet. Ad quam ſanè illud maximè pertinebat, ne ſine delectu paſſim quemlibet apud ſe poſtulare pateretur. Alios enim propter ſexum, alios propter mores, aut aliis ex cauſis, de quibus in hoc titulo agitur, conueniens fuit arceri à poſtulando, ne ipſorum qui poſtularent ſiue infamia, ſiue mala conditio prætoris maieſtatem labefactaret, atque ita debitam ipſi reuerentiam diminueret. Difficile enim eſt vt cuius perſona deſpicitur, eius dignitas ſuſpiciatur *l. obſeruandum 9. de offic. præſid.* Aliam dubitandi rationem adferebat Bartolus quòd apud Deum non ſit acceptio perſonarum ex cap. *Nouell. 5. de monach.* Sed eam nos Theologis relinquimus qui iuriſprudentiam tractamus.

Ad

Ad §. 1. Ea propter.

Ratio dubitandi. Edictum hoc non aliam cauſam habet, quàm tuendæ dignitatis prætoris, vt proximè dictum eſt. Atqui dignitas prætoris quæ indiuidua eſt, non recipit iſtas diſtinctiones. Ad eam enim hoc quoque pertinet, vt qui ex aliqua iuſta cauſa prohibentur pro omnibus poſtulare, nec pro certis perſonis, adeóque nec pro ſe poſtulare poſſint: præſertim cùm fieri nequeat vt deſint per quos ipſi defendi poſſint. Ergo non debuit edictum huiuſmodi diſtinctionem inducere, eorum qui in totum poſtulare prohibentur, & eorum qui pro ſe tantùm poſtulare permittuntur. Et denique illorum quibus poſtulare licet pro ſe, & pro certis dumtaxat perſonis.

Ratio decid. Variæ ſunt cauſæ ex quibus poſtulare quis per edictum prohibetur, & earũ aliæ aliis longè grauiores. Diuerſa item conditio perſonarum, & rerum de quibus poſtulari oporteat. Benè igitur ac prudẽter prætor, vt omnia, hoc quoque conſtituit, vt pro perſonarum, rerum & cauſarum diuerſitate aliter atque aliter prohiberentur poſtulare illi qui paſſim & pro omnibus poſtulare non poſſent. Sunt enim ſanè fauorabiliores illi qui pro ſe quàm qui pro aliis poſtulandum habent. Adeò vt ipſis quoque ſeruis, qui ab omnibus iuris noſtri actibus arcentur, ſi quando tamen condemnati ſint, & neque dominus, neque alius quiſquam pro iis appellare velit, triſte appellationis auxilium non denegetur *l. ſerui 15. de appellat.* Ex iis autem qui pro alio poſtulare velint, certum eſt fauorabiliſſimos eſſe illos, qui pro coniunctis perſonis, putà pro parentibus aut liberis, poſtulare volunt. Nam & hoc caſu permittitur agere ſine mandato oblata cautione de rato, quod aliis perſonis non licet *lege ſed & hæ perſonæ 35. infra de procurat. lege exigendi 12. Codice eodem.*

2 ¶ Poſtulare autem eſt, deſiderium ſuum vel amici ſui, in iure [a] apud eum, qui iuriſdictioni præeſt, exponere: vel alterius deſiderio contradicere.

Ad §. 2. Poſtulare.

a *In iure.* Id eſt, pro tribunali *lege 4. §. penultimo de damn. infect.*

Ratio dubitandi. Etiam apud pedaneos iudices poſtulatur, & qui publico iudicio damnati ſunt, etiam apud pedaneos iudices poſtulare prohibentur *§. remouet. verſ. item inf. hac lege.* Atqui iudices pedanei tribunal non habent, quia nec iuriſdictionem habent, ſed tantùm notionem & iudicationem *l. aut prætor. 5. de re iudic.* Ergo non debuerunt hæc verba poni in definitione.

Ratio decidendi. Hæc definitio pertinet ad poſtulationem, de qua in hoc edicto agitur. Edictum autem non de pedaneis judicibus locutum eſt, ſed tantùm de prætore aliiſque prætori ſimilibus magiſtratibus, id eſt, qui prætori æquales aut prætore maiores ſunt in vrbe, putà præfectus vrbi, ad quem à prætore appellatur *leg. Æmilius 38. de minor.* aut prætoris vicem gerunt in prouinciis, cuiuſmodi ſunt proconſules & præſides *leg. nec quicquam 9. §. circa aduocatos de officio procon.* iunct. *l. ſi in aliam 7. §. vltim. cum leg. ſequent. eod. leg. ex omnibus 12. cum duabus ſequentib. de offic. præſid.* Ob eámque cauſam fuit neceſſarium Senatuſconſultum, de quo in *dict. §. remouet.* vt remouerentur à poſtulando apud pedaneos iudices ii qui iudicio publico damnati eſſent, quia ſcilicet edictum prætoris neque de pedaneis iudicibus locutum fuerat, neque ad eos porrigi poterat. Eorum ſanè qui mandatam a prætore aut alio magiſtratu iuriſdictionem exercent, alia ratio eſt. Hi enim funguntur vice & partibus eius qui mandauit, & ſimiliter ius dicunt pro tribunali, & dant iudices *leg. 1. §. qui mandatam. leg. 3. de off. eius cui mand. leg. ſolet 16. & ſeq. de iuriſd. leg. cùm prætor 12. § 1. de iudic.* Reliqua huius definitionis ſunt aperta. Ex quibus apparet quam excellens ſit munus poſtulandi. Quod ait *exponere deſiderium*, requirit eloquentiam in eo qui poſtulat. Quod addit, *vel amici* fidem, *in iure* audaciam *apud eum qui iuriſdictioni præeſt*, grauem modeſtiam, *vel alterius deſiderio contradicere*: prompti ingenij ſubtilitatem. Poſtulandi verbum longè aliter Canoniſtæ accipiunt in *tit. de poſtul. prælat.*

3 ¶ Initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur poſtulare, in quo edicto aut pueritiam, aut caſum excuſauit [a]. ¶ Pueritiam, dum minorem annis decem & ſeptem [b], qui eos non in totum complerit [c] prohibet poſtulare; quia moderatam hanc ætatem ratus eſt ad producendum in publicũ, qua ætate, aut paulò maiore fertur Nerua filius & publicè de iure reſponſitaſſe. ¶ Propter caſum, ſurdum, qui prorſus non audit [d], prohibet apud ſe poſtulare: nec enim erat permittendum ei poſtulare, qui decretum prætoris exaudire non poterat, quod etiam ipſi erat periculoſum futurum: nam, non exaudito decreto prætoris, quaſi non obtemperaſſet, pœnâ vt contumax plectetur.

Ad §. 3. Initium.

a *Excuſauit* Edictum enim eſt prohibitorium & ideò quos non excuſat prætor accuſat, cùm alioqui omnes ad poſtulandum admitti deberent.

b *Pueritiam, dum minorem annis decem & ſeptem.* Ratio dubitandi. Ante eam ætatem creditur homo habere iudicij quantum ſatis eſt, non ſolùm ad ſe obligandum, ſed etiam ad teſtandum de bonis ſuis omnibus, dummodò exceſſerit annum decimumquartum *leg. à qua ætate 5. inf. qui teſtam. facer. poſſ. leg. puberes 101. de verborum obligatione.* Multò magis permittendum igitur ei eſt vt ſiue pro ſe, ſiue pro alio poſtulet. Longè enim plus iudicij requiritur in teſtando quàm in poſtulando. Certè plus eſt teſtari quàm poſtulare, quoniam qui teſtatur facit legem *l. verbis legis 120. de verborum ſignificatione. leg. qui in teſtamento 14. qui teſtament. facer. poſſ.* Cui autem licet quod plus eſt, vtique licere debet etiam quod eſt minus *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Teſtamentum licet ſit actus ſolemnis & præcipui inter omnes hominum actiones momenti, fit tamen intra priuatos parietes, non in publico, vt & contractus omnes, ideóque nihil niſi iudicium requirit teſtantis hominis, aut ſe obligantis. At poſtulatur in publico & apud prætorem adſtante magna hominum, vt plurimùm grauiſſimorum corona, apud quos deſiderium ſuum & animi ſui benè exponere, aut alieno deſiderio contradicere, cum ea qua decet modeſtia, eloquentia & prudentia difficile ſanè eſt, nec eius qui ſit vnus ex multis, ſed qui & ingenij & animi non minus habeat, quàm modeſtiæ: quæ res vix eſt vt cadat in eum qui minor ſit anno decimoſeptimo. Ante quam ætatem nec aliena negotia etiam procuratorio nomine benè tractare quiſquam creditur *§. iuſta autem in fi. Inſt. quib. ex cauſ. manum. non licet.* iunct. *l. ſi collactaneus 13. de manum. vin.* In ſumma prætor hanc ætatem moderatam eſſe ratus eſt ad producendum in publicum: qua ætate aut non multò maiore fertur Nerua filius etiam publicè de iure reſponſitaſſe, hoc eſt, frequentiſſimè reſpondiſſe. Quòd ſi ratio hæc minùs ſatisfaciat & vrgeas, Cur decimumſeptimum potiùs quàm decimum octauum ætatis annum prætor expreſſerit, dicam eſſe hoc iuris conſtituti, & ex eorum genere, quorum

rum ratio certa & concludens reddi non poteſt *l. non omnium 20. de legibus.* Poteſt ergo minor annis viginti-quinque, dummodo decimum ſeptimum exceſſerit publice poſtulare, de iure reſpondere, & ita doctor eſſe, quamuis non ſit alioqui defenſor idoneus *l. 12. C. de procur.* Aliud enim eſt aliquem defendere, quod fit ſubeundo vicem ipſius *l. minor 51. in prin. & §. 1. eod.* Aliud pro alio poſtulare, quod non fit niſi lingua, fide & induſtria, & in quo nullum bonorum minoris periculum verſatur. Sibi enim debet imputare qui talem cauſæ ſuæ patronum elegerit, ſi potuit habere potiorem. Sanè pro ſe minor in iudicio ſtare non poteſt ſine curatore non magis quam pupillus *l. 1. & 2. C. qui leg. perſ. in iudic. ſtand.* Rideo autem cum video Accurſ. hic dubitare, An Aduocatos neceſſe ſit literas ſcire. Et illud magis, quod concludit, non eſſe neceſſe, quaſi ſint illi ſimiles iudicibus illis antiquis, qui iuris peritiam nullam profitebantur, ſed ex Adſeſſorum ſuorum conſilio, qui iuriſperiti erant, iudicabant. Non enim ſimiliter Aduocati & qui poſtulant, per alios munus ſuum implere poſſunt. Requirit enim perſonalem poſtulantis induſtriam, fidem, diligentiam. Itaque contra Accurſium bene Bartolus & alij concludunt ex *leg. 2. l. quiſquis & paſſ. C. de poſtul. l. neminem C. de aduoc. diuerſ. iudic.*

c *Qui eos non in totum compleuit.* Ratio dubitandi. In fauorabilibus annus cœptus habetur pro completo *leg. à ventre 5. de ann. leg. l. qui filium 74. §. vltimo ad Senatuſconſultum Trebellianum. leg. diem functo 4. de offic. adſeſſ.* Atqui fauorabile eſt, vt quis pro alio poſſit poſtulare, cùm id non ſolùm honorificum ſit poſtulanti, ſed etiam vtile ei pro quo poſtulatur, adeóque reipublicæ, quia publice intereſt à pluribus quem defendi *lege 4. de oper. noui nunciat. lege 1. & 2. de negot. geſt.* Ergo cùm præſtitutus ſit à prætore ad poſtulandum annus decimus ſeptimus, ſufficiet eum attigiſſe.

Ratio decidendi. Quoties tempus adiicitur pro forma & ſolemnitate alicuius actus, computantur tempora de momento in momentum, etiamſi ea computatione fiat vt impediatur aliquid quod alioquin eſſet fauorabile, vt pota reſtitutio minoris *lege 3 §. minorem de minoribus, aut libertus l. 1. de manumiſſ.* In propoſito autem non minùs fauorabile eſt vt prætoriæ dignitatis ratio habeatur, quæ potiſſima ratio eſt edicti, quàm vt quis ante tempus ad poſtulandum admittatur. Quam in rem non fauore opus eſt, ſed prudentia, eloquentia, probitate, honeſtate, iuris peritia, & aliis huiuſmodi, quæ ante completum decimum ſeptimum annum vix ac ne vix quidem parari poſſunt. Sic & in §. *iuſta autem in fin. Inſtitut. quib. ex cauſ. manum. non licet.* impletum oportet eſſe annum decimum ſeptimum, & cœptum decimum octauum. Vnde eſt quod in eadem ſpecie loquitur I. C. de anno decimooctauo, non vt eum impletum eſſe oporteat, ſed vt ſufficiat attigiſſe.

d *Surdum, qui prorſus non audit.* Ratio dubitandi. Poſtulare nihil aliud eſt quàm deſiderium ſuum, vel amici ſui in iure apud prætorem exponere, vel alterius deſiderio contradicere *§. poſtulare ſup.* aut petere pro tribunali vt ait *lege 4. §. penultimo de damno infect.* Atqui in eam rem ſermone tantùm, non etiam auditu opus eſt. Ergo cùm ſurdus poſſit loqui, conſequens eſt vt poſtulare poſſit, arg. *l. 1. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Non fuit ei permittendum poſtulare, qui decretum prætoris exaudire non poterat, quod etiam ipſi erat periculoſum. Nam non exaudito decreto prætoris, quaſi non obtemperaſſet, pœna vt contumax plecteretur. Et ſanè vbicunque ſermone opus eſt, & agitur res inter duos, non magis poteſt ſurdus admitti quàm mutus *dicta lege 2. de verborum obligatione. lege penultima. §. 1. de legit. tut.* ſed in iis tantùm rebus, in quibus ſermone opus non eſt *lege in quibuſcunque 48. de obligat. & action. lege mutus 43. infra de procurat.* Atqui in iure & apud prætorem non poteſt negotium expediri, niſi etiam prætore loquente. Ergo admitti ſurdus ad poſtulandum nec debuit, nec potuit. Nam & qui præſens eſt & non audiens, habetur pro abſente *lege dum proferro 27. paragrapho coram de recept. qui arbitr. lege coram 209. de verborum ſignificatione.* Nemo autem abſens poſtulat.

4 ¶ Ait prætor, *ſi non habebunt aduocatum, ego dabo* [e]: nec ſolùm his perſonis hanc humanitatem [f] prætor ſolet exhibere, verùm & ſi quis alius ſit [g], qui certis ex cauſis, vel ambitione aduerſarij, vel metu patronum non inuenit.

Ad §. 4. Ait prætor.

e *Si non habebunt aduocatum ego dabo.* Aduocatus ergo eſt qui non pro ſe, ſed pro alio poſtulat. Et ita quiſquis aduocatus eſt, poſtulat, ſed non quiſquis poſtulat aduocatus eſt.

Ratio dubitandi. Aduocatus dicitur, qui vocatus eſt ab alio vt ei adſit. Ergo non datur à prætore, ſed à litigatore eligitur.

Ratio decidendi. Non ait prætor ſimpliciter & indiſtinctè ſe daturum aduocatum, ſed ſub hac conditione *ſi non habebunt*, quia durum & inhumanum fuiſſet iis non proſpici, qui per ſeipſos, & pro ſeipſis poſtulare prohibeantur.

f *Hanc humanitatem.* Sed quænam humanitas eſt, quæ ſi non eſſet, mera eſſet immanitas & iniquitas, vt proximè diximus? Reſpondeo humanitatem prætoris in eo eludere, quod promittit daturum ſe aduocatum vltrò, id eſt, etiamſi non petatur. Nec enim requirit vt eo nomine interpelletur *lege nec quicquam 9. §. aduocatos ſupr. de off. proconſ.*

g *Verum & ſi quis alius ſit.* Ratio dubitandi. Non ſtat per præturem, quominus poſſint iſti per ſeipſos & pro ſeipſis poſtulare. Ergo non debet curare prætor, an aduocatum habeant, néene: præſertim cùm quiſquis aduerſario ſuo ſubtrahit dolo malo patis defenſionis copiam, hoc ipſo oſtendat procul dubio iniquam à ſe litem foueri, & ideò cauſa cadere potiùs debeat *l. prouidendum 7. Cod. hoc tit.*

Ratio decidendi. Neminem per aduerſarij ſui potentiam opprimi oportet. Hoc enim etiam ad prætoris aut eius, qui prouinciæ præeſt, inuidiam ſpectat, ſi patiatur quem tam impotenter ſe gerere, vt omnes metuant aduerſus eum ſuſcipere aduocationem *dicto paragrapho aduocatos.* Dare igitur aduocatum prætor debet omnibus qui non habent, præſertim petentibus, ſed iis maximè, qui vel ambitione, vel metu aduerſarij patronum non inueniunt.

5 ¶ Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne poſtulent: in quo edicto excepit prætor ſexum & caſum: item notauit perſonas in turpitudine notabiles. ¶ Sexum, dum fœminas prohibet pro aliis poſtulare [b]: & ratio quidem prohibendi, ne, contra pudicitiam [c] ſexui congruentem, alienis cauſis ſe immiſceant: ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo verò introducta eſt à Carfania [d] improbiſſima fœmina [e]: quæ inuerecundè poſtulans, & magiſtratum inquietans, cauſam dedit edicto. ¶ Caſum, dum cæcum [f] vtriſque luminibus orbatum prætor repellit: videlicet quod inſignia magiſtratus videre, & reuereri non poſſit. Refert etiam Labeo, Publicum cæcum, Aſprena-

tis Nonij patrem, auerſa ſella, à Bruto deſtitutum, cùm vellet poſtulare. Quamuis autem cæcus pro alio poſtulare non poſſit: tamen & ſenatorum ordinem retinet [f], & iudicandi officio fungetur [g]. Numquid ergo & magiſtratus gerere poſſit [h]? ſed de hoc deliberabimus: extat quidem exemplum eius, qui geſſit. Appius denique Claudius cæcus conſiliis publicis intererat, & in ſenatu ſeueriſſimam dixit ſententiã de Pyrrhi captiuis. Sed melius eſt, vt dicamus retinere quidem iam cœptum magiſtratum poſſe: adſpirare autem ad nouum penitus prohibere, ídque multis comprobatur exemplis.

Ad §. 5. Secundo loco.

a *Excepit ſexum & caſum.* id eſt, excuſauit ne alioqui notaſſe videretur, vt dixi ad §. 3. ſ.

b *Pro aliis poſtulare.* Ergo fœminas pro ſeipſis poſtulare permittit prætor.

Ratio dubitandi. Contra pudicitiam ſexui congruentem eſt, vt mulier tractandis in iure cauſis etiam proprijs ſe immiſceat, & virili officio fungatur. Præſertim cum dubitandum non ſit minùs ſeruaturam modum fœminam cùm propriam cauſam tractabit quàm ſi tractaret alienam vt ſolent homines etiam prudentiores in rebus ſuis agitandis minùs ſibi imperare quàm in tractandis alienis. Quam ob cauſam benè conſtitutum eſt moribus noſtris, ne quis pro ſeipſo poſtulare poſſit, ſed quantæcunque ſit probitatis & doctrinæ aduocatum quærere aut ſi non inueniat petere cogatur.

Ratio decidendi. Alienam quidem ſuſcipere defenſionem virile officium eſt. *leg. alienam* 18. *C. de procur.* ideóque mulieribus interdictum. *leg. qui abſente* 4. *eod. leg.* 2. *de regulis iuris.* ſed propriam litem tractare officium cuiuſque eſt, & in quacunque perſona honeſtum. Nemini enim rei ſuæ bene gerendæ occaſio auferenda eſt, quod nec niſi iniquè fieri poſſet. *dicta lege qui abſente.* & *lege qui ſtipendia* 9. *in fine. Codic. eodem tit. de procurat.* Melius tamen & conſultius eſt vt per alium etiam maſculi & Doctores poſtulent quàm per ſeipſos, ne quid per iram & excandeſcentiam excidat, quod temerè aut improbe dictum magiſtratus dignitatem poſſit lædere, ob idque præſenti ſeueraque animaduerſione ſit vindicandum. *leg. nec quicquam* 9. §. *circa aduocatos de offic. procons.* Id enim agendum ſemper eſt quantum fieri poteſt, ne delinquendi materia præbeatur potiùs quàm vt delictum vbi perpetratum erit puniatur. arg. *leg.* 5. §. 1. *de pact. dotal. l. non eſt ſingulis* 176. *de reg. iur. l. vlt. Cod. de tempor. in integr. reſtit.*

c *Contra pudicitiam.* Ratio dubitandi. Officium non tantùm neceſſarium eſt in repub. ſed etiam honeſtum & laudabile. *leg. aduocati* 14. *Cod. de aduoc. diuerſ. iudicior. leg. laudabile* 4. *Cod. de aduoc. diuerſ. iudic.* Ergo non fuit fœminis interdicendum, præſertim cùm non eſſet verendum ne ipſarum pudicitia in iure, id eſt, coram prætore attentaretur.

Ratio decidendi. Honeſtum & laudabile officium eſt in maſculis, ſed non in fœminis, quas ne quidem in publico comparere honeſtum eſt, propter ſexus verecundiam, vt hæc lex ait.

d *A Carfania improbiſſima fœmina.* Ratio dubitandi. Abſurdum & iniquum eſt ob vitium, & improbitatem vnius perſonæ, toti ſexui damnum notámque irrogari, cùm neque vni per alterum iniqua debeat conditio inferri. *lege non debet alteri* 74. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Vitium quidem hoc fuit perſonæ, ſed quod profectum eſt à ſexu, nec arcentur fœminæ a poſtulando quòd Carfania ob improbitatem & impudentiam ſuam arcenda fuerit, ſed quia viſum eſt contra ſexus verecundiam eſſe vt fœminis poſtulare concedatur. Sic Macedo filiusfamilias & adoleſcẽs improbiſſimus cauſam dedit SC. Macedoniano quod de filiusfamilias omnibus factum eſt. *l.* 1. *de SC. Maced.* quia ſceleris cauſam ex conditione ſua deſumpſerat, quod filiusfamilias fuiſſet eo tempore quo æs alienum contraxerat, nec niſi morte parentis potuiſſet habere vnde ſolueret. Itaque etiamſi proponas honeſtiſſimam fœminam eſſe quæ poſtulare velit, nihilo tamen magis ei permittetur, quia vt benè hic noſtri tradunt, fuit hæc cauſa impulſiua non finalis. Ceſſante autem cauſa impulſiua alicuius diſpoſitionis non idcirco ceſſat diſpoſitio.

e *Caſum dum cæcum.* Ratio dubitandi. Cæcus & ſenatorium ordinem retinet, & iudicandi officio fungi poteſt vt hic ſubijcit Vlpianus in *l. cæcus* 6. ſ. *de iudic.* qui locus ex hoc ſumptus eſt vt vtriuſque inſcriptio demonſtrat. At qui plus eſt iudicare adeóque ſenatorem eſſe, quàm poſtulare. Ergo & poſtulare cæco permittendum fuit.

Ratio decidendi. Propria & ſpecialis ratio eſt quæ cæcum arceat à poſtulando: nempe quòd inſignia magiſtratus, ſellam, faſces videre & reuereri non poſſit. Quæ ratio non habet locum ad arcendum ſimiliter cæcum à ſenatoria dignitate & ab officio iudicandi, aut ab autoritate præſtanda pupillo cuius ipſe ſit tutor. *l. etiamſi* 16. *de auto. & conſ. tut.* aut ab honore decurionatus. *l. infamia* 8. *Cod. de decur. lib.* 11. *tit.* 31.

f *Senatorium ordinem retinet.* Ratio dubitandi. Turpe & deforme eſt in Senatu videre cæcum adſidentem. Pertinet enim ad decorem Senatus vt in ſingulis ſenatoribus mira eluceat dignitas, nec ferè minùs corporis quàm animi præſtantis excellentia vt ſit maiori venerationi, pulchriórque veniens e pulchro corpore virtus. Nam & Perſas proditum eſt, ne luſcum quidem ad Principatum admiſiſſe, vt ex Procopio Gothofredus hîc notat.

Ratio decidendi. Iniquum eſſet & abſurdum amittere dignitatem ob caſum ſuperuenientem qui commiſeratione dignior ſit quàm pœna. *dicta lege infamia* 8. *Codice de decur.*

g *Et iudicandi officio fungetur.* Etiamſi cæcus fuerit antequam iudex daretur, vt pro Duareno contra Accurſium diſputabimus ad *d. l. cæcus* 6 ſ. *de iudic.*

h *Numquid ergo & magiſtratus gerere poſſit.* Vereor ne tota hæc adiectio vſque ad finem paragraphi ſit Triboniani. Cùm enim proximè dictum ſit cæcum retinere Senatorium ordinem, non erat quærendum an magiſtratum gerere poſſit) an non enim magiſtratum gerit qui ſenatorium ordinem retinet, id eſt, qui non tantùm ſenatoriam dignitatem habet, eo modo quo habent etiam liberi & vxor ſenatoris. *leg. filiam* 9. *de leg.* verùm etiam ordinem, vt publicè & in ipſo Senatu ſedeat inter ſenatores?) ſed vt ſcriptum eſt in fine paragraphi an poſſit aſpirare ad nouum magiſtratum. De quo ſolo deliberandum ſupererat, vt vtar verbis Triboniano familiaribus, quàm Vlpiano. Nam & ſolet Tribonianus opiniones ſuas inſerere captata occaſione per quæſtiunculas, vt hic factum eſt adiectis ſuperuacuo verbis illis, *ſed de hoc deliberabimus.* Nec minus ſuperuacuum eſt quod additur, *extat quidem exemplum eius qui geſſit.* Sufficiebat enim dicere *Appius quidem Claudius.* Erat enim conuenientior illa coniunctio *quidem* quàm ea qua Tribonianus vſus eſt *denique.* quaſi iam multa aut ſaltem aliquid dixiſſet, qui nihil dum dixerat. At omnium apertiſſimè Tribonianum detegit vulgaris illa concluſio, *ſed melius eſt vt dicamus*, vt & in *lege quamuis* 6. *de pignor. act. melius eſt autem dici.* & alibi paſſ. Item quod diſtinguitur. *retinere quidem, &c.* Nam prudentes noſtri rariſſimè diſtinguunt, Tribonianus ferè ſemper. Videamus autem quàm malè concepta diſtinctio ſit. Prior concepta eſt verbis paſſiuis ad cæcum relatis, *retinere quidem iam cœptum magiſtratum poſſe.* Poſterior autem verbis actiuis ad legem ipſam non ad cæcum referendis, *aſpirare autem ad nouum penitus prohibere*, cum ſcribi potius debuiſſet in

paſſiuo

paſſuro *prohiberi.* Denique quod addit, idque multis comprobatur exemplis falſum eſt. Nam neque vllum exemplum in hiſtorijs eſt quod poſſis opponere exemplo Appij Claudij, quem conſtat cæcum fuiſſe, priùs etiam quam Senator fieret. Neque ratio publicæ vtilitatis patitur, vt qui Senatoria dignitate alioquin digniſſimus ſit, ob id ſolum prohibeatur Senatum ingredi quòd ſit cæcus. Cùm & iudicandi officio cæcus fungi poſſit, vt iam diximus ex *dicta lege cæcus 6. de iudic.* Iudicium enim ab vno iudice lumen accipit, at non totus Senatus ab vno Senatore, longéque minùs indecorum eſt, vt inter multos Senatores cæcus ſedeat, quàm vt ſolus iudicet is qui cæcus eſt. Quanquam nec Senator magiſtratus eſt, ſed Senatus ipſe, quominùs conueniens fuit exemplum adferre de Senatore cæco, cùm quæreretur an cæcus magiſtratum gerere poſſet.

6 ¶ Remouet autem à poſtulando pro aliis & eum qui corpore ſuo muliebria paſſus eſt. Si quis tamen vi prædonum, vel hoſtium [a] ſtupratus eſt, non debet notari, vt & Pomponius ait.

¶ Et qui capitali crimine damnatus eſt [b], non debet pro alio poſtulare [c].

¶ Item Senatuſconſulto etiam apud iudices pedaneos [d] poſtulare prohibetur calumniæ publici iudicij [e] damnatus.

¶ Et qui operas ſuas, vt cum beſtiis depugnaret [f], locauerit.

¶ Beſtias autem accipere debemus ex feritate magis, quàm ex animalis genere: nam quid, ſi leo ſit, ſed manſuetus, vel alia dentata manſueta? ergo qui locauit, ſolus notatur; ſiue depugnauerit, ſiue non. Quòd ſi depugnauerit, cùm non locaſſet operas ſuas, non tenebitur: non enim, qui cum beſtiis depugnauit tenebitur: ſed qui operas ſuas in hoc locauit.

¶ Denique eos, qui virtutis oſtendendæ cauſa hoc faciunt ſine mercede, non teneri aiunt veteres: niſi in arena paſſi ſunt ſe honorari [g]: eos enim puto notam non euadere.

¶ Sed ſi quis operas ſuas locauerit, vt feras venetur: vel vt depugnaret feràm quæ regioni nocet [h], extra arenam [i]: non eſt notatus.

¶ His igitur perſonis quæ non virtutis cauſa beſtiis pugnauerunt, pro ſe prætor permittit allegare, pro alio prohibet. Sed eſt æquiſſimum, ſi tutelam, vel curam huiuſmodi perſonæ adminiſtrêt [k], poſtulare eis pro his, quorum curam gerunt, concedi. Qui aduerſus ea [l] feciſſe monſtretur, & pro aliis interdicta poſtulatione repellitur, & pro æſtimatione iudicis extra ordinē pecuniaria pœna multabitur.

Ad §. 6. Remouet.

Ratio dubitandi. Capitalis pœna eſt huius tanti delicti. *leg. cum vir 31. Cod. ad leg. Iul. de adult.* Ergo non poteſt locus eſſe quæſtioni, an arceri debeat à poſtulando is qui mortis reus eſt.

Ratio decidendi. Non erat his temporibus crimen iſtud capitale ante conſtitutionem Imperatoris Conſtantini, qui, vt primus Imperator Chriſtianus fuit, ita eam legem Chriſtianiſſimo Principe digniſſimam primus tulit. Nec rurſus infamis erat quiſquam ex hoc delicto, vt neque ex alio vllo publicorum iudiciorum, niſi ſententia ſecuta. *leg. infam 7. de public. iudic.* Hodie poſt ſupradictam Conſtantini legem infamis eſt, non ſolùm qui huius criminis reus iam eſt, ſed & ille qui eſt futurus: quod extra crimen læſæ maieſtatis neſcio an in alio vllo vel conſtitutum ſit vel receptum.

a *Vi prædonum vel hoſtium.* Ratio dubitandi. Etiam coacta voluntas eſt voluntas *leg. ſi mulier 21. §. ſi metu* ꝫ. *quod met. cauſ.* quia maluiſſe hoc videtur. *leg. ſi patre cogente 21. de rit. nupt.* qui potiùs debent malle mori. *lege iſti quidem 8. §. quod ſi dederis quod met. cauſ.* Ergo non debet hic eſſe excuſatus, quominus ſaltem à poſtulando arceatur.

Ratio decidendi. Virginitas per vim ſtuprata duplex virginitas eſt præſertim apud Chriſtianos quibus non licet Lucretiæ exemplo ex ea cauſa vt neque ex alia vlla mortem ſibi conſciſcere. Nec paganorum quoque aliud iudicium fuit. *leg. fœdiſſimam 20. Cod. ad legem Iul. de adult.* Et ſanè delicta & peccata omnia vſque adeò ſunt voluntaria vt nec peccatum ſit quod non eſt voluntarium inquit B. Auguſt.

b *Et qui capitali crimine damnatus eſt.* Ratio dubitandi. Capitalis pœna non eſt, niſi quæ vel vitam adimit vel libertatem vel ſaltem ciuitatem. *le. capitalium 28. de pœn.* Ergo non poteſt locus ſupereſſe quæſtioni, an capitali crimine damnatus poſſit adhuc poſtulare.

Ratio decidendi. Intelligendus eſt hic locus de iis qui capitali ſupplicio ſic damnati ſunt, vt tamen executio ſententiæ ſuſpenſa ſit aliqua de cauſa, at quid ſi ſint poſtea reſtituti beneficio, & indulgentia Principis, de quibus in *tit. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Etſi enim reſtitutio reddit iis ciuitatem & famam. *l. 1. ill. tit. l. intercidit 59. de cond. & dem.* remanet tamen læſa exiſtimatio apud bonos & graues viros quoniam indulgentia quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ tantùm gratiam facit. *lege vltima. Codice de gener. abolit.* Teſtes tamen eſſe poſſunt. *lege 3. §. l. Iulia teſtib.* Ergo & poſtulare poſſunt, quia reſtitutio in integrum reddit famam quoque vt & cætera omnia. *dicta lege 1.* in eóque pleniorem effectum habet, quàm mera principis indulgentia. Difficile tamen reſtitutio in integrum impetrabitur. *§. deinde* ꝫ.

c *Pro alio poſtulare.* Ergo pro ſe poſtulare non prohibetur. Totus enim hic ſecundus ordo edicti de iis eſt qui pro ſe poſtulare poſſunt, pro aliis non poſſunt. *§. ſecundo loco ſuprà.*

d *Etiam apud Iudices pedaneos.* Ratio dubitandi. Edictum prætoris non loquitur niſi de poſtulando in iure & apud prætorem. Ergo non pertinet ad eos qui poſtulant apud iudices pedaneos.

Ratio decidendi. Ob eam nimirum cauſam neceſſarium fuit ſenatuſconſultum, de quo in hoc loco, cùm verba edicti non ſufficerent.

e *Calumnia publici iudicij.* Ergo qui in priuato iudicio calumniam feciſſe dicetur, non arcebitur à poſtulando, quia nec notatur infamia. *leg. 1.* ꝫ. *tit. prox. vbi dicam.*

f *Vt cum beſtiis depugnaret.* Ratio dubitandi. Qui cum feris beſtiis depugnat corporis vires, animíque virtutem oſtendit, adeò vt etiam qui ad beſtias damnati ſunt ſi eius roboris ſint vt indignè populo Romano exhiberi poſſint non priùs ſupplicio adficiendi ſint quàm Princeps conſulatur. *leg. ad beſtias 31. de pœn.* Non ergo debet infamia notari is qui operas ſuas ad depugnandum cum beſtiis locauit.

Ratio decidendi. Nemo notatur infamia ob id quod virtutis oſtendendæ cauſa cum feris beſtiis depugnauit, ſed is demum qui in eam rem operas ſuas locauit, virtutémque & vitam ſuam tam parui fecit vt eam certo pretio æſtimandam putauerit, *lege 3. §. le. Iulia de teſtib.* Idem

eſt ſi quis operas ſuas locauerit artis ludicræ cauſa dummodo prodierit in ſcenam, alioqui non notatur, quia non eſt ea res adeo turpis vt & conſilium puniri debeat. *l. 3.*]. *tit. prox.*

g *Niſi in arena paſſi ſunt ſe honorari.* Ratio dubitandi. Semper & in homine quolibet digna eſt virtus quæ honoretur, nec turpiter videri poteſt facere qui virtutem ſuam quam in arena oſtendit, etiam in arena honorari patitur. Ergo qui cum feris beſtiis depugnauit ſine mercede virtutis oſtendendæ gratia non debet notari etiamſi paſſus ſit in arena ſe honorari.

Ratio decidendi. Qui in arena paſſus eſt ſe honorari, videtur ea veluti mercede vanæ gloriæ & acclamationis populi operas ſuas locaſſe, ideóque non poteſt dicere ſe cum feris beſtiis depugnaſſe ſine mercede. Accepit enim mercedem ſuam, vt in Euangelio ſcriptum eſt de hypocrita. Gloria ſequi non appeti debet, vt dicebat Plinius, multóque maiore animo fructus honeſtatis & virtutis in conſcientia quàm in fama aut in pecunia reponuntur.

h *Quæ regioni nocet.* Ratio dubitandi. Hic quoque etſi honeſtè fecit in eo quod feram depugnauit quæ regioni nocebat, fecit tamen turpiter quod in eam rem operas ſuas locauit, cùm id facere debuerit ſolo virtutis oſtendendæ ſtudio, & vt publicè prodeſſet. Ergo perinde notari debet ac ſi operas ſuas certa mercede locaſſet ad quamlibet aliam feram beſtiam depugnandam. Quemadmodum enim aliquando accidit vt etiam pro turpi facto pecunia honeſtè accipiatur. *le. item ſi 4. §. ſed cùm meretrici de condict. ob turp. cauſ.* ita & è contrario vt accipiatur turpiter etiam pro honeſto facto vt in aduocato accipiente honorarium quod periit *lege 1. §. proinde de extr. cognit.*

Ratio decidendi. Neceſſaria eſt ad publicam vtilitatem huiuſmodi operarum exhibitio, quas porrò inuitus nemo exhibere cogi poteſt, ideóque publicè intereſt eos à quibus præſtari poſſunt non deterreri metu infamiæ, ne vltrò ſe offerant ad eas exhibendas, etiam certa mercede cùm alioqui non eſſent exhibituri, maiúſque damnum reſpubl. incurreret.

i *Extra arenam.* Quaſi verò in arena poſſit fieri venatio. Imò poteſt vt notat Gothofredus ex Gellio *lib. 5.* vbi vide exemplum. *Allegare pro poſtulare.* verbum Tribonianeum ni fallor.

k *Si tutelam vel curam huiuſmodi perſonæ adminiſtrent.* Ratio dubitandi. Hæ perſonæ de quibus proximè dictum eſt non alia ratione arcentur à poſtulando pro aliis quàm quod ſint infames, & alienum ſit à dignitate prætoris vt tales perſonas pro aliis apud ſe poſtulare patiatur. Ergo non poteſt fauor pupillorum aut minorum facere vt ab hoc iure recedatur. Nam ſi verum eſt, non eſſe pupillum extra ordinem iuuandum quoties nouum beneficium cum alterius iniuria poſtulatur. *leg. ſed tum ab herede 12. ad SC. Trebell.* quantò magis habere debet prætor rationem dignitatis ſuæ?

Ratio decidendi. Non adeò perſonas iſtas execratur prætor vt eas in totum poſtulare prohibeat. Patitur enim vt pro ſeipſis poſtulent. Quidni ergo etiam pro iis quorum curam adminiſtrant? Nam & ferè eſt vt cuius quis tutelam ac curam adminiſtrat, eadem cum ipſo perſona eſſe videatur, *l. interdum 56. §. qui tutelam de furt. l. qui fundum 7. §. ſi tutor pro empt.* Quanquam hæc ratio magis conuenit tutori, quàm curatori minoris, cùm curator non detur perſonæ ſed rebus. *leg. cùm in vna 17. §. 1. de appel.* Generalior igitur & conuenientior ratio illa eſt, quæ deducitur ex *leg. puto 6.*]. *hoc tit.* quod omnes qui non ſponte ſed neceſſariò funguntur officio poſſint ſine offenſa edicti poſtulare, etiamſi hi ſint qui non niſi pro ſe poſtulare poſſunt. Certum autem eſt curatores etiam minoribus datos perinde officio fungi neceſſario atque tutores. vide tamen quæ dicam ad *legem 3. in fine infrà eod.*

g *Qui aduerſus ea.* Hic quoque verſiculus ſicut & præcedens, mihi ſuſpectus eſt. Verba námque edicti quæ referuntur in *§. an prætor*]. ſic tantùm habent, *in iure apud me ne poſtulent*, quibus verbis tantùm prohibentur poſtulare, non autem pœna vlla pecuniaria extra ordinem irroganda ſtatuitur in eos, qui contra prætoris edictum fecerint. Neque rurſus facilè dici poteſt quid contra hoc edictum fieri poſſit. Cùm ſi hi qui apud prætorem poſtulare prohibentur à prætore admiſſi ſint ad poſtulandum, hoc ipſo gratiam & veniam edicti impetraſſe videantur. Vis enim eſt vt eorum conditionem probabiliter ignorare prætor potuerit, qui ex ipſo prætoris edicto publicam infamiæ notam contraxerunt. Denique hoc prætoris edictum, vt & illud quod ſequitur, De procuratoribus, prohibitorium dumtaxat eſt, non pœnale. Nec ideo vereri debemus ne imperfectum ſit, quomodo imperfectam legem Vlpianus in Titul. definit quæ aliquid fieri prohibet, quod verò factum eſt non reſcindit. Cùm ſit hoc edictum negatiuum, quod ſuam ſecum trahit executionem, & præterea quod violari non poteſt niſi apud prætorem, & conſequenter prætore ipſo quodammodo autore, certò ſciente & conſentiente. Taceo quod verba ipſa ſe produnt, *Qui aduerſus ea feciſſe monſtretur.* Et rurſus, *&* *pro aliis interdicta poſtulatione repellitur.* Nam vt quis prohibeatur in poſterum pro aliis poſtulare non poteſt fieri in pœnam, & ob id quod antea pro aliquo contra edictum poſtulauerit, ſed quia ex iis perſonis eſt, quas prætor prohibet pro alia poſtulare. Deinde ſcribendum erat *repelletur*, vt in ſequentibus *mulctabitur*, vel ibi *mulctatur*, vt verborum tempora inter ſe conuenirent. Poſtremò me mouent etiam illa verba *pro æſtimatione iudicis.* Cuius enim alterius quàm prætoris æſtimatio iſta & arbitrium eſſe deberet? At *iudicem* pro prætore ab Vlpiano, aut alio quoquam ex prudentibus dictum fuiſſe, præſertim cùm de ſolo prætore agitur, nunquam reperias. Fuit enim ius dicens non iudex, vſque ad tempora Diocletiani & Maximiani in *lege 2. Codice de pedan. iud.*, & ex maioribus magiſtratibus, quos nos nomen iudicis non decebat. Eo námque nomine ſimpliciter prolato, prudentes noſtri pedaneos iudices ſolos intelligunt, non eos qui *maiores iudices* dicuntur in *lege non diſtinguemus. 32. paragrapho de liberali. de recept. qui arbitr.*

7 ¶ Vt initio huius tituli diximus, tres ordines prætor fecit non poſtulantium: quorum hic tertius eſt, quibus non in totum denegat poſtulandi facultatem, ſed ne pro omnibus poſtularent: quaſi minùs deliquerint, quàm hi, qui ſuperioribus capitibus notantur.

Ad §. 7. Vt initio.

Ratio dubitandi. Qui contra leges aliquid fecit ſiue minus deliquerit, indignus eſt qui vllum ex legibus commodum & beneficium ſentiat. *lege auxilium 37. in fin. de minor.* ne leges ei fiant ludibrio. *lege vltima. Codice de bon. quælib.* Ergo omnimodo arcendi fuerunt à poſtulando etiam ij qui minùs deliquerunt: præſertim cùm poſtulandi officium ſit nobile. *leg. prouidendum 7. Codice hoc titulo. lege aduocati 14. Codice de aduoc. diuerſ. iudic. lege 4. Codice de aduoc. diuerſ. iudic.* ac proinde eos, qui poſtulant, maximè verò apud prætorem, conueniens ſit omni non tantùm crimine, ſed etiam criminis ſuſpicione vacare.

Ratio decidendi. Improbatum eſt prudentibus noſtris παράδοξον illud Stoicorum, Peccata omnia eſſe æqualia, licèt in omnibus quæ ratio Stoicorum erat, idem propemodum contemptus legum eſſe videatur. Æquiſſimum igitur pro delictorum diuerſitate aliter quoque atque aliter conſtitui in hoc quoque edicto vt in cæteris. Alios nimirum prohiberi in totum ne poſtulent, id eſt, ne pro

ſe

ſe quidem. Alios ne pro alio quàm pro ſe. Alios denique ne pro omnibus, ſed vt tamen & pro ſe & pro aliis quibuſdam perſonis poſtulare poſſint, pro vt vel plus, vel minùs deliquerint.

8 ¶ Ait prætor: *Qui lege, plebiſcito, ſenatuſconſulto, edicto, decreto principum, niſi pro certis perſonis poſtulare prohibentur: hi pro alio, quàm pro quo licebit, in iure apud me ne poſtulent.* Hoc edicto continentur etiam alij omnes [h], qui edicto prætoris vt infames notantur, qui omnes niſi pro ſe, & certis perſonis, ne poſtulent.

Ad §. 8. Ait prætor.

h *Etiam alij omnes.* Id eſt, quàm qui ſuprà expoſiti fuerunt. Eos namque prætor remouet à poſtulando pro aliis quibuſcunque, iis exceptis pro quibus ex neceſſitate officij poſtulare debeant, vt dictum eſt in §. *præcedenti.* At cæteri infames tanquam minore nota laborantes: non tam arctè reſtringuntur ne poſtulare poſſint niſi pro ſe, ſed cum hac adiectione, *& certis perſonis*: iis ſcilicet quibus cætera quoque pietatis officia omnia debentur; quæ conſeruari, adeóque ampliari potiùs quàm reſtringi ſanè intereſt reipublicæ. argument. *lege ſi venditor 6. §. 1. & lege ſequenti de ſeru. export.* Vix enim eſt vt benè erga rempublicam adfectus ſit ad eam iuuandam, quam non videt is qui ne ſuos quidem & ſibi coniunctiſſimos quibuſcum viuit, iuuare vel non poſſit vel non velit.

Ratio dubitandi. Aduocatorum officium nobiliſſimum eſt, vt diximus ad § *præcedentem ex lege 7. Codice hoc titulo. lege 14. Codice de aduoc. diuerſ. iudic.* Ergo ad illud admitti nullo modo, nullóque caſu debent famoſi & notati, & quos ſcelus aut vitæ turpitudo inquinat, & quos infamia ab honeſtorum cœtu ſegregat, de quibus ſcriptum eſt in *l. 2. C. de dignit. li. 12.* dignitatis portas eis non patêre.

Ratio decidendi. Poſtulandi officium non tantùm dignitatem habet, ſed etiam neceſſitatem, quæ ſi cum pietatis officio coniuncta ſit, fauore aliquo digna eſt, non propter eius perſonam qui poſtulat, ſed propter eam pro qua poſtulatur. Præſertim quòd ea res videatur ad publicam quoque vtilitatem pertinere, vt proximè dictum eſt. Ait prætor *qui lege.* Exemplum eſt de eo qui lege Iulia repetundarum damnatus eſt. Nam eadem lege nominatim poſtulare hîc prohibetur *lege eadem 6. §. 1. ad legem Iuliam repet.* Item de eo qui damnatus eſt lege Iulia de vi priuata, non quaſi eadem lege nominatim quoque poſtulare prohibitus ſit, ſed quia vllum honorem capere prohibetur. *lege 1. in princ. ad legem Iuliam de vi priuat.* etſi poteſt hoc etiam referri ad ſenatuſconſultum, cuius ibi, mentio fit. Sequitur in edicto *Senatuſconſulto.* Idem exemplum adferri poteſt de illo, qui damnatus ſit lege Iulia de vi priuata, aut etiam lege Iulia de vi publica *dicta lege 1. in principio & paragrapho ad legem Iuliam de vi priuat.* Item ex lege Iulia ambitus. Nam & circa eam legem ſenatuſconſultum factum eſt vt conſtat ex *lege 1. §. 1. & penultimo ad legem Iuliam ambitus.* quamuis neque de poſtulando locutum videatur, neque de aliis honoribus in genere, ſed tantùm de magiſtratu aut ſacerdotio contra eam legem in municipiis non petendo. Quod autem addit prætor *edicto* ad illud edictum procul dubio pertinet de quo *j. titul. proxim.* niſi quod in eo edicto recenſentur etiam illi quos tanquam infamiores prætor arcet à poſtulando pro aliis quàm pro ſe ipſis, de quibus *ſ. diximus.*

9 ¶ Deinde adiicit prætor: *qui ex his omnibus, qui ſupra ſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit*: eum, *qui ex his, qui ſupra ſcripti ſunt*, ſic accipe: ſi fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur: &, niſi pro certis perſonis, poſtulare prohibentur: cæterùm ſi ex ſuperioribus, difficilè in integrum reſtitutio impetrabitur.

Ad §. 9. Deinde.

Ratio dubitandi. Hæc clauſula poſita eſt in fine edicti ac poſteaquam prætor de tertio non poſtulantium ordine locutus eſt. Ergo ad omnes partes edicti referenda eſt. Dici enim ſolet clauſulam generalem in fine poſitam referri ad omnia præcedentia. *lege talis ſcriptura 30. §. vltimo cum lege ſequenti. de leg. 1.* Imò quod plus eſt clauſulas in præfatione poſitas in ſtipulationibus quoque repetitas intelligi. *lege Titia 134. §. idem reſpondit de verb. obligation.*

Ratio decidendi. Clauſula quælibet & quantumuis generalis ſemper reſtringi debet ad terminos habiles, ne alioqui abſurdum aut impoſſibile ſequatur, *lege adigere 6. paragrapho quamuis de iure patronatus. lege ſi in diem 46. de condict. & demonſtr.* Ergo cùm prætor locutus eſt de reſtitutione in integrum, non ſenſit de iis caſibus qui non capiunt reſtitutionem vt loquitur Iureconſultus in *lege ſi ex cauſa 9. paragrapho vltimo de minor.* Etſi autem etiam ij, qui iudicio publico damnati ſunt, & alij de quibus actum eſt in ſecundo capite edicti, quos Vlpianus ſignificat iis verbis *ſi ex ſuperioribus*, in integrum reſtitui poſſunt, cùm tamen non niſi perraro id eueniat, non potuit aut debuit caſus ille edicto comprehendi, vt nec alia vlla lex fit de raro contingentibus. *l. nam ad ea: de legib.* Cæterùm ſi hi quoque ex cauſa aliqua in integrum reſtituantur, non oportet dubitari, quin poſtulare poſſint, tanquam qui famæ non minùs quàm cæteris rebus omnibus ſint reſtituti. *l. 1. Cod. de ſent. paſſ. & reſtit. vt & cæteri de quibus in §. proxi. ſeq.*

10 ¶ De qua autem reſtitutione prætor loquitur, verùm de ea, quæ à principe, vel à ſenatu: Pomponius quærit & putat, de ea reſtitutione ſenſum quam princeps, vel ſenatus indulſit. ¶ An autem & prætor reſtituere poſſit, quæritur? & mihi videtur, talia prætorum decreta non eſſe ſeruanda: niſi ſicubi ex officio iuriſdictionis ſuæ ſubuenerunt: vt in ætate obſeruatur, ſi quis deceptus ſit: cæteriſque ſpeciebus, quas ſub titulo *de in integrum reſtitutione* exſequemur. Pro qua ſententia eſt, quod ſi quis famoſo iudicio condemnatus, per in integrum reſtitutionem fuerit abſolutus, Pomponius putat, hunc infamia eximi,

Ad §. 10. De qua autem.

Ratio dubitandi. Omnis in integrum reſtitutio hoc habet vt omnia in integrum & priorem ſtatum reponantur. *leg. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio de minor.* Vnde à Paulo definitur in ſententiis Redintegrandæ rei vel cauſæ actio. Facit *leg. 1. Cod. de ſent. paſſ. & reſtit.* Ergo ſiue à Principe, ſiue à Senatu, ſiue à Prætore data reſtitutio ſit eximetur infamia is qui prius fuerat notatus.

Ratio decidendi. Ea quidem vis eſt cuiuſlibet in inte-

gtum reſtitutionis, ſed ita demum ſi data ſit ab eo qui ipſius dandæ habuerit poteſtatem. Solus autem Princeps ille eſt, qui reſtituere poteſt aduerſus infamiam aut aliam pœnam quamlibet ex legibus irrogatam quia ſolus eſt ſupra leges non Senatus, non prætor. *l. Princeps 31. de legib. leg. 1. & vlt. Cod. eodem.* Quòd ſi pœna non ex legibus, ſed ex Senatuſconſulto aliquo irrogetur, poterit etiam ſenatus contra eam pœnam reſtituere, non etiam prætor. An ergo & prætor poterit in integrum reſtituere aduerſus infamiam ex ipſius prætoris edicto irrogatam? Minimè, quia Senatus, licèt neque legem facere potuerit, neque fuerit ſupra leges, potuit tamen facere ſimilem legi conſtitutionem, *§. quos autem Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* Ergo & infamiam ex ſenatuſconſulto irrogatam tollere. Prætor autem non potuit facere legi ſimilem conſtitutionem *dicto paragrapho quos autem*, nec proinde famam reddere ei, cui edictum ipſius prætoris eam abſtulit. Prætereà quàm ſi proponas minorem 25. annis, qui ob omiſſam per lubricam ætatis iuſtam aliquam allegationem fuerit condemnatus ex cauſa depoſiti vel commodati vel ſocietatis, aut alia ſimili quæ infamiam ex edicto irroget, poſtea reſtitutus ſit aduerſus rem iudicatam, & impetrata reſtitutione tandem abſolutus. Hic enim proculdubio infamia eximitur, ſed non tam poteſtate reſtitutionis quàm abſolutionis cui reſtitutio viam aperuit. Quis enim dicat infamem habendum eſſe eum qui fuerit abſolutus? Siquidem habet eundem effectum reſtitutio quem appellatio vt priuſquàm de ea pronunciatum ſit ſuſpendat iudicatum. *lege ſi cauſa cognita 31. Cod. de tranſact.* vbi iudicatum eſt, extinguat *toto titulo. Codic ſi aduerſ. rem iudic.* Sed aliud eſt condemnatum quem reſtitui aduerſus rem iudicatam vt ex integro de cauſa cognoſcatur, & abſolutio ſequatur: Aliud verò reſtitui aduerſus pœnam citra abſolutionem. Prius fieri poteſt etiam per prætorem in iis caſibus, in quibus poteſt ille ex edicto ſuo dare reſtitutionem. Poſterius verò fieri per alium non poteſt, quàm per Principem: & de hac reſtitutionis ſpecie eſt totus ille *titulo vltimo. lib. 9. Codice de ſentent. paſſ. & reſtit.* Quod autem contra, ea quæ diximus, ſcriptum videtur in *leg. in cauſa 16. §. vltimo & lege ſequenti de minor* prætorem, præfectum vrbi & alios magiſtratus poſſe in integrum reſtituere aduerſus ſententiam ſuam, ita accipiendum eſt vt poſſint non aduerſus ſolam pœnam & condemnationem reſtituere, ſed ad hoc duntaxat vt iterum de cauſa cognoſcatur, Prioris enim generis reſtitutio, non tam reſtitutio dicenda eſſet, quàm indulgentia adeóque plus quàm indulgentia, vt dixi ad paragraphum ſextum ſuprà. quia indulgentia quos liberat notat, non etiam reſtitutio in integrum, *lege vltima. Codice de gener. abolit.* Indulgentiæ autem arbitrium & poteſtatem penes ſolum Principem eſſe nemo dubitat, aut penes Senatum, ſi quando Princeps, vt in certis caſibus ſolet pœnæ, ſiue moderandæ ſiue in totum remittendæ, poteſtatem ſoli Senatui conceſſerit. Quæ cùm ita ſint, non poſſum mihi temperare quin adfirmem totum hunc paragraphum Triboniani eſſe non Vlpiani. Nam cùm prætor illis edicti verbia, *qui ex his omnibus in integrum reſtitutus non erit*, de ea ſola reſtitutione ſenſerit, quæ data ſit contra pœnam citra abſolutionem, (alioqui non poſſet dubitari quin exemptus eſſet infamia is, qui famoſo primùm iudicio ſiue priuato ſiue publico condemnatus: tandem fuiſſet abſolutus, ſiue per appellationis, ſiue per reſtitutionis viam abſolutionem meruiſſet (dubitandum non erat quin prætor eo modo reſtituere non poſſet. Nec ſi Pomponius ita quæſtionem conceperat, de qua reſtitutione prætor loqueretur, an de ea quæ à Principe, an de ea quæ à Senatu indulta eſſet, vt prima huius paragraphi verba præceperunt, conſequens etiam illud erat, vt quæreret, an prætor reſtituere ſimiliter poſſet: Imò debuerat fieri mentio prætoriæ reſtitutionis in proponenda quæſtione: ſi perinde de prætore poterat dubitari atque de Senatu. Nam de Principe quis dubitaſſet? De Senatu tantum dubitauit Pomponius, quod non tantam poteſtatem habere Senatus videretur. De prætore ne dubitauit quidem, Tribonianus verò dubitare voluit, & imperſonaliter de eo quæri ſcribit, ab aliis ſcilicet quàm à Pomponio non quaſi aliud ſenſurus quàm Vlpianus aut Pomponius (concludit enim talia prætorum decreta ſeruanda non eſſe, ſi quis fortè tam ſtultus prætor ſit qui aduerſus pœnam ſolam reſtituat condemnatum, quod eſſet indulgentiam & plus quàm indulgentiam concedere) ſed vt locum faceret exceptioni quam de ſuo ſubtiliter, ſi Diis placet, addere volebat, *Niſi ſicubi ex officio iuriſdictionis ſua ſubuenerunt*: quæ exceptio prorſus inepta eſt, nunquam enim prætor ex officio ſuæ iuriſdictionis ſubuenit condemnato aduerſus pœnam ſolam, ne quidem minori, ſed aduerſus cognitionem quæ condemnationem præceſſit, vt ex integro & cognoſcatur & pronuncietur. Quare nec ad rem pertinet, quod ſequitur, *vt in ætate obſeruatur, ſi quis deceptus ſit.* Nec enim ætati fauet prætor in delictis. *leg. auxilium 37. de minor. & toto titulo. Codice ſi aduerſ. delict.* faueret autem ſi eum reſtitueret contra pœnam ſolam, cùm pœna iuſta non niſi ob delictum aliquod irrogetur. *lege aut facta 8. & paſſ de pœnis.* Idémque de cæteris omnibus perſonis dici poteſt, quæ ſicuti non poſſunt eſſe fauorabiliores minore, ita nec vllo caſu impetrare reſtitutionem in integrum aduerſus ſolam pœnam ſed tantum aduerſus cognitionem, vt ſi male condemnationem factam fuiſſe appareat, putà ex falſis inſtrumentis aut alio dolo malo aduerſarij abſolutio ſequi poſſit. vt in *lege Diuus 33. de re iud. lege 1. 3. & vltima. Cod. ſi ex falſ. inſtrum. vel teſtim. iud. ſit.* Proinde ineptum etiam eſt quod ſubiicitur. *cæteriſque ſpeciebus, quas ſub titulo de in integrum reſtitutione exequemur.* Debet enim exceptio qualibet vt apta ſit de iis caſibus concipi, qui eius naturæ & conditionis ſint, ſaltem in genere, cuius & illi de quibus in regula: quod hîc eſſe non poteſt. Sed & illa dictio *ſpeciebus* mihi valdè ſuſpecta eſt. Solet enim familiaris eſſe Triboniano, ſiue rem quamlibet ſignificare velit, ſiue caſum, ſiue etiam litem vt ſuis locis & oſtendimus & oſtendemus. Hîc verò ſumpſit pro cauſis. Cùm enim reſtitutiones omnes in integrum dentur ex cauſa & cum cauſæ cognitione. *lege 3. infrà de in integrum reſtitut.* certum eſt varias reſtitutionis concedendæ cauſas eſſe, quas omnes prætor complexus eſt diuerſis capitibus edicti, de in integrum reſtit. Nec rurſum facilè mihi perſuadeo ſic locutum Vlpianum, *quas ſub titulo De in integrũ reſtitutione exequemur* pro eo quod voluit Tribonianus dicere, *de quibus tractauimus ſub titulo De reſtitutione in integrum.* Eſt enim ſatis noua, & inſolens locutio & dignior Triboniano, qui totum ius noſtrum per titulos diſpoſuit, quàm Vlpiano, qui totam ſuam ad edictum interpretationem in libros congeſſit, non in titulos. Nam nec Iulianus edictum prætoris diſtribuit in titulos, ſed in capita, vnde paſſim videas Iureconſultos loqui de hoc vel illo capite edicti, De titulo autem vix vnquam: nam quod non diſſimiliter ſcriptum eſt in *§. ſequenti. de quibus perſonis ſub titulo De in ius vocando plenius diximus.* eadem ratione Triboniani quoque eſſe arbitror. Egit enim Vlpianus de his perſonis non ſub vno titulo, ſed diuerſis etiam libris quarto ſcilicet & quinto ad edictum, vt conſtat ex inſcriptione *l. 2. 8. & 10. de in ius vocando.* Tribonianus verò omnia quæ Vlpianus iis & aliis libris ſcripſerat, idémque cæteri Iuriſconſulti pertinentia ad edictum illud, De in ius vocando, in titulum illum retulit, qui inſcriptus eſt, De in ius vocando. Corollarium eſt quod Tribonianus ſubiungit. *Pro qua ſententia eſt quod ſi quis famoſo iudicio condemnatus per in integrum reſtitutionem fuerit abſolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi.* Quis enim præter Tribonianum ſic argumentaretur ab autoritate Pomponij, qui de ea reſtitutione locutus eſt, quæ detur ad nouam cognitionem inſtituendam, & ex qua ſequatur abſolutio, ad probandum quod vult Tribonianus poſſe quem reſtitui à prætore aduerſus ſolam pœnam?

pœnam? Nec enim is qui ab ipſo Principe aduerſus pœnam ſolam reſtituitur, ideò tamen abſoluitur, alioqui nec ea ſpecie reſtitutionis, nec indulgentia vlla egeret. Sed de his ſatis.

11 ¶ Deinde adiicit prætor: *pro alio ne poſtulent, præterquam pro parente, patrono, libertis parentibúſque patroni patronæ*: de quibus perſonis ſub titulo *de in ius vocando* pleniùs diximus [a].

¶ Item adiicit: *liberiſue ſuis* [b], *fratre, ſorore, vxore, ſocero, ſocru, genero, nuru, vitrico, nouerca, priuigno, priuigna, pupillo, pupilla* [c], *(furioſo,) furioſa.*

Ad §. vlt. Deinde adiicit Prætor.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad §. 7. & 8. ꝭ. *hac lege.*

a *De quibus perſonis ſub titulo De in ius vocando plenius diximus.* Hunc verſiculum Triboniani eſſe monui ad §. præcedentem.

b *Item adiicit Liberiſue ſuis.* Ratio dubitandi. Non fuerunt hæ perſonæ exceptæ à prætore in edicto De in ius vocando. Ergo neque debuerunt excipi in titulo De poſtulando.

Ratio decidendi. Alia huius, alia illius edicti ratio eſt. In edicto De in ius vocando excipiuntur, tantùm eæ perſonæ quibus reuerentia aliqua debetur, quippe quæ per vocationem violatur. At in hoc edicto excipiuntur eæ perſonæ omnes, quibus ex ſanguinis coniunctione vel affinitatis veneratione præcipua quædam affectio debetur ad earum defenſionem. Quam ob cauſam eædem perſonæ excipiuntur in *titulo de legat.* Plures perſonæ ſunt, quibus affectio debetur, quàm quibus reuerentia: Debetur affectio omnibus quibus debetur reuerentia, ſed non contrà.

c *Pupillo, pupilla.* Ratio dubitandi. Idem eſt etiam in pubere minore annis viginti quinque curatorem habente *leg. 3. in fin. hoc tit.* Ergo non debuit in edicto fieri mentio pupilli pupillæve.

Ratio decidendi. Quod trahitur hoc edictum ad adoleſcentis curatorem fit per interpretationem & ſupplectionem, quaſi de adoleſcentis curatore nihil prætor edixerit per obliuionem potiùs quàm vt eum excluderet. De quo tamen dicemus latiùs ad *dictam legem 3. in fine.*

2. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

F*Atuo, fatua*: (cùm iſtis quoque perſonis curator detur)

Ad l. Fatuo 2.

Ratio dubitandi. Poteſt etiam pro fatuo & fatua, itémque pro pupillo & pro pupilla, & pro furioſo & pro furioſa, alius poſtulare quàm qui his perſonis tutor vel curator datus eſt, nec minùs potuit prætor de iis edicere quàm de iis quibus egit in 1. capite huius edicti, *Si non habebunt aduocatum, ego dabo.* Ergo non eſt bona ratio quæ adfertur in hac lege propter quam permittendum ſit infamibus qui huiuſmodi perſonarum tutelam vel curam gerunt, vt pro iis poſtulent, quod iſtis perſonis tutor vel curator detur.

Ratio decidendi. Prætor non ſolet nec debet aduocatum dare, niſi non habenti. *lege 1. §. ait prætor. ſuprà eodem.* Habet autem aduocatum quiſquis habet tutorem vel curatorem etiam infamem, ſi modò is ſit tutor vel curator qui pro ſe poſtulare poſſit. Idem enim æquè poteſt etiam pro alio poſtulare quem in tutela, vel cura ſua habeat, cùm neceſſariò erga eam perſonam officio fungatur. *lege puto 6. infrà. eodem.* Hoc verò tunc maximè obtinet, cùm curator talis eſt qui perſonæ quoque datus ſit non bonis tantùm. Eiuſmodi eſt qui fatuo & fatuæ, id eſt, dementi datur. Etſi enim lex duodecim tabularum de furioſo, & de furioſa tantùm locuta eſt, prætor tamen benè vidit non minorem eſſe rationem ſubueniendi & prouidendi dementibus, vt & cæteris omnibus, qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, *lege ſecunda de curat. furioſ.*

3. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

C*Vi eorum à parente, aut de maioris partis tutorum ſententia, aut ab eo, cuius de ea re iuriſdictio fuit* [d], *ea tutela, curatióve data erit.*

Ad l. Cui eorum 3.

Senſus eſt permittendum tutori, vel curatori cuilibet etiam infami qui modò pro ſe ipſo poſtulare poſſit, vt pro eo quoque poſtulet cuius tutor curatorve eſt, ſiue teſtamentarius ſiue legitimus, ſiue datiuus tutor ſit, adeóque licèt non ſolus tutor ſit, ſed alios contutores aut concuratores habeat, de quorum tamen maioris partis ſententia ſit ei tutelæ & curationis adminiſtratio demandata.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. § remonet 6. verſ. ſi tutelam.* ꝭ. *eod.* iunge *l. 3. §. ſi non erit* ꝭ. *de admin. tut.*

d *Ab eo cuius ea de re iuriſdictio fuit.* Ergo ſi quis tutor datus ſit ab eo cuius non fuit de ea re iuriſdictio, non pertinebit ad hanc edicti partem: quia tutor non eſt, licèt pro tutore gerat.

Ratio dubitandi. Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam præſtare debet quam tutor præſtaret, ideóque & pro tutelæ actione tenetur, & contrarium iudicium ei competit, perinde ac vero tutori. *lege prima. lege penultima. & vltima de eo qui pro tutor.* Ergo & permitti ei debuit, vt pro eo quoque cuius quaſi tutelam gereret poſtularet, perinde ac vero tutori. Nec quod reuera neceſſario officio non fungitur, ad rem pertinere videtur: ſufficere enim debet, quod putet ſe officio neceſſario fungi, & cogi poſſe ad tutelam gerendam. *lege nouiſſimè 7. §. 1. quod falſ. tutor. autor.*

Ratio decidendi. Qui pro tutore negotia gerit, nullo modo tutor eſt, & quamuis debeat exonerandi ſui gratia præſtare omnia quæ tutor verus præſtaret, non tamen eandem habet poteſtatem. Alioqui perinde poſſet res pupillares vendere, quod tamen falſum eſt, quia nullam habet rerum pupillarium adminiſtrationem. *lege ſecunda infrà. quod falſ. tutor. autor.* id eſt, nullum ius, nullámque legitimam perſonam ad eas adminiſtrandas.

1 ¶ Affinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, ſed præſentes.

Ad §. 1. Adfinitatis.

Ratio dubitandi. Adfinitatis etiam præteritæ memoria venerationi eſt, eoſdémque vt plurimùm effectus retinet quos præſens adfinitas haberet, vt cernere eſt in nuptiis. *§. adfinitatis. Inſtitut. de nupt.* quemadmodum & in honorem præteriti matrimonij turpis actio aduerſus mulierem etiam poſt diuortium denegatur. *lege 2. ff. rer. amota.* & ſerui non ſolùm pro dominis, in quorum poteſtate ſunt conſtituti, ſed nec pro his, quorum antea fuerunt, interrogari poſſunt *l. ſeruos 14. C. de quæſt.* Ergo & in hoc edicto adfinitatis quoque præteritæ ratio habẽda eſt.

Ratio decidendi. In nuptiis habetur ratio adfinitatis præteritæ, quia ſemper in coniunctionibus non ſolùm quid liceat conſiderandum eſt, ſed etiam quid honeſtum ſit. *lege ſemper 42. iunct. leg. quinetiam 55. in principio de ritu nupt.* Sed in hoc edicto non habetur ratio niſi dignitatis prætoriæ ex parte prætoris: ex parte verò eius qui cùm infamis ſit pro alio vult poſtulare, nihil inſpicimus præter neceſſitatem aut officij, aut adfectionis, quæ porrò neceſſitas adfectionis exhibendæ nulla eſſe poteſt ob adfinitatem, quæ iam ſublata fuit. *l. pen. de iur. dot.* iunct. *l. ſed hoc ita 21. de re iudic.*

2 ¶ Item Pomponius, nurus, & generi appellatione, & ſoceri, & ſocrus, & vlteriores quibus *pro* præpoſito ſolet accedere, contineri ait.

Ad §. 2. Item Pomponius.

Ratio dubitandi. Adfinis mei adfinis non eſt mihi adfinis, ſicut nec ſocius ſocij mei ſocius meus eſt, *leg. nam ſocij 20. infrà pro ſocio.* Vnde eſt quod dici ſolet adfinitatis gradus nullos eſſe. *lege 4. §. gradus autem de gradib. & adfin.* quia per adfinem meum nemo fit mihi adfinis. Ergo nurus & generi appellatione pronurus & progener contineri non poſſunt, nec ſurſum ſoceri & ſocrus appellatione proſocer & proſocrus. Hi enim adfines tantùm ſunt. *lege penultima de iure dotium.* Alioqui ſi cùm nurum, generum, ſocerum & ſocrum dicimus, etiam vlteriores quibus *pro* præpoſitio ſolet accedere cur habent iſti diuerſa nomina, argument. *lege ſi idem 7. Codice de iur. codicill.* Atqui prætor de ſocero tantùm & ſocru, & de genero ac de nuru, non de proſocero aut proſocru, nec de progenero aut pronuru in edicto locutus eſt. Ergo non fuit edictum ad vlteriores protrahendum.

Ratio decidendi. Proſocer proſocrus, & progener, & pronurus non illi dicuntur qui nobis adfines ſunt per alios adfines, ſed qui per parentes aut liberos noſtros. Non enim qui ſoceri mei ſocer eſt, is mihi eſt proſocer, ſed qui patris mei ſocer, vt & proſocrus mea quæ patri meo non quæ ſocrui meæ ſocrus eſt. Sic è contrario progener meus eſt, qui filij mei, non qui generi gener eſt, & pronurus quæ filio meo non quæ nurui meæ nurus eſt. Quemadmodum igitur parentum & liberorum appellatione omnes etiam vlteriorum graduum aſcendentes & deſcendentes intelligimus. *lege 4. §. parentes ſupr. de in ius vocando. lege liberorum 220. de verborum ſignificatione.* Ita & qui per patrem, aut per filium meum mihi adfinis eſt, tam mihi adfinis eſt, tantáque veneratione à me habendus, quam ſi per meipſum adfinis mihi eſſet. Tantò magis quod ſocer & ſocrus parentum locum obtinent, gener verò & nurus locum liberorum. *lege quia parentis 16. ſolut. matrim. leg. vltim. in princip. de his quibus vt indign.* Ergo & proſocer & proſocrus, progener & pronurus. *l. nurus 50. l. generi 36. l. ſoceri 46. de verb. ſignif.*

3 ¶ In curatoribus debuiſſe eum adiicere: muti [a] cæterorúmque, quibus dare ſolent: id eſt, ſurdo [b]: prodigo [c], & adoleſcenti [d].

Ad §. 3. In Curatoribus.

Ratio dubitandi. Edictum hoc prætor propoſuit, vt dignitati ſuæ proſpiceret. *lege 1. ſupra hoc titulo.* Ergo non alij admittendi ſunt ad poſtulandum pro alio qui infames ſunt, quàm quibus nominatim prætor hoc permiſit. Eſt enim hoc iuris non recepti, ſed conſtituti, cuius etiamſi ratio nulla reddi poſſet, non eo minor tamen autoritas eſſe deberet. *l. non omnium 20. de legibus.* Atqui prætor de pupillo tantùm & de pupilla, de furioſo & furioſa, de fatuo & de fatua locutus eſt. *d. l. 1. §. vl. & l. 2. ff. eodem.* nõ etiam de muto nec de ſurdo nec de adoleſcente. Ergo noluit, excipere curatorem datum huiuſmodi perſonis, de quibus nihil dixit, quia ſi voluiſſet æquè expreſſiſſet, vt Iuſtinianus argumentatur in *lege vnica. §. vbi autem. verſ. ſin. autem ad deficientis. C. de caduc. tollend*

Ratio decidendi. Non fuit ea voluntas prætoris, vt diuerſum ius conſtitueret in iis, in quibus tamen eadem ratio locum haberet. argument. *leg. illud 32. ad legem Aquiliam.* Eadem autem ratio in omnibus curatoribus locum habet, quia neceſſario officio funguntur, quod vnum hac parte inſpiciendum eſt. *lege puto 6. infra eodem hoc titulo.* Fuit ergo hac parte mancum edictum prætoris quia prætermiſit prætor quod adiicere debuit, ideóque quod prætermiſſum eſt, ſuppleri poteſt & debet prudentum iuſta interpretatione non minùs quàm iuriſdictione. *lege nam vt ait 13. de legib.* Et quamuis munus Iureconſulti ſit interpretari non ſupplere. *lege commodiſſimè 10. de liber. & poſt.* iunct. *lege vltima. Codice de poſt. hered. inſtitut. lege 4. de vulg. & pupill. ſubſt.* huic tamen ſuppletioni per iuſtam interpretationem faciendæ exemplum prætor ipſe dedit, qui legem 12. tabularum locutam duntaxat de curatore dando furioſis vel prodigis, ſic interpretatus eſt, vt dari curator debeat, cæteris etiam omnibus qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. *leg. 2. de curat. furioſ.* Publicè namque vtile eſt huiuſmodi interpretationes admitti, per quas edictum prætoris alioqui fauorabile ad ſimiles cauſas protrahatur. argument. *lege hoc modo 64. in fin. de cond. & demonſtr.* ne quod à prætore per incuriam magis quàm conſulto fuit omiſſum, à prudentibus quoque omittatur. argument. *lege quæſitum 13. de teſtib.* Et ob eam cauſam nec nouum eſt, vt prætor reprehendatur à Iureconſultis, ſi quando minùs rectè & propriè verba edicti conceperit: vt in *l. ait prætor 5. de re iudic.*

a *Muti.* Ratio dubitandi. Non ſemper aut neceſſariò datur curator muto, ſed ita demùm ſi intellectu careat, cùm alioqui per ſe habilis ſit ad contrahendum, quoties ſermone opus non eſt. *l. mutus 73. de iur. dot.* iunct. *leg. in quibuſcunque 48. de oblig. & act.* adeóque poſſit ipſe dari procurator, non quidem ad agendum, ſed tamen ad adminiſtrandum. *l. mutus 43. ff. de procur.* Nullum ergo priuilegium habere mutus debet, vt pro eo, poſtulare poſſit is qui pro aliis poſtulare non poſſet.

Ratio decidendi. Loquitur Iureconſultus de eo muto qui nihil intelligere poteſt, id eſt, qui natura non mutus tantùm, ſed etiam ſurdus eſt, quem proinde per procurationem adiuuari neceſſe eſt, vt ait *l. ſeruo 65. §. pen. ad SC. Treb.* Huic enim cùm neceſſaria ſit curatoris opera in aliis quoque rebus omnibus, multò magis neceſſaria eſt ad poſtulandum, vt & ad facienda cætera quæ ſine ſermone expediri non poſſunt. Etſi ergo non neceſſariò curator muto cuilibet dandus eſt, quibus tamen caſibus datur, officio ille neceſſario fungitur, non minùs quàm alij curatores, ob idque admittendus eſt ad poſtulandum pro muto, exemplo cæterorum curatorum, qui vel ſurdo vel prodigo vel adoleſcenti dantur *l. puto 6. ff. eod.*

b *Surdo.* Ratio dubitandi. Prima huius edicti parte pol-
licetur

licetur prætor ſe daturum ſurdo aduocatum ſi non habeat *leg. 1. §. 1. verſ. propter caſum. & §. ſequent. ꝟ. h. tit.* Ergo nil neceſſe eſt vt ipſius curatori, qui infamis ſit pro ipſo poſtulare permittatur.

Ratio decidendi. Daret quidem ei prætor aduocatum ſi non haberet, ſed iam habet ſatis cùm habet curatorem qui pro eo poſtulare poteſt, ſiquidem huiuſmodi curator neceſſario fungitur officio, vt & cæteri. *d. l. 6. puto ꝟ. eod.* Nimirum quibus caſibus ſurdo curator datur. Nec enim ſemper & cuilibet ſurdo dandus eſt, ſed ei demum qui nihil intelligit, quòd fortè ſurdus ſit à natura, vt de muto proximè diximus. ex *d. l. mutus 43. ꝟ. de procur. l. mutus 73. de iure dot.* At prima pars edicti pertinet ad eum ſurdum qui intelligit, nec eget curatore. Is enim non minùs arcetur à poſtulando, per ſe etiam pro ſe, quia decretum prætoris exaudire non poteſt. *d. l. 1. §. 1. ſuprà.*

c *Prodigo.* Ratio dubitandi. Prodigo interdicta dumtaxat eſt adminiſtratio. *leg. Iulianus 10. de curat. fur.* non etiam vt ſtipulando vel quo alio modo conditionem ſuam meliorem facere prohibeatur. *leg. is cui bonis 6. de verborum obligatione.* Ergo non prohibetur poſtulare, nec proinde quicquam cauſæ eſt, cur ei prodigo poſtulare permittendum ſit, ſi ſit ipſe infamis.

Ratio decidendi. Non prohibetur quidem prodigus poſtulare, ſi poſſit & ſciat, ſed ſi neſciat, aut quod plerunque fit, tam infamis ſit, vt non debeat admitti ad poſtulandum, neceſſariò adiuuandus eſt per curatorem, qui etiam ex lege duodecim tabularum ei dandus eſt. *l. 1. de curat. furioſ.* Proinde non minus huic curatori, quàm cæteris permitti debet, etiamſi infamis ſit, vt pro ſuo prodigo poſtulet ſi & ipſe ſciat, veliſtque poſtulare, cùm neceſſario fungatur officio. *d. l. puto 6. ꝟ.* Nec ſanè debuit prætor mentionem prodigi omittere, ſed eùm de furioſo locutus eſt, etiam de prodigo addere, exemplo legis 12. tab.

d *Adoleſcenti.* Ratio dubitandi. Non eadem ratio eſt curatoris qui datur adoleſcenti, & cæterorum curatorum qui dantur furioſo, dementi, prodigo, ſurdo, muto. Hi enim dantur non tantum bonis, ſed etiam perſonæ. *lege prima, ſecunda & paſſ. & curat. furioſ.* & conſequenter dominorum loco habentur exemplo tutoris. *lege interdum 56. paragrapho qui tutelam de furt.* Curator verò adoleſcentis rebus tantùm non perſonæ datur. *lege cùm in vna 17. paragrapho 1. de appellat.* Non igitur tam facilè permittendum fuit curatori adoleſcentis, quàm cæteris curatoribus, vt pro ſuo minore poſtulet, quia proximius eſt, vt pro ſeipſo videatur poſtulare qui poſtulat pro alio, cuius perſonæ curator datus ſit, quam qui poſtulat pro alio cuius bonis duntaxat datus ſit. Neque verò in cæteris eadem huius curatoris cauſa conſtituitur, quæ aliorum curatorum, vt putà, ſi de priuilegio agatur, quod habent furioſus, prodigus, ſurdus, mutus, & fatuus in bonis curatoris. *lege dabimúſque 16. paragrapho 1. cum tribus legibus ſequentibus de reb. autor. iud. poſſ. lege vltima de tutel. & rat. diſtr.* Nuſquam enim de curatore adoleſcentis idem proditum legimus.

Ratio decidendi. Curator adoleſcentis, licèt minùs iuris & poteſtatis habeat, quàm cæteri curatores qui etiam perſonæ dantur, perinde tamen neceſſario fungitur officio quod ad bonorum adminiſtrationem attinet, ac proinde eodem iure cenſeri debet, quo cæteri quod ad hoc, vt pro minore ſuo poſſit poſtulare. Nam & hoc ad bonorum adminiſtrationem ſpectat, vt minor per curatorem ſuum poſtulantem potiùs quàm per alium defendatur; cùm id minore ſumptu futurum ſit. Neque verò cæteri curatores, ideo admittuntur ad poſtulandum pro iis quorum curam gerunt quod eorum perſonis dati ſint, ſed quia cùm pro iis poſtulant, neceſſario officio funguntur. *d. l. puto 6. & l. 1. §. remouet 6. verſic. ſed eſt æquiſſimum. ſuprà eod.*

4. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

ITem quibus, propter infirmitatem, curatorem prætor dare ſolet.

5. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

ET qui negotiis ſuis aliquo perpetuo morbo ſupereſſe non poſſunt.

Ad l. Item 4. Et qui 5.

Coniungendæ ſunt hæ leges, quemadmodum earum ſenſus coniunctus fuit à Iuſtiniano in *§. ſed & mente captis. Inſtit. de curat.* vbi ait non tantùm mente captis & ſurdis, & mutis, curatores dandos eſſe, ſed iis etiam qui perpetuo morbo laborant, idque ratione illa quod rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. Generaliter enim iis omnibus curatores dandi ſunt, qui ſuis ſupereſſe rebus non poſſunt. *lege 2. de curat. furioſ.* Morbum autem perpetuum intellige, qui non tantùm ſonticus, id eſt, cuiuſque rei agendæ impedimento ſit. *lege quæſitum 60. de re iudicat.* iunct. *lege 4. §. penultimo de ædilit. edict. lege morbus ſonticus 113. de verborum ſignificatione.* ſed qui ſemper nocet, nociturúſque eſt. Cùm enim morborum alij ſint perpetui, alij temporarij, ad vtroſque quidem pertinet edictum ædilitium. *lege Pomponius 6. ill. tit. de ædilit. edict.* ſed nunquam dantur curatores pro temporariis quantumcunque grauibus. Alioqui dandus eſſet ei quoque qui febrim haberet. *d. l. quæſitum in fin.* quod abſurdum eſt. Cæterùm ratio dubitandi & decidendi ad has leges non alia eſt, quàm quæ à nobis allata fuit ad *§. vlt. l. 3. ſuprà eod.*

6. IDEM libro 6. ad Edictum.

PVto autem omnes, qui non ſponte, ſed neceſſario officio funguntur, poſſe ſine offenſa edicti poſtulare: etiamſi hi ſint, qui non niſi pro ſe poſtulare poſſunt.

Ad l. Puto 6.

Ratio dubitandi. Edictum hoc eſt prohibitorium, & eo prohibentur infames quidam poſtulare niſi pro ſe, alij verò niſi pro ſe & pro certis perſonis nominatim exceptis. *lege 1. §. ſecundo loco. & §. vltimo ſuprà.* Ergo hi qui non niſi pro ſe poſtulare poſſunt, non ſine offenſa edicti poſſunt pro iis, quorum tutelam vel curam gerunt, poſtulare, licèt non ſpontè, ſed neceſſario fungantur officio.

Ratio decidendi. Officij neceſſitas & ſiue tutoris ſiue curatoris fides ſemper debet eſſe excuſata. *lege tutorem 21. de his quæ vt indign.* ne alioqui damnoſum ei ſit officium ſuum contra *leg. videlicet 27. ex quibus cauſis maior. lege ſed ſi quis 7. teſtament. quemadm. aper.* Abſurdum enim eſt non poſſe quem impunè id facere, quòd ſi non faciat iuſtam deſerti officij reprehenſionem poſſit incurrere. argument. *lege quod autem 6. paragrapho apud Labeonem quæ in fraud. credit.* Itaque quamuis dici ſoleat ſeruandam eſſe legem quæ ſcripta eſt, quantumlibet dura ſit. *lege proſpexit 12. qui & à quibus manum.* nec eſſe diſtinguendum, vbi lex aut prætor non diſtinguit, vulg. *lege de pretio 7. de publician. lege in fraudem 15. paragrapho vltimo de teſtament. milit.* ea tamen ſemper capienda eſt interpretatio quæ ſententiam edictúmque prætoris ab

iniquitate

iniquitate tueatur, & quæ non tam quid prætor edixerit inſpiciat, quàm qua mente, vt ait *lege penultima* ȷ. *ad exhib.* Adde quæ dixi ad *l.* 1. §. *remouet. verſic. tutelam ſuprà eodem.*

1 ¶ Si quis aduocationem præſtare fuerit prohibitus [a] : ſi quidem apud ſe, vt ſolet facere tempore magiſtratus ſui, puto eum poſtea apud ſucceſſorem eius adeſſe poſſe [b].

Ad §. 1. *Si quis.*

a *Aduocationem præſtare fuerit prohibitus.* Moris enim eſt aduocationibus quoque interdicere, ſiue ad tempus, ſiue in perpetuum, aut ſaltem pro eo tempore quo prouinciam reget is qui interdicit. *lege moris* 9. *in pr. de pœn. de offic. præf. vrb. leg. ſi remunerandi* 6. §. *vltimo. mand. l.* 1. *C. h. tit.*

b *Apud ſucceſſorem eius adeſſe poſſe.* Ratio dubitandi. Non alia prohibendæ poſtulationis ratio eſt, quàm tuendæ dignitatis prætoriæ gratia. *lege prima in principio. ſuprà.* Atqui eadem eſt dignitas omnium prætorum quatenus prætores ſunt, cùm idem ſit magiſtratus, *lege Barbarius* 3. *de offic. prat.* Ergo is quem prætor apud ſe poſtulare prohibuit tanquam infamem, aliterve indignum non eſt audiendus ſi apud ſucceſſorem poſtulare velit.

Ratio decidendi. Pœna tempore determinata non poteſt nec debet vlteriùs porrigi contra ſententiæ fidem. *l. Imperator* §. ȷ. *l.* 1. & 2. *C. de his qui in exil. miſſ. vel ab ord. mot. ſunt. lib.* 10. *tit.* 59. Quod enim ad tempus prohibitum eſt, poſt illud tempus cenſetur permiſſum & contra. *leg. Thaïs* 41. §. *intra certa tempora de fideicomm. libert.* Pœnæ namque omnes molliandæ ſunt & temperandæ potiùs quam per interpretationem augendæ vel exaſperandæ. *l. pen. de pœn. l. factum* 155. *in fin. de regul. iur.* Atqui ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat in perpetuum moueri placuit. *l.* 5. *de decur. & fil. eorum.* Sed id fit non propter cauſam ſententiæ, id eſt, propter crimen quod infamiam importat ſecuta ſententia. Eum namque qui ſit infamis inter decuriones retineri abſurdum & toti ordini ignominioſum eſſet. Quanquam ea Papiniani ſententia iam tum emendata fuiſſe videtur. vt dicam ad *l.* 8. ȷ.

3. GAIVS lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

QVos prohibet prætor apud ſe poſtulare, omnimodo prohibet etiamſi aduerſarius eos patiatur poſtulare.

Ad l. Quos prohibet 7.

Ratio dubitandi. Prætor non debet recedere ab eo in quod litigatores ſponte conſenſerunt, *lege prima.* §. *inde quæritur. de operis noui nunciat. lege ſi conuenerit* 26. *de re iudic.* Ergo ſi eum quem prætor prohibet aduerſarius patiatur poſtulare, admitti is debet.

Ratio decidendi. In his quæ ad ius, & vtilitatem litigatorum pertinet, ſequitur prætor & ſequi debet conſentientem eorum voluntatem, ſed cauſa huius edicti, non tam ad vtilitatem aduerſarij quàm ad prætoris dignitatem tuendam pertinet. *l.* 1. *in princ. ſuprà eodem.* Parum ergo curare prætor debet quid litigatores velint, ſi fortè aut dolo malo aut per imperitiam conſentiant in eam rem quæ ipſius prætoris dignitatem ſit læſura. Alioquin edicti & iuris publici autoritas in litigantium arbitrio poſita videretur.

8. PAPINIANVS libro 2. Quæſtionum.

IMperator Titus Antoninus reſcripſit, eum qui aduocationibus in quinquennio interdictum eſſet, poſt quinquennium pro omnibus poſtulare non prohiberi. Diuus quoque Hadrianus reſcripſerat, de exilio reuerſum poſtulare poſſe, nec adhibetur diſtinctio [a], quo crimine ſilentium, vel exilium ſit irrogatum: ne ſcilicet pœna tempore determinata, contra ſententiæ fidem, vlteriùs porrigatur.

Ad l. Imperator 8.

Ratio dubitandi. Is cui aduocationibus interdictum eſt, licèt ad tempus dumtaxat non eſt integræ exiſtimationis, cùm ea pœna non niſi ex alicuius criminis cauſa ſoleat irrogari, vt dixi ad *l.* 6. §. 1. *ſuprà hoc titulo.* Ergo non eſt ei permittendum, vt pro omnibus poſtulet, ſed vt tantùm pro ſe, vel pro certis perſonis quomodo in cæteris infamibus conſtitutum eſt. *l.* 1. §. *ſecundo loco.* & §. *vlt. ſuprà eodem.* Illo ſaltem caſu quo condemnatio facta ſit ex crimine quod infamiam importet. argument. *l.* 5. *in princ. de decurion.*

Ratio decidendi. Titus Antoninus ita conſtituit. in *lege* 1. *Codic. de his qui in exil. miſſ. vel ab ord. mot.* ſunt emendato iure, quod antea in contrarium obtinebat, vt eius legis verba illa prima oſtendunt *quibus poſthac.* iunct. *d. l.* 5. *de decur.* quamuis & illa & hæc lex ſit Papiniani, & ex eodem libro, ſed ita vt ſententia huius legis videatur poſt illam ſubiecta vt appareret emendatam ab Imperatore ſententiam quæ alioqui erat conuenientior rationi iuris. Emendationis tamen ratio illa fuit, quam Papinianus adfert in fine huius legis, ne ſcilicet pœna tempore determinata contra ſententiæ fidem vlteriùs porrigatur.

a *Nec adhibetur diſtinctio.* Ratio dubitandi. Hæc diſtinctio adhibetur ab eodem ipſo Papiniano in *dicta lege* 5. *de decurion.* An ſcilicet irrogata ſit condemnatio temporalis ex eo crimine quod importet infamiam, an ex alio vt priore caſu non etiam poſteriore pœna, quæ per ſententiam fuit temporalis fiat perpetua: item an qui exulare iuſſus eſt, eam pœnam paſſus ſit ex grauiore delicto, cui non minor pœna imponi debuerit. An ex leuiore propter quod non debuerit ille exilium pati ſi infamiam quoque paſſus fuiſſet. Hoc enim poſteriore caſu non etiā priore videri cum eo tranſactum de infamia, ita vt inter infames non habeatur, nec proinde perpetuum ſilentium aut auxilium pati debeat, quod pateretur ſi infamis eſſet. Ergo vtraque hæc diſtinctio adhibenda & ſequenda eſt.

Ratio decidendi. Adhibenda quidem & ſequenda eſt. ſi veram ſeuerámque iuris rationem inſpicias, ſed aliud viſum eſt Imperatori optimo ex humanitate, ne pœna tempore determinata contra ſententiæ fidem vlteriùs porrigitur. *d. l.* 1. *C. de his qui in exil. miſſ. ſunt.* vt dixi proximè, Sic in *l. ſeruus* 7. *de ſeru. export.* extantem habemus Papiniani ſententiam ſumptam ex libro ipſius decimo quæſtionum à qua ille ipſe receſſit. *lib.* 27. *quæſt. in l. ſi venditor* 6. §. 1. *eod. tit.* In quo non poſſum facere quin Triboniani incuriam accuſem in hoc potiſſimùm loco quem nunc tractamus. Debuerat enim vel priorem Papiniani ſententiam prorſus delere, vel vtramque coniungere (quod ab eo factum eſt. in *d. l.* 6. & 7 *de ſeru. export.*) vt nobis appareret receſſiſſe illum à priore ob autoritatem reſcripti Imperatoris, quemadmodum in ſpecie. *d. l.* 6. §. 1. ob autoritatem & rationem Sabini.

9. IDEM

9. IDEM libro I. Reſponſorum.

EX ea cauſa prohibitus pro alio poſtulare: quæ infamiam non irrogat, ideóque ius pro omnibus poſtulandi non aufert, in ea tantùm prouincia pro aliis non rectè poſtulat, in qua præſes fuit, qui ſententiam dixit: in alia verò non prohibetur [b], licèt eiuſdem nominis ſit [c].

Ad l. Ex ea cauſa 9.

Ratio dubitandi. Extra territorium ius dicenti impunè non paretur. *l. vlt. ſuprà de iuriſdict.* Ergo cùm quis ex aliqua cauſa poſtulare prohibitus eſt à præſide alicuius prouinciæ ſiue ex cauſa infamiam irroget, ſiue non irroget non eſt prohibendus poſtulare in alia prouincia quàm in qua præſes fuit is qui ſententiam dixit.

Ratio decidendi. Imò ea diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an cauſa condemnationis infamiam irroget néc-ne, quia ſententia quæ infamat, vbique infamat, cum afficiat perſonam ipſam quæ non poteſt ita eſſe infamis in vno loco, vt non ſit etiam in aliis omnibus. Quemadmodum dicimus etiam in cæteris quæ pertinent ad ſtatum hominis ſententiam inter alios quoque latam putà de libertate vel ingenuitate, vel nobilitate, vel ætate facere ius quod ad omnes, vnde eſt quod huiuſmodi cauſæ iam olim non alios quam maiores iudices habebant, nec niſi cum magna & exacta cauſæ cognitione expediebantur. *l. de ætate 43. de minor. l. non diſtinguemus 32. §. de liberali. de recept. & qui arbitr. receper.*

b *In alia verò non prohibetur.* Ratio dubitandi. Eadem eſt dignitas, poteſtas & autoritas omnium præſidum prouinciarum. Præſidis enim appellatio generalis eſt, eaque & proconſules & legati & omnes qui prouincias regunt ſignificantur. *lege 1. de offic. præſid.* ita vt quæ de hoc vel illo præſide vel proconſule dicuntur, omnium præſidum communia ſint & debeant ab omnibus obſeruari. *lege nec quicquam 9. in fin. de offic. proconſulis.* Illud verò præſertim omnibus commune eſt vt omnium omnino magiſtratuum, qui in vrbe ſuns partibus & vice funguntur, & vt maius imperium habeant in ea prouincia quàm alius quiſquam poſt Principem. *l. ſi in aliam 7. §. vltimo cum lege ſequenti eo. l. & omnibus 10. cum duabus ſequentibus. de offic. præſid.* Ergo qui apud vnum præſidem prouinciæ poſtulare prohibitus eſt ad illius præſidis dignitatem tuendam, non eſt ferendus ſi apud alium præſidem poſtulare velit, ne minor illius quàm iſtius in tuenda vtriuſque dignitate ratio haberi videatur: & vt idem ius conſtituatur, vbi eadem ratio eſt. argument. *leg. illud 32. ad leg. Aquil.*

Ratio decidendi. Sententia quæ non infamat, nullam poteſt vim & autoritatem habere in alieno territorio, ne iuriſdictiones turbentur ſi permiſceantur. *lege vltima ſuprà de iuriſdict. lege cùm vnus 12. §. penultimo, de rebus autorit. iudic. poſſ.* nec in eo vlla ſit iniuria dignitati præſidis alterius prouinciæ apud quem hic hodie poſtulare vult, cùm æquè poſſit ille pro ſua autoritate arcere illum à poſtulando apud ſe ſi quam videat ſubeſſe iuſtam cauſam ita conſtituendi, quæ tamen non ſemper eadem ſubeſt in diuerſa prouincia.

c *Licèt eiuſdem nominis ſit.* Ratio dubitandi. Eadem prouincia eſſe videtur quæ idem nomen habet. Alioqui cur idem haberet nomen? argument. *lege ſi idem ſeptima. Codice de codicill.* Ergo qui in vna eius prouinciæ parte poſtulare prohibitus eſt, in altera quoque poſtulare prohiberi debet, licèt à diuerſis præſidibus regantur.

Ratio decidendi. Fuit quidem origine vna eadémque prouincia, ſed vbi poſtea diuiſa eſt, & ſub diuerſis præſidibus conſtituta factæ ſunt duæ, vt Germania, & Myſia, de quibus in l. 3. ſ. *de offic. adſeſſ.*

10. PAVLVS libro ſingulari Regularum.

HI, qui fiſci cauſas agunt, ſuam, vel filiorum, & parentum ſuorum, vel pupillorum, quorum tutelas gerunt, cauſam & aduerſus fiſcum agere non prohibentur.

Ad l. Hi qui 10.

Ratio dubitandi. Prodere fiſcum videtur is qui poſtquam aduocatus fiſci fuit, atque ita totius iuris fiſcalis ſecreta omnia perdidicit, poſtea vult aduerſus fiſcum poſtulare, etiamſi vel ſuam vel filiorum aut parentum ſuorum vel pupillorum quorum tutelas gerit cauſam agat. Ergo puniri potius debet tanquam præuaricator. *l. 1. in princ. & §. 1. de præuaricat.* iunct. *leg. 3. § quod ſi eod.* Eos namque qui cauſam fiſci ſemel egiſſent prohibitum eſt generaliter aduerſus fiſcum patrocinium præſtare. *lege prima. Codice de aduoc. fiſci.* niſi autore ipſo Principe. *lege 2. eod.*

Ratio decidendi. Non debet cuiquam officium ſuum præſertim publicum eſſe damnoſum. *lege videlicet 27. ex quib. cauſ. maior.* Eſſet autem ſi non poſſet tueri niſi pretio violatæ pietatis, quæ ſanè violantur ſi officia quæ quis neceſſario ſibi, liberis, parentibus, pupilliſve ſuis debet prætermittantur. *lege puto. 6. ſuprà eod.* Nec eſt quod quis fiſcum ideo proditum putet. Quod enim dicimus poſſe hunc qui fiſci aduocatus fuit contra fiſcum ipſum poſtulare non de eadem cauſa accipiendum eſt, ſed de alia quæ cum ea in qua fuit aduocatus, nihil omnino habeat commune. Niſi ſpecialiter à principe quis impetret, vt aduerſus fiſcum agat illam ipſam cauſam in qua aduerſus patrem pupilli aduocatus fiſci antea fuiſſet, vt in *l. ſeq. prox.*

1 ¶ Decuriones quoque contra patriam ſuam cauſas agere prohibentur præter ſuperiores perſonas.

Ad §. 1. Decuriones.

Ratio dubitandi. Quiſquis poſtulando aut alia qualibet ratione auxilium alteri præſtare poteſt fortaſſis oppreſſo gratia & ambitione aduerſariorum & de cuius vita vel exiſtimatione tuenda agatur, quæ per calumniam ſub nomine ciuitatis fuerit oppugnata, vltrò ſuam operam offerre in eam rem debet, aut ſaltem ſi implorata ſit non denegare. cùm hominem beneficio affici intersit hominis adeóque totius reipublicæ. *l. ſeruus 7. de ſeru. expor.* præcipuumque aduocatorum officium illud ſit vt laborantium ſpem, vitam, & poſteros defendant. *lege aduocati 14. Codice de aduocat. diuerſ. iudicior.* Non ergo diſtinguendum eſt an decurio alicui velit adeſſe contra patriam ſuam, an aduerſus alium quemlibet dummodo iuſta & honeſta cauſa ſit pro eo poſtulandi.

Ratio decidendi. Parum honeſti, valdéque integri animi eſt contra rempublicam ſuæ ciuitatis adeſſe velle illum, qui in ea decurionatus honorem ſit conſecutus. *l. 2. C. de aduocat. diuerſ. iudic.* Nec ob id ſalus aut vita illius qui aduocatum quærit periclitabitur, cùm alium aduocatum æquè peritum, fortaſſis etiam peritiorem & meliorem ſit inuenturus, & ab ipſo etiam prætore, aut præſide prouinciæ accepturus. *l. 1. §. ait prætor ſ. h. tit.*

a *Præter*

a *Præter ſuperiores perſonas.* Nemini permittitur adeſſe contra rempublicam ciuitatis, in qua decurionatus honorem conſecutus eſt *d. l. 2. Cod. de aduoc. diuerſ. iudic.* Ergo diſtingui non oportet, pro qua perſona decurio contra patriam ſuam poſtulare velit. Nam nec nobis, nec liberis aut parentibus noſtris tantum debemus quantum patriæ, cui primùm nati ſumus. *l. 1. §. & generaliter de ventr. in poſ. mitt. l. poſtliminium 19. §. filius quoque de capt. & poſtlim.*

Ratio decidendi. Superiores perſonæ ſunt adeò coniunctæ, vt non poſſit recuſare decurio ne pro iis poſtulet etiam contra patriam ſuam quin violet officia pietatis, cùm nô eo magis futurum ſit vt ciuitatis cauſa periclitetur, quæ aduocatis deſtituta eſſe nunquam poteſt. Alioqui nemini erit permittendum vnquam vt contra patriam ſuam poſtulet, ne pro ſe quidem, aut ex alia prouincia euocandi erunt aduocati, qui non eandem patriam habeant, vt contra patriam eius pro quo poſtulant admitti & audiri poſſint: quod vtique quàm abſurdum futurum ſit nemo non videt, nec tantùm iniquum, ſed ipſi etiam ciuitati inuidioſum, & iis qui ciuitati præſunt ſi tam impotenter ſe gerant, vt neminem contra ciuitatem poſtulare patiantur. *lege nec quicquam 9. §. aduocatos in fine de officio proconſul.* Adeò vt nec venia vlla ex hac cauſa ſit impetranda: vidique aliquandu publicè reprehenſos qui in publico auditorio contra ciuitatem ſuam litigaturi & poſtulaturi pro alio veniam à Senatu noſtro deprecabantur.

11. TRYPHONINVS libro 5. Diſputationum.

A Principe noſtro reſcriptum eſt, non prohiberi tutorem adeſſe pupillo in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuiſſet. Sed & illud permiſſum ab eo eſt [a], agere tutorem pupilli cauſa aduerſus fiſcum, in qua aduerſus patrem pupilli antea aduocatus fiſci fuiſſet.

1 ¶ Qui autem inter infames ſunt [b], ſequenti titulo explanabitur.

Ad l. A Principe. vlt.

Ratio dubitandi. Præuaricator ille eſt qui ab vtraque parte conſiſtit, & inde nimirum ſic dictus *l. 1. de præuaric.* Atqui tutor hic qui adeſſe vult pupillo ſuo in eo ipſo negotio in quo aduocatus fiſci contra patrem eius fuit conſiſtit ab vtraque parte. Ergo præuaricator eſt ac proinde puniendus, tanto magis ſi præuaricatur eſt contra fiſcum.

Ratio decidendi. Officij neceſſitas & ipſius fides eum excuſat *l. tutorem 21. de his quæ vt indig.* cum neceſſariò fungatur officio *l. puto 6. ſupr hoc tit.* eóque tali quod pietatis cauſam adnexam habeat, & quod de nouo emerſit. Quæ enim de nouo emergunt, nouo indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.* Extra hanc cauſam non idem liceret, eſsétque præuaricatio *l. 3. §. quod ſi præuaric.*

a *Sed & illud permiſſum ab eo eſt.* Ratio dubitandi. Si iure communi poterat tutor pupilli cauſam agere aduerſus fiſcum etiam in qua aduerſus patrem pupilli anteà aduocatus fiſci fuiſſet, non fuit hoc à Principe impetrandum. *lege Imperatores trigeſima. de rebus autorit. iudic. poſſid.* ſi verò iure communi hoc non licebat ſine præuaricatione non fuit permittendum, ne præuaricationis & delicti autor fiat Princeps, ad quem maximè pertinet prouidere vt delinquentes præſertim aduerſus fiſcum ſeueriſſimè puniantur *l. 1. C. ſi aduerſ. vendit.* Ita enim fieret vt inde naſceretur iniuriarum occaſio vnde iura naſcuntur *l. meminerint 6. C. vnde vi.*

Ratio decidendi. Multa ſunt quæ ſi minimè permittantur, non niſi illicitè fieri poſſunt; & quæ tamen licitè permittuntur, vt in ſpecie *l. ex facto 43. de vulg. & pupil. ſubſt. l. 1. Cod. ſi nup. ex reſcript. petant.* In eo numero eſt etiam ſpecies quæ hîc proponitur. Nam eundem qui aduocatus fiſci fuit contra pupilli patrem poſteà pupillo adeſſe contra fiſcum in eadem cauſa ob id ſolùm quòd eius pupilli tutor eſſe cœperit, ſanè perquàm durum eſt, vt dixi ad *l. praced. in princ.* Et ideò non excuſaret tutorem officij neceſſitas, niſi autore ac permittente principe hoc faceret, cùm agitur de cauſa fiſci quæ hac parte fauorabiliſſima eſt. Adeò vt nec facilè credendum ſit Principem conceſſurum vt quis pro alio ſuſcipiat contra fiſcum tractandam eam cauſam quam pro fiſco antea tractauerit *l. 2. C. de aduoc. fiſc.* Sed poteſt fieri vt eius probitatis támque perſpectæ fidei ſit is qui & aduocatus fiſci antè fuit, & nunc pupilli tutor eſt, vt hoc ei Princeps libens permittat. Præſertim cùm alia quodammodo ſit cauſa quæ hodie inter fiſcum & pupillum tractatur, quàm quæ antea inter fiſcum & patrem pupilli. Eſt enim ſemper cauſa pupilli fauorabilior, quamuis alioqui ſit iniquum eum qui cum pupillo non contraxerit expectare pupilli pubertatem *l. 3. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Et hinc meo iudicio petenda eſt præcipua decidendi ratio ad vtramque ſpeciem huius legis. Vix enim aut reſcripturus aut permiſſurus erat Princeps quod hic ab eo & reſcriptum & permiſſum ait Iureconſultus, ſi hic tutor eam cauſam in qua nunc pro pupillo poſtulare vult, tractaſſet antea pro fiſco non contra patrem pupilli, vt lex ponit, ſed contra pupillum ipſum, quia tunc eadem penitus cauſa fuiſſet tam perſonarum conditione, quàm rei qualitate, nec ſola tutoris conditio quæ ſuperuenit fauorem hunc extorquere poſſet, quia pupillorum cauſa non propter tutorem fauorabilis eſt, ſed propter pupillum ipſum. At mutatio perſonæ facit plerunque aliam cauſam licèt eadem lis duret, vt in *lege tertia. paragrapho primo. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. & an eadem 12. iunct. l. ſi cum vno 22. de except. rei iudic.*

b *Qui autem inter infames ſunt.* Totus hic verſiculus meritò lineis interclusus eſt. Neque enim eſt Tryphonini, ſed vel compoſitorum vel interpretis alicuius, titulum ſequentem cum hoc connectere, & vt noſtri loquuntur continuare volentis.

DE HIS QVI NOTANTVR INFAMIA.

TITVLVS II.

(IVLIANVS lib. 1. ad Edictum.)

PRÆTORIS verba dicunt: *infamia notatur, qui ab exercitu, ignominiæ cauſa, ab Imperatore, eóve, cui de ea re ſtatuendi poteſtas fuerit, dimiſſus erit. Qui artis ludicræ, pronuntiandive cauſa in ſcenam prodierit: Qui lenocinium fecerit: Qui in iudicio publico calumniæ, præuaricationiſve cauſa quid feciſſe iudicatus erit: Qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo & fraude ſuo nomine damnatus, pactuſve erit: Qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti, ſuo nomine non contrario iudicio damnatus erit: Qui eam, quæ in poteſtate*

poteſtate

teſtate eius eſſet, genero mortuo, cùm eum mortuum eſſe ſciret, intra id tempus, quo elugere virum moris eſt, antequam virum elugeret, in matrimonium collocauerit, eamve ſciens quis uxorem duxerit, non iuſſu eius, in cuius poteſtate eſt: & qui eum, quem in poteſtate haberet, eam, de qua ſupra comprehenſum eſt, vxorem ducere paſſus fuerit: Quive ſuo nomine non iuſſu eius, in cuius poteſtate eſſet: eiúſve nomine, quem, quamve in poteſtate haberet, bina ſponſalia, binaſve nuptias in eodem tempore cõſtitutas habuerit.

Ad Tit. 2. De his qui notant. infam.

Ad l. Prætoris 1.

Ratio dubitandi. Viris bonis maior & grauior eſt, vt eſſe debet, metus infamiæ, quam mortis. *lege iſti quidem. & §. penultimo.*]. *quod met. cauſa.* Atqui nulla ex his cauſis edicto iſto comprehenſis vitam adimit. Ergo neque exiſtimationem adimere & infamiam irrogare debet.

Ratio decidendi. Eſt quidem apud bonos & graues viros grauior iactura exiſtimationis quam vitæ, ſed apud improbos & perditos de qoibus ſolis in hoc titulo agitur non item: & ob id grauior iis pœna eſt, nec proinde tam facilè irroganda quæ vitam iis adimit, quàm quæ exiſtimationem & famam, cuius nullam penitus rationem illi habent. *lege prima. paragrapho ſolent. de officio præfect. vrb. lege ſi quis iniuriam 35. de iniur. lege capitalium 28. in princ. verſ. cætera. de pœn. lege penultima. paragrapho exiſtimatio de extra. cognit.* Proinde æquum fuit ita ius conſtitui, vt qui nullam famæ ſuæ rationem habere vellent, ſi tamen nihil admiſiſſent propter quod grauiùs puniri deberent, infamia ſaltem notarentur. Singula huius edicti capita interpretabimur ad ſingulas huius tituli leges. Hæc enim nihil niſi edicti verba continent.

2. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

QVod ait Prætor: *qui ab exercitu dimiſſus erit:* dimiſſum accipere debemus militem caligatum [a], vel ſi quis alius [b] vſque ad centurionem, vel præfectum cohortis, vel alæ, vel legionis, vel tribunum, ſiue cohortis, ſiue legionis dimiſſus eſt. ¶ Hoc amplius Pomponius ait, etiam eum, qui exercitui præeſt [c], licèt conſularibus inſignibus vtitur: ignominiæ cauſa ab Imperatore miſſum hac nota laborare. ¶ Ergo & ſi dux, cùm exercitui præeſt, dimiſſus erit, notatur. Et, ſi princeps dimiſerit: & adiecerit [e], *ignominiæ cauſa ſe mittere*, vt plerumque facit: non dubitabis, & ex edicto prætoris eum infamia eſſe notatum. Non tamen, ſi citra indignationem principis [f] ſucceſſor ei datus eſt.

Ad l. Quod ait prætor 2.

Ratio dubitandi. Poteſt euenire facilè vt miles aliquis dimittatur ab exercitu etiam ignominiæ cauſa per inuidiam aut inconſultum calorem iracundiæ illius qui exercitui præeſt, aut cui de ea re ſtatuendi poteſtas eſt. Quo tamen caſu nemo dixerit æquum eſſe vt qui re vera innocens eſt, infamia notetur. Non tam ergo inſpiciendum eſt, an dimiſſus ſit ab exercitu etiam ignominiæ cauſa, quàm vtrum deliquerit.

Ratio decidendi. Cùm triplex miſſio ſit honeſta, cauſaria, & ignominioſa, certum eſt ignominioſam illam eſſe, cùm quis propter delictum ſacramento ſoluitur. *leg. milites 13. §. miſſionum.*]. *de re mil.* Itaque cùm in neceſſarium antecedens præſupponat delictum, cuius proinde plenas probationes eſſe oportet, mirum non eſt notari infamia quiſquis ignominiæ cauſa miſſus eſt. *lege 3. Codice eod. ill. tit. de re milit. lib. 12. tit. 36.* Nec ſane præſumendum aut etiam facilè verendum eſt ne qui Romano exercitui præeſt ignominioſam miſſionem factutus ſit ſine cauſa, præſertim cùm in ſententia ſua ſemper addere debeat cur miles mittatur, vt ſubiicit Vlp. in §. *ignominia*]. *hac lege.*

a *Militem caligatum.* Sic dictum à veſtimenti genere quo milites vtebantur. Vnde & Imperator Caligula nomen ſumpſit. Ergo neque tiro neque miles lectus quidem, ſed nondum in ordines receptus hoc edicto teneri & infamia notari poteſt, quia non ſunt milites caligati.

Ratio dubitandi. Non debent iſti melioris conditionis eſſe quàm ſi eſſent iam caligati milites, ne alioqui pro fauorabilioribus habeamus eos qui minus quàm qui magis de republica meriti ſunt. Ergo perinde notari debent infamia ſi delictum illud admiſerint propter quod dimittendi eſſent ignominiæ cauſa ſi eſſent milites caligati, præſertim cùm ſint illi in exercitu, & ab exercitu dimittantur ac ſi milites eſſent.

Ratio decidendi. Non poſſunt ab exercitu, aut à militia dimitti, neque ignominiæ cauſa neque aliter, qui nullo adhuc militiæ ſacramento ſunt obſtricti. Admiſſos enim eſſe illos neceſſe eſt antequàm dimitti poſſint, cùm non poſſit deſinere miles eſſe, qui nunquam incepit. arg. *leg. ſi in diem 46. leg. Titio vſumfructum 96. de cond. & demonſtr.* Vnde eſt quod nec priuilegium vllum militare habent, nec ſi iam publicis expenſis iter faciant. *lege antepenultima de teſtamento militum.* Ergo nec ſi deliquerint, poſſunt tamen ex hoc edicti capite notari, quia non alios prætor notat, quàm qui & milites iam ſunt, & ignominiæ cauſa dimittuntur. Fieri tamen interdum poteſt vt quis miles ſit, nec tamen ſit in numeris, vt in eleganti & ſingulari caſu *l. vnica. in fin.*]. *de bon. poſſ. ex teſtament. milit.*

b *Vel ſi quis alius.* Verba enim edicti ſunt generalia, *qui ab exercitu.* Ratio dubitandi. Centurio, præfectus cohortis, vel alæ, vel legionis, vel tribunus ſiue cohortis ſiue legionis, non ſunt milites, ſed militibus imperant, & in eos poteſtatem habent. Ergo non eodem quo cæteri milites iure cenſeri debent.

Ratio decidendi. Non minus ipſis quàm militibus conueniunt verba edicti quæ ſunt generalia, vt diximus. Tantóque digniores ſunt iſti vt infamia notentur, ſi tam grauiter deliquerint, vt ignominiæ cauſa dimitti debuerint, quanto fœdiora & periculoſiora ſunt peccata in iis qui imperant, quàm in cæteris qui parent. Peccant enim illi quidem re ipſa, ſed iſti & re & exemplo.

c *Etiam eum qui exercitui præeſt.* Ratio dubitandi. Qui præeſt exercitui, eius eſt alios dimittere ignominiæ cauſa nec niſi de illo potuit ſanè prætor ſentire, cum adiecit in edicto, *éove cui de ea re ſtatuendi poteſtas fuerit.* Ergo non cogitauit prætor de illo inter eos numerando, quos putauit notandos infamia.

Ratio decidendi. Locutus eſt prætor primùm de omnibus qui ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſi erunt ab Imperatore. In quo numero non poteſt negari quin is quoque contineatur, qui exercitui præeſt, cùm non minùs ſubſit ille Imperatori quàm alius miles quilibet. Imò tantò certius quantò proximius, &, vt loquuntur, immediatè,

d *Ergo etſi dux.* id eſt, Imperator. Ratio dubitandi. & decidendi eadem quæ ad verſiculum proximè præcedentem, niſi quod longè minor dubitatio eſt quin dimitti poſſit Imperator à Principe dimiſſúſque notari debeat, cùm vt vitæ & necis, ita & famæ cuiuſque arbitrium ſit in ſupremi principis poteſtate.

e *Et adiecerit ignominiæ cauſa ſe mittere.* Ratio dubitandi. Qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt etiam ſine mentione ignominiæ, nihilominùs ignominiæ cauſa miſſi intelliguntur *lege milites 13. paragrapho miſſionum de re milit.* Quantò magis ergo qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt ab ipſo Principe?

Ratio decidendi. Intereſt an ignominiæ cauſa quis dimiſſus ſit à Principe, an ab alio: alius enim quàm Princeps ſi dimittat non poteſt id facere ſine cauſa, quam & exprimere tenetur, vt dicemus ad paragraphum *ignominiæ.* J. ob idque facta mentione delicti facilè eſt videre factam ignominiæ cauſa miſſionem quamuis nihil dictum ſit de ignominia, ſicut etiam euenit cùm quis remouetur à tutela, & quæritur de ipſius exiſtimatione *leg. 4. §. 1. & ſeq. de ſuſp. tutor.* At Princeps poteſt quemlibet dimittere, non ſolùm pro arbitrio, ſed etiam ſine cauſa, nec poteſt quiſquam ei dicere cur ita faciat. Proinde non eſt credendus in dubio ita facere ignominiæ cauſa, ſi non exprimat, ſed potiùs quòd aliqua de cauſa alia putet ſua intereſſe id fieri, fortaſſis habens ſuſpectam ipſius aut peritiam aut fidem.

f *Non tamen ſi citra indignationem Principis.* Ratio dubitandi. Etiamſi Princeps ſucceſſorem Imperatori dederit per indignationem, non ideò tamen ignominiæ cauſa eum dimiſiſſe intelligitur niſi id expreſſerit, vt proximè dictum eſt. Nihil ergo refert an ſucceſſorem ei dederit per indignationem, an alia mente. Neutro enim caſu notatur qui ſucceſſorem accepit, niſi princeps expreſſerit ſe id facere ignominiæ cauſa.

Ratio decidendi. Princeps tunc dat Imperatori ſucceſſorem per indignationem cùm dat ignominiæ gratia, alioqui nec per indignationem nec ignominiæ cauſa dare intelligitur qui dat ſimpliciter. Nam & hoc ad Cæſaris exiſtimationem pertinet, vt non temerè parúmque recto iudicio indignum hominem elegiſſe videatur, qui exercitui præeſſet.

1 ¶ Exercitum autem, non vnam cohortem, neque vnam aliam dicimus: ſed numeros multos militum: nam exercitui præeſſe dicimus eum qui legionem, vel legiones cum ſuis auxiliis ab Imperatore commiſſas adminiſtrat.

¶ Sed hic etiam eum, qui ab aliquo numero militum miſſus eſt [g], quaſi ab exercitu miſſum ſit accipiemus.

Ad §. 1. Exercitum.

Ratio dubitandi. Exercitus nomen ab exercitatione traxit, quod exercitando fiat melior *lege 1. in fine de teſtament. milit.* Atqui hoc etiam vni cohorti vel alæ conuenit. Ergo etiam vnam cohortem vel alam poſſumus exercitum dicere.

Ratio decidendi. Imò verò militem dictum volunt à numero millenario quaſi milleſimum quemlibet *dicta lege 1. §. vltimo de teſtamento militum.* Multos igitur numeros militum eſſe oportet vt exercitui præeſſe quis dicatur, vt ſcilicet legionem vel legiones cum ſuis auxiliis ab Imperatore commiſſas adminiſtret.

g *Etiam eum qui ab aliquo numero militum miſſus eſt.* Ratio dubitandi. Prætoris edictum non de alio locutum eſt quàm de eo qui miſſus ſit ab exercitu, vt ſcriptum eſt initio huius legis. Atqui hic qui aliquo numero militum miſſus eſt, non poteſt dici miſſus ab exercitu, vt proximè diximus. Ergo ad eum protrahi edictum non debet cùm ſit pœnale & conſequenter odioſum nullâque adiuuandum interpretatione *leg. cùm quidam 19. de libert. & poſt.*

Ratio decidendi. Non fuit hic reuera dimiſſus ab exercitu, ſed tamen ſic accipitur quaſi dimiſſus, quia militis fides, & officium non ex aliorum numero, ſed ex propria ipſius perſona æſtimari debet.

2 *Ignominiæ cauſa miſſum:* hoc ideò adiectum eſt: quoniam multa genera ſunt miſſionum [h].

¶ Eſt honeſta, quæ emeritis ſtipendiis, vel antè ab Imperatore indulgetur.

¶ Eſt cauſaria, quæ propter valetudinem laboribus militiæ ſoluit: eſt ignominioſa.

¶ Ignominioſa autem miſſio totiens eſt, quotiens is, qui mittit, addit nominatim, ignominiæ cauſa ſe mittere [i]: ſemper enim debet addere [k] cur miles mittatur. Sed & ſi eum exauctorauerit [l], id eſt, inſignia militaria detraxerit: inter infames efficit, licèt non addidiſſet, ignominiæ cauſa ſe eum exauctoraſſe.

¶ Eſt & quartum genus miſſionis, ſi quis euitandorum munerum cauſa militiam ſubiiſſet [m], hæc autem miſſio exiſtimationem non lædit, vt eſt ſæpiſſimè reſcriptum.

Ad §. 2. Ignominia.

h *Multa genera ſunt miſſionum.* Tria ſcilicet, quæ Macer tractat in *leg. milites 13. §. miſſionum de re milit.* iiſdem penè verbis quibus hic Vlpianus, niſi quod addit Vlp. quartum genus miſſionis cuius nulla fit apud Macrum mentio.

i *Addit nominatim ignominiæ cauſa ſe mittere.* Ratio dubitandi. Etiam qui ſine ignominiæ mentione miſſi ſunt nihilominùs ignominiæ cauſa miſſi intelliguntur *dict. l. milites 13. §. miſſionum in fine de re milit.* ergo non eſt neceſſe vt is qui alium ignominioſè dimittit dicat ſe ignominiæ cauſa id facere.

Ratio decidendi. Non eſt neceſſaria mentio & expreſſio huius dictionis, *ignominiæ cauſa:* ſed neceſſaria eſt expreſſio cauſæ id eſt, criminis, propter quod fit miſſio. Quæ cauſa cùm pendeat à crimine nunquam poteſt eſſe non ignominioſa, & cùm exprimatur perinde eſt ac ſi expreſſum quoque eſſet ignominiæ cauſa fieri miſſionem. Et hoc eſt quod Vlpian. ſubiicit, *ſemper enim debet addere cur miles mittatur.*

k *Semper enim debet addere.* Ratio dubitandi. Parum prudenter facit iudex qui in ſententia ſua rationem qua motus eſt exprimit. In eóque cautiores ſunt noſtri temporis iudices quàm fuerint antiquiores quorum ſolemnis mos fuit ſententias ſuas omnes incipere per *Quoniam nobis conſtitit.* Interpoſita enim appellatione facilius eſt ſubuertere ſententiam, euerſa ratione quæ mouit iudicem vt ita pronunciaret.

Ratio decidendi. In ciuilibus quidem cauſis conſultius eſt nullam ſententiæ rationem exprimere, ſed in criminalibus neceſſe eſt, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſit an ſententia valeat, quia facti quidem quæſtio in arbitrio eſt iudicantis, ſed pœnæ perſecutio non eius voluntati

mandatur,

mandatur, at legis autoritati reſeruatur *lege 1. §. 1. verſ. quorum alterum ad Senatuſconſultum Turpillianum.* Item vt ſciatur, an qui condemnatus eſt infamia notetur quia ſicuti nunquam ſola cauſa infamat ſine ſententia *leg. infamem . de public. iudic.* Ita nec ſententia, adeóque nec ipſa ſententiæ executio ſine cauſa *d. l. 7. & l. ictus fuſtium 22. ff. h. tit.*

l *Sed etſi eum exauctorauerit.* Exauctoratio non poteſt alium aut grauiorem effectum habere quàm miſſio ignominioſa. Quid enim eſt quod peius contingere militi poſſit, quantum ad honorem? Atqui miſſio ignominioſa non infamat, niſi is qui mittit, vel addiderit ſe ignominiæ cauſa mittere, vel ſaltem expreſſerit crimen, quod miſſioni cauſam dedit, vt proxime dictum eſt. Ergo & cùm quis exauctoratur eadem mentio & expreſſio neceſſaria eſt.

Ratio decidendi. Plus eſt exauctorare quàm per ſententiam & nudis verbis ignominioſè quem ab exercitu dimittere. Exauctorare enim, vt hic Vlpianus ait, nihil aliud eſt quàm inſignia militaria detrahere, quod non fit in alia viſa quàm in ignominioſa miſſione. Nihil ergo neceſſe eſt vt qui exauctorat addat ſe ignominiæ cauſa id facere: nec enim refert an verbis an factis animi ſui ſenſum motúmque quis declaret *lege non tantùm 5. rat. rem haber.* Nam & ignominia & graue crimen eſt ſi quis arma ſua alienauerit, adeò vt ex hac cauſa perinde miles condemnandus ſit, atque ex deſertione *l. qui commeatus 14. §. arma de re milit.*

m *Si quis euitandorum munerum cauſa militiam ſubiiſſet.* Ratio dubitandi. Intereſt reipublicæ, vt munera & honores in ciuitatibus æqualiter per vices & ſecundùm ætates & dignitates, vt gradus munerum honorúmque qui antiquitus ſtatuti ſunt iniungantur, ne ſine diſcrimine & frequenter iiſdem oppreſſis ſimul viris & viribus reſpublicæ deſtituantur *lege 3. §. præſes prouinciæ. ff. de muner. & honor.* Ergo qui obnoxius muneribus ſuæ ciuitatis nomen militiæ defugiendi oneris municipalis gratia dedit, cùm deteriorem cauſam reipublicæ facere voluerit quamuis non potuerit *lege cura 4. §. vltimo eod.* tamen id impunè ferre non debet. Atqui impunè feret ſi tantùm dimittatur, nec ei infamia irrogetur. Ergo infamia notandus eſt.

Ratio decidendi. Qui detrectat munus ſuæ ciuitatis, noménque ſuum in eum finem dat militiæ, nihil turpe facit, nec tam peccat, quia faciat id quod facere non debet, quam quia non faciat quod facere deberet: inter quæ licèt nulla videatur eſſe differentia *lege qui non facit 121. de regulis iuris*, re vera tamen eſt maxima, quia multò grauiùs peccatur in committendo, quam in omittendo, vt volunt Theologi. Sufficit itaque hic conſtitutum ius eſſe, vt qui hoc conſilio militiam ſubeit, deteriorem reipublicæ ſuæ cauſam facere non poſſit *dicto paragrapho vltimo. lege quarta de muner. & honor.* Alioqui eueniret vt conſilium quoque ipſius puniretur, quod effectum nullum habuiſſet: quæ res durior eſt, quam vt admitti debeat, niſi in eorum genere factorum, quæ non modò turpia, ſed etiam turpiſſima exiſtimantur *lege proximè infra. hoc titulo.* Eſt verò quartum hoc genus miſſionis, & quidem minùs ordinarium, ob eamque cauſam prætermiſſum à Macro in *dicta lege milites 13. paragrapho miſſionum de re milit.* Simile illud eſt ſi quis metu criminis, in quo iam reus fuerat poſtulatus nomen militiæ dederit. *lege vltima in principio de re milit.*

3 ¶ Miles, qui lege Iulia de adulteriis fuerit damnatus, ita infamis eſt, vt etiam ipſa ſententia eum ſacramento ignominiæ cauſa ſoluat.

Ad §. 3. Miles.

Ratio dubitandi. Qui ſacramento ſoluitur per ignominioſam miſſionem, non aliter tamen notatus intelligitur, quàm ſi ignominiæ cauſa miſſus probetur ex verbis ſententiæ *§. prox. ſ.* Ergo miles qui lege Iulia de adulteriis fuerit damnatus non omnimodo infamis eſt, etiamſi ſententia eum ſacramento ſoluat, niſi in ſententia additum ſit *ignominiæ cauſa*.

Ratio decidendi. Expreſſa cauſa adulterij, quàm in huiuſmodi ſententia exprimi neceſſe eſt, tam eſt ignominioſa, vt non debuerit iudex addere ſe ignominiæ cauſa condemnare illum quem ob delictum tam graue & tam turpe condemnauit. Vt neque neceſſaria eſt adiectio illa *ignominiæ cauſa*, in miſſione ignominioſa quoties per ſententiam conſtat de miſſionis cauſa quæ ſit ignominioſa *lege milites 13. paragrapho miſſionum. in fine de re milit.* Nam & in lege Iulia de adulteriis hoc amplius eſt, quod cùm in cæteris delictis neceſſaria ſit ſententia ad irrogandam infamiam *lege infamem. 7. de public. iudic.* tamen ad notandam mulierem quæ in adulterio deprehenſa eſt, ſufficit vt ſit deprehenſa, licèt non fuerit condemnata, adeóque quod magis eſt licèt fuerit abſoluta, quia lex factum notauit non ſententiam, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. palam 43. §. pen. de rit. nupt.* Sanè ad maſculum infamandum non ſufficit factum, ſed requiritur ſententia, vt & in alio publico iudicio quolibet. Sed erit non ſententia ipſa ſufficiet? Fit ergo hic miles infamis, non quia miſſus ſit, ſed quia publico iudicio damnatus, & ex ea cauſa ex qua notatus eſſet etiamſi miles nunquam fuiſſet.

4 ¶ Ignominia autem miſſis neque in vrbe, neque alibi, vbi Imperator eſt, morari licet.

Ad §. 4. Ignominia.

Ratio dubitandi. Militia ignominia miſſi, quamuis nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent vti poſſint, habent tamen morandi vbi velint poteſtatem præterquam in eis locis à quibus ſpecialiter arcentur *l. 3.* vbi ſic legendum eſt *Cod. de re milit.* Ergo ibi etiam morari poſſunt vbi eſt Imperator: Niſi contrarium ſpecialiter in ſententia expreſſum ſit.

Ratio decidendi Arcentur iſti ab omnibus locis, non tantùm qui expreſſi ſunt ſpecialiter in ſententia, ſed & qui expreſſi ſunt in iure. Inter quos eſt locus ille vbi Imperator eſt & Princeps, itémque vrbs ipſa Roma, quòd indignus ſanè ſit qui in his locis habitet is quem ignominioſa miſſio fecit infamem. Nec verendum eſt ne libertas de qua in ſententia nihil dictum fuit hoc modo ei adempta videatur, aut ſaltem imminuta. Imminuitur enim cùm quis in certo loco habitare perpetuò iubetur, & ab eo recedere prohibetur, vt in *lege Titio centum 71. paragrapho ſecundo de condic. & demonſtr.* at non ſimiliter cùm alicubi eſſe vetatur. Sicut nec iniungitur viduitas mulieri quæ Titio aut Seio nubere prohibetur, cùm alij cuilibet commodè poſſit nubere *lege cùm tale legatum 63. eodem.* Itaque quod ſcriptum eſt in *dicta lege 3. præterquam in eis locis, à quibus ſpecialiter arcentur*, perinde eſt ac ſi ſcriptum eſſet, *præterquam in vrbe aut vbi Imperator eſt, aut ſi quis alius etiam locus in ſententia expreſſus ſit.* Nec enim Vlpianus noſter Antonini reſcriptum illud ignorauit.

5 ¶ Ait prætor: *qui (in) ſcenam prodierit*, infamis eſt. Scena eſt, vt Labeo definit, quæ ludorum faciendorum cauſa, quolibet loco, vbi quis conſiſtit, moueatúrque ſpectaculum ſui præbiturus, poſita

ſita ſit in publico priuatóve vel in vico: quo tamen loco paſſim homines ſpectaculi cauſa admittantur: eos enim, qui quæſtus cauſa in certamina deſcendunt, & omnes propter præmium in ſcenam prodeuntes, famoſos eſſe [n], Pegaſus, & Nerua filius reſponderunt.

Ad §. 5. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Qui in ſcenam prodeunt virtutem ſuam & ingenium, plerumque admirabile oſtendunt, poteſtque ea res publicè prodeſſe, ſi quod plerumque fit in comœdiis & tragœdiis frequentiora hominum vitia publicè vituperentur, & apud eos quibus poſſit dici, *mutato nomine de te Fabula narratur.* Ergo non eſt iuſta hæc cauſa irroganda infamiæ. arg. *l. athletas* 4. ȷ. *h. tit. l.* 1. §. *remouet.* ſ. *tit. prox.*

Ratio decidendi. Virtutem quidem ſuam & induſtriam iſti oſtendunt, ſed non eius oſtendendæ gratia hoc faciunt, ſed propter præmium & mercedem ac quæſtus gratia, quæ res eos infames facit. Alioqui non eſſent infames, ſi non in ſcena ipſa paſſi eſſent ſe honorari. arg. *d.* §. *remouet. verſ. & qui operas.*

n *Famoſos eſſe.* At cur non etiam capite plectendos? vt de militibus ſcriptum eſt in *lege quadam decimaquarta de pœn.* Nempè quia quædam delicta ſunt quæ pagano aut nullam aut leniorem pœnam irrogant, grauiorem verò militi, propter militaris conditionis dignitatem. *d. l. quadam.*

3. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

QVi autem operas ſuas locauit, vt prodiret artis ludicræ cauſa, neque prodiit: non notatur, quia non eſt ea res adeò turpis, vt etiam conſilium puniri debeat.

Ad l. Qui autem operas 3.

Ratio dubitandi. Qui operas ſuas locauit vt cum beſtiis depugnaret, notatur infamia, ſiue depugnauerit, ſiue non, inquit Vlpianus in *lege* 1. §. *remouet. verſ. & qui operas ſupr. tit. prox.* Ergo & qui operas ſuas locauit vt in publicum prodiret artis ludicræ cauſa, etiamſi non prodierit.

Ratio decidendi. Inter hos caſus differentia magna eſt quia prodire in ſcenam non eſt res adeò turpis, vt etiam conſilium puniri debeat, vt hîc Gaius ait. At cum beſtiis depugnare viliſſimum quid & turpiſſimum eſt. Ob idque vt quis ex ea cauſa notetur infamia, ſufficit quòd operas ſuas in hoc locauerit, licèt nòn depugnauerit. In iis enim quæ tam turpia ſunt, conſilium quoque puniri expedit, ſi modò iam effectum aliquem habere cœperit, puià ſi operarum locatio iam facta ſit, licèt nondum quicquam mercedis nomine ſolutum & protogatum fuerit. Alioqui non tam conſilium quàm cogitatio ſola puniretur contra *l. cogitationis* 18. *de pœn.*

4 VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

ATHletas autem Sabinus & Caſſius reſponderunt omnino artem ludicram non facere [a]: virtutis enim gratia hoc facere, & generaliter ita omnes opinantur, & vtile videtur [b] vt neque Thymelici [c] neque exuſtici, neque agitatores, nec qui aquam equis ſpargunt [d], cæteráque eorum miniſteria, qui certaminibus ſacris deſeruiunt, ignominioſi habeantur.

Ad l. Athletas 4.

Ratio dubitandi. Athletæ ſpectaculum ſui præbent, & quidem in loco publico, in quem paſſim omnes coëunt ſpectaculi cauſa, nec aliud ferè agunt per totam vitam. *l. vn. Cod. de athlet. lib.* 10. *tit.* 53. Non minùs, quàm qui artis ludicræ cauſa in ſcenam prodeunt. Ergo non minùs ſunt infames.

Ratio decidendi. Athletæ decertant in publico, non quæſtus, ſed virtutis tantùm oſtendendæ gratia, ideóque laudem potiùs & immunitatem pro virtutis ſuæ iuſto præmio, non infamiam reportare debent. *dict. leg. vnic. Cod. de athlet.*

a *Omnino artem ludicram non facere*, id eſt, nullomodo facere. Aliud enim eſt apud noſtros ſic ſcribere, *omnino non*, aliud verò tranſpoſitis verbis, *non omnino*, vt pleriſque iuris noſtri exemplis probari poteſt.

b *Et vtile videtur*, id eſt, æquum. Solet enim ciuilis legiſlator æquitatem metiri ex publica vtilitate, vt ſæpiùs monuimus. Publicè autem vtile eſt non deterreri athletas metu infamiæ, nec cæteros qui certaminibus ſacris deſeruiunt, ne populus ab his occupationibus vacuos peiora cogitet, de quibus non cogitat quandiu habet panem & Circenſes.

c *Thymelici.* Aderant iſti publicis & ſacris certaminibus ex eáque cauſa accipiebant præmia, non tamen operas ſuas locabant. *l. Septicia* 10. *de acceptil.* De quibus vide Scalig. 1. *poët.* 19.

d *Neque agitatores nec qui aquam equis ſpargunt.*

Ratio dubitandi. Hæ perſonæ inhoneſtæ appellantur in *l. ſi qua* 4. *Codice de ſpectat. & ſcenic. & lenon. lib.* 11. *tit.* 40.

Ratio decidendi. Non ideò ſunt infames. Minus enim eſt perſonam eſſe inhoneſtam, quam infamem. Omnes perſonæ infames ſunt inhoneſtæ: ſed non è conuerſo inhoneſtæ omnes ſunt infames.

1 ¶ Deſignatores autem, quos Græci βραβευτὰς appellant, artem ludicram non facere Celſus probat: quia miniſterium, non artem ludicram, exerceant. Et ſanè locus iſte hodie à principe non pro modico beneficio datur.

Ad §. 1. Deſignatores.

Ratio dubitandi. Omnes iſti ludis & certaminibus inſeruiunt certa mercede. Ergo notantur infamia, perinde ac cæteri qui quæſtus gratia ludicram artem exercent. Ratio decidendi. Non artis ludicræ ſed miniſterij ſui mercedem accipiunt, quia non artem ludicram ſed miniſterium exercent, vt hîc Vlp. ex Celſo ſcribit.

2 ¶ Ait prætor, *qui lenocinium fecerit.* Lenocinium facit, qui quæſtuaria mancipia habuerit, ſed & qui in liberis hunc quæſtum exercet, in eadem cauſa eſt, Siue autem principaliter hoc negotium gerat, ſiue alterius negotiationis acceſſione vtatur: vt puta ſi caupo fuit, vel ſtabularius: & mancipia talia habuit miniſtrantia: & occaſione miniſterij quæſtum facientia: ſiue balneator fuerit, velut in

quibuſdam prouinciis fit, in balneis ad cuſtodienda veſtimenta conducta habent mancipia hoc genus obſeruantia in officina: lenocinij pœna tenebitur.

Ad §. 2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Habent domini in ſeruos vitæ & necis poteſtatem quam & parentes olim in liberos habuerunt. *leg. in ſuis 11. de liber. & poſt.* Ergo multo magis poterunt domini de mancipiorum ſuorum corporibus & pudicitia pro arbitrio diſponere, ne cui licet quod plus eſt, non liceat quod eſt minus, contra *leg. non debet cui 21. de regulis iuris.* Præſertim cùm ſerui quadrupedibus comparentur *leg. 2. ad legem Aquiliam.* nec iure vlli aut ciuili aut prætorio aut extra ordinem computentur, *leg. nullomodo 7. ad legem Corneliam de falſis.*

Ratio decidendi. Publicæ intereſt ne quis re ſua malè vtatur præſertim aduerſus publicam honeſtatem. *§. 1. Juſtitut. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Nam pudor ille & honeſtatis amor omnibus inſitus eſt à natura quæ non minùs ſeruos agnoſcit pro hominibus quàm alios quoſlibet. *lege 4. ſuprà. de iuſtitia, & iure. lege quod attinet 32. de regulis iuris.* Cúmque lenocinium facere non minùs turpe ſit quàm corpore quæſtum exercere *leg. palam 43. §. lenocinium de rit. nupt.* nemo non videt quàm dignus ſit infamia is, qui quæſtuaria mancipia habet, ſed ille multò magis qui liberis ſuis in eandem turpitudinem abutitur, ſiue principaliter hoc negotium gerat, ſiue alterius negotiationis acceſſione vtatur, putà ſi caupo fuit, vel ſtabularius, vel balneator. nam ſi parentes tum quoque cùm vitam adimere liberis poterant, non tamen eam poteſtatem habebant, vt eis libertatem adimere poſſent, *leg. vlt. Cod. de patr. poteſt.* quaſi pluris facienda eſſet libertas, quàm vita, quódque non vt vitam à parentibus ita & libertatem liberi haberent, ſed à natura, multò minùs permittendum iis eſt vt patria poteſtate contra bonos mores publicámque honeſtatem abutantur *l. 1. §. vlt. de lib. exhib.*

3 ¶ Pomponius & eum, qui in ſeruitute peculiaria mancipia proſtituta habuit, notari poſt libertatem ait.

Ad §. 3. Pomponius.

Ratio dubitandi. Qui ſeruus eſt neque perſonam neque caput, nec proinde exiſtimationem vllam habere intelligitur *l. nullomodo 7. ad l. Corn. de falſ.* cùm nec tam pro mortuo, quàm pro nullo habeatur *leg. quod attinet 32. de regulis iuris.* Incipit enim & perſonam & caput habere eo demum die quo manumittitur *leg. 3. §. vlt. & l. 4. de capit. minut. leg. ſi Pamphilo 10. de opt. leg.* Ergo neque poteſt infamiam ex lenocinio contrahere, ne alioqui priùs amittat famam, quam habere cœperit contra *leg. ſi in diem 46. leg. Titio vſumfructum 96. de condict. & demonſtr.* Maximè cùm peculiaria mancipia non ſint ſerui qui nihil proprium habere poteſt, ſed domini, *leg. ſi liberam 10. Cod. quod cum eo qui in alien. poteſt.* nec turpis ille quæſtus ad ſeruum ipſum, ſed ad dominum pertineat ad quem & peculium pertinet. Denique cùm ſeruus ex iis quæ in ſeruitute geſſit poſt manumiſſionem non teneatur *toto titulo. Codice an ſeruus ex ſuo fact.* Vnde eſt, quod mulieris famæ non obeſt eius quæſtus in ſeruitute factus *lege Imperator vigeſima-quarta infra hoc titulo.*

Ratio decidendi. Seruus perinde ac liber homo delinquit. nec quod per manumiſſionem nouus homo fieri intelligitur *dict. leg. ſi Pamphilo*, facit vt eò minùs ex delicto teneatur, quia noxa caput ſequitur *l. licet 4. C. an ſeruus ex ſuo fact.* Cùm ergo Prætor edicto iſto in factum notauerit eius qui lenocinium fecit, & verum ſit hunc ſeruum eum ipſum eſſe qui lenocinium fecit, quamuis hodie ſit manumiſſus, mirum non eſt eum infamia notari etiam poſt libertatem: in eóque deterioris conditionis eſſe quàm meretricem, de qua in *d. l. 24. infrà eodem.* quia non ſicut lenonis ita & meretricis factum prætor notauit.

4 ¶ Calumniator ita demùm notatur, ſi fuerit calumniæ cauſa damnatus: neque enim ſufficit calumniatum: item præuaricator. ¶ Præuaricator autem eſt, quaſi varicator, qui diuerſam partem adiuuat, prodita cauſa ſua, quod nomen Labeo à varia certatione tractum ait: nam qui præuaricatur, ex vtraque parte conſiſtit: quinimò ex aduerſa.

Ad §. 4. Calumniator.

Ratio dubitandi. Calumnia nunquam debet eſſe impunita *leg. 1. §. r. ǁ ſimul. ventr. nomin. in poſſ.* Ergo is quem conſtat probatúrque calumniatum eſſe licèt nondum ſit condemnatus, tamen facto ipſo notatus videri debet. Idémque in præuaricatore tractari poteſt. Grauiſſimum enim eſt præuaricationis quoque crimen *l. 1. & tot. tit. de præuaric.*

Ratio decidendi. Calumniæ & præuaricationis probatio plerumque obſcura & difficilis eſt, cùm non tam in facto & mendacio quàm in animo conſiſtat, qui animus ſicut videri non poteſt. ita nec facilè ſciri aut probari. Atqui ſtatum hominis liberi certum eſſe oportet. præſertim quod attinet ad exiſtimationem, ídque ita eſſe reipublicæ intereſt, ne probi honeſtique homines cum infamibus paſſim miſceantur: neceſſaria ergo eſt in eam rem autoritas rei iudicatæ *leg. non alia 19. ǁ. eod.* quæ ſola pro veritate habetur *leg. ingenuum 25. de ſtat. hom. leg. res iudicata 208. de reg. iur.* vt euenit in iis etiam qui contra legem aliquam publicorum iudiciorum quid feciſſe dicuntur. *leg. infamem 7. de public. iudic.* Alioqui magna calumniis aperietur via, ſi liceat cuilibet infamiam obiicere alij tanquam calumniatori, qui tamen nondum ſit calumniæ cauſa iudicatus, dabitque ea res materiam, ſi non calumniis, certè litibus & iniuriis, quarum tamen occaſionem reſtringi magis quàm multiplicari oportet. Sanè ſi conſtet aliquem eſſe calumniatum, licèt eo nomine condemnatus non ſit, oneratur eius fama & exiſtimatio apud bonos & graues viros, quæ res facit vt non videri debeat calumnia ipſius impunita. Aliud enim eſt pudorem onerari, aliud ignominiam irrogari *lege ob hæc verba 20. infrà. eodem. lege ea qua 13. lege verbum 17. lege interlocutio 19. Codice eodem. lege quarta. paragrapho aduerſus 16. de doli exceptione.* Et hæc infamia facti vulgò appellatur, quia nullum iuris effectum habet. Infamia verò iuris illa quæ per ſententiam aut ſaltem per edictum prætoris irrogatur, quia iuris effectum habet. In hoc tamen differt ius canonicum à ciuili, quia ius canonicum etiam facti infamiam obſeruat, eiúſque rationem haberi vult, nec ſententiam requirit, quaſi ſua cuique improbo conſcientia ſatis iudex ſit, vtque hoc metu tantò magis deterreantur improbi ab iis perpetrandis, ex quibus ſciant infamiam ſolo facto irrogatum iri.

5 ¶ Item ſi quis furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum [a], de dolo malo ſuo nomine damnatus, pactuſve erit: ſimili modo infames ſunt.

Ad §. 5. Item ſi quis.

Ratio dubitandi. Multæ ſunt & graues pœnæ huiuſmodi delictorum præſertim furti & rapinæ. Fur enim aut in quadruplum condemnatur, ſi ſit manifeſtus, aut in duplum ſi ſit nec manifeſtus, ita vt in eo duplo aut quadruplo ſimplum non contineatur § *ex maleficiis. Inſtit. de action.* Raptor autem, quia fur improbior eſt, ſemper in quadruplum, ſed in quo tamen ſimplum continetur §. *vi autem eod. tit.* præter id quod tenentur iſti pluribus adeóque contrariis actionibus, vt vindicatione, condictione, ad exhibendum, & iſtis pœnalibus §. *ſic itaque eo.* Tantò minùs igitur oportuit iſtos notari infamia quaſi de infamia lex cum iis tranſegiſſet duriorem aliam pœnam irrogando quemadmodum dici ſolet, cùm durior pœna per iudicem irrogaretur *leg. quid ergo* 13 §. *pœna* ff. *hoc tit. leg. in ſeruorum* 10. §. *vltim.* ff *de pœn. leg. ad tempus* 5. *in fin. de decur.*

Ratio decidendi. Sicuti grauiora & frequentiora ſunt huiuſmodi delicta, ita, & grauiore pœna coërceri debuerunt, nec ob id minùs irrogare infamiam, cuius metu potiùs quàm pœnæ cuiuſlibet pecuniariæ deterrentur plerique ne delinquant, nec ob id lex cum fure & raptore tranſegiſſe intelligitur, aut prætor, ſed quantum potuit pœnam pecuniariam infixiſſe, cùm pœna nulla quadruplum egrediatur §. *omnes autem Inſtit. de action.* Nam neque iudex ipſe cum reo criminis tunc tranſegiſſe creditur, cùm pœnam quantumcunque grauem, quæ modò legitima fuerit irrogauit, ſed cùm pœnam grauiorem vltra legem impoſuit *dicto paragrapho pœna & aliis ſupradictis.*

a *Iniuriarum.* Ratio dubitandi. Iniuria fit etiam verbo & ideo plerunque leuis eſt, non ſemper atrox §. 1. & §. *atrox iniuria. inſtit. de iniur.* Ergo non debuit prætor infamia notare quemlibet condemnatum iudicio iniuriarum, ſed eum tantum qui grauioris & atrocis iniuriæ nomine damnatus eſſet.

Ratio decidendi. Iniuria illa eſt quæ ſocietatem fraternitatem & cognationem illam violat, quam inter omnes homines natura conſtituit *lege 4. de iuſtitia & iure.* ſiue iniuriam generaliter accipias pro omni eo quod iure non fit, ſiue ſpecialiter pro contumelia *lege 1. de iniuriar.* Fuit ergo grauiſſimè coercenda, ne tam facilè homines prorumperent ad violandam eam ſocietatem, quam è contrario tueri totis viribus deberent. Beneficio enim non iniuria quemlibet affici intereſt non ſolùm reipublicæ, ſed etiam priuati hominis cuiuſlibet *lege ſi venditor 6. §. 1. & lege ſequent. de ſeru. expor.* Idémque tractari poteſt circa actionem de dolo malo, quam ob eam cauſam Cicero eleganter quodam loco vocat euerriculum malitiarum. Iunge quæ dicemus ad leges duas proximè ſequentes.

5. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

QVoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur [b].

Ad l. Quoniam 5.

Ratio dubitandi. Honeſta eſt ratio quælibet redimendi ſanguinis *l. 1. de bon. eorum qui mortem ſibi conſc.* & ideò tranſigere vel paciſci de crimine capitali quod ſanguinis pœnam ingerat, prohibitum non eſt *l. tranſigere* 18. *C. de tranſaction.* Ergo & honeſta videri debuit prætori ratio quælibet redimendæ aut potiùs conſeruandæ exiſtimationis, cuius quippe non minor ratio, curáque habenda ſit, quàm vitæ.

Ratio decidendi. Qui de crimine aliquo infamiam irrogante paciſcitur dato pretio crimen ipſum confiteri intelligitur, & ob id meritò infamia notatur qua notaretur ſi ex delicto eam pecuniam deberet. Non etiam ſi ex contractu aliquo debitor fuit, de quo pactus ſit: plurimùm enim intereſt vtrùm ex delicto aliquis debitor ſit an ex contractu, quoniam qui paciſcitur de delicto nihil aliud poteſt confiteri niſi delictum. Qui verò paciſcitur de contractu, ſimiliter quidem fatetur contractum, ſed non fatetur ſe in ſeruanda nec ſeruata contractus fide deliquiſſe *l. 7. vbi dicam* ff. *eodem.* Sic enim intelligendum arbitror quod Iuſtinianus ſcripſit in §. *ex quibuſdam. Inſtitut. de pœn. temer. litig.* Nec debuit prætor quicquam indulgere iis qui de furto vel rapina vel iniuria vel dolo malo pacti ſunt data pecunia, quominus exiſtimationis iacturam fecerint quam delinquendo contempſerunt, aliáque ratio vitæ eſt quam ſi redimere velit reus quanticunque criminis, & quantocunque pretio dignus ſanè eſt cui ignoſcatur. Eſt enim aliqua etiam improbiſſimi cuiuſque hominis vita quam tueri poſſit & debeat. At exiſtimatio nulla eſt, niſi quam omnimodo videri debeat amiſiſſe. Ne plus exiſtimationi eius indulgeat faueátque prætor quàm ipſe indulgendum fauendúmque putauerit. Odit enim & parui aut potiùs nihil facit ſuam exiſtimationem quiſquis delinquit eo delicti genere quod infamiam ſit irrogaturum. Plane etiam qui pecuniam dedit, ſi tamen paratus ſit docere ſe non pro mala conſcientia dediſſe, ſed ad redimendam calumnioſam vexationem, id eſt, innocentiam ſuam probare poſſit & velit ne infamis fiat audiendus eſt, quia prætor non de alio notando ſenſit, quam qui pro mala conſcientia aliquid numerauerit. *l. non damnatos* 18. *C. h. tit.*

b *Qui paciſcitur.* Ratio dubitandi. Pactum eſt quod fit gratis. Tranſactio autem quæ data acceptáve pecunia *l. 1.* ff. *de tranſact.* At is qui precibus & gratis impetrauit ab aduerſario ne furti ſecum ageretur, non notatur infamia ne alioqui nulla ſuperſit ratio veniæ impetrandæ *lege proxima.* §. *pactúſve infrà eodem.* Ergo non debuit Paulus hîc loqui de eo qui paciſcitur, ſed de illo, qui tranſigit.

Ratio decidendi. Pacti nomen generale eſt tranſactionem quoque comprehendens, tanquam ſpeciem. Omnis enim tranſactio pactum eſt, non omne pactum tranſactio. Et ideò generaliter quoque verum eſt quod hîc Paulus ait videri crimen confiteri eum, qui de crimine paciſcitur quoquomodo ſiue gratis ſiue data in eam rem pecunia, ſi modo pro mala conſcientia hoc faciat quod facit, vt ait *d. l. non damnatos* 18. *C. hoc tit.* Quænam enim apertior confeſſio eſſe poteſt, quàm ſi quis precibus ſupplex impetret ne ſecum agatur? An forte precibus magis quàm pretio eget innocentia? Sed tamen non ideò notatur is qui gratis paciſcitur, ne alioqui nulla ei ſuperſit veniæ habendæ ratio, quod eſſet inhumanum, vt ſcriptum eſt in *d. § pactúſve.*

6. VLPIANVS libro 6. ad Sabinum.

FVrti accipe: ſiue manifeſti, ſiue nec manifeſti [c].

Ad l. Furti 6.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *vltim. leg. 4.* ff. *h. tit.*

c *Siue nec manifeſti.* Ratio dubitandi. Furta non manifeſta etiam laudem & præmium apud Lacedæmonios meruerunt, vnde ſumptæ ſunt ex parte leges Romanorum.

Romanorum. Ergo non debuerunt apud Romanos irrogare infamiam.

Ratio decidendi. Id agebat legiſlator Lacedæmonum, vt fieret quiſque diligentior & attentior ad res ſuas conſeruandas, & ad cauendum ſibi ab improbis. Legiſlator verò Romanus multò prudentiùs id agit quantum poteſt, ne quis in republica ſit improbos à quo boni probíque cauendum habeant. Imitatus in eo legiſlatorem Athenienſem, à quo ſolo eas leges accepit, quæ ius ſcriptum conſtituunt, Iure enim ſcripto Athenienſes vtebantur: Lacedæmonij verò vt plurimùm iure non ſcripto. *§. & non ineleganter. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.*

1 ¶ Sed ſi furti, vel aliis famoſis actionibus condemnatus procurauit: pendente iudicio, nondum inter famoſos habetur [d]: ſi autem omnia tempora prouocationis lapſa ſunt [e], retrò infamis eſt [f]: quamuis, ſi iniuſta appellatio eius viſa ſit [g], hodie notari puto, non retrò notatur.

Ad §. 1. Sed ſi furti.

d *Pendente iudicio nondum inter famoſos habetur.* Ratio dubitandi. Notatur edicto prætoris quiſquis furti nomine condemnatus fuit. *l. 1. l. 4. §. vltim. ſuprà.* Atqui verum eſt hunc qui appellauit fuiſſe condemnatum, quia appellatio præſupponit ſententiam & condemnationem, magiſque præſumendum eſt pro ſententia, id eſt, pro æquitate iudicis quàm pro appellatione, quæ de iudicis iniquitate querelam continet *l. præfecti 17. de minor.* Ergo non eo minùs quod appellauerit notari infamia debet, quouſque iudex appellationis pronunciauerit male iudicatum fuiſſe. Præterim cùm non ſemper in melius reformet priorem ſententiam is, qui de appellatione cognoſcit, ſed plerunque in peius *l. 1. de appellat.*

Ratio decidendi. Ea vis eſt appellationis vt extinguat iudicatum, ſiue iuſta appellatio fuit ſiue iniuſta *lege 1. §. vltimo ad Senatuſconſultum Turpillianum.* reducatque negotium ad terminos litis conteſtatæ. Atqui tempore litis conteſtatæ, & ante ſententiam à priore iudice latam non fuit infamis ille contra quem agebatur furti, quoniam ſola ſententia ea eſt quæ infamat *dict. leg. 1. d. l. 4. §. vltimo ſuprà. lege infamem 7. in fine de public. iudic.* Ergo nec pendente appellationis iudicio infamis erit, non magis quàm ſi nondum condemnatus vnquam fuiſſet.

e *Omnia tempora prouocationis lapſa ſunt.* Intellige ſiue appellatum non ſit, & lapſa ſint tempora intra quæ poterat appellari, de quibus in *titul. quand. app. ſit, & intra quæ temp.* ſiue appellatum ſit, & lapſa ſunt tempora intra quæ appellationem proſequi eámque inſtantiam finiri oportuit. Omnibus enim his caſibus nulla poteſt haberi ratio appellationis, quæ nec vlla interpoſita eſſe creditur adeò vt neque pronunciandum ſuperſit an iuſta fuerit appellatio an iniuſta.

f *Retro infamis eſt.* Ratio dubitandi. Appellatio ſi qua fuit hoc caſu interpoſita ſemel extinxit iudicatum, licèt appellans non fuerit eam proſecutus *dicta lege 1. §. vltimo. ad Senatuſconſultum Turpillianum.* Ergo non debet is qui appellauit dici notatus infamia, niſi ex die extinctæ appellationis, vt mox ſequitur apud Vlpianum. Quid enim refert an appellatio extincta ſit, an iniuſta pronuncietur lite appellatoria per ſententiam finita?

Ratio decidendi. Appellatio quæ ſua ſpontè per appellantis negligentiam extincta eſt & intercidit habetur pro non interpoſita, ideóque nullum effectum habere poteſt iudicati extinguendi, quod non ſimiliter dici poteſt de illa quam appellans proſecutus fuit, licet iniuſta pronunciata ſit. Appellans enim vt pro appellante haberi poſſit appellationem proſequi debet: at non etiam vincere illum neceſſe eſt, Hoc enim eſſet bonam cauſam habere, non autem appellare, quod longè diuerſum eſt. Plerunque enim appellationes fruſtrationis cauſa interponuntur, & ob hoc tantùm vt iudicati executio impediatur *lege tutor 41. de vſur. lege vltima. de re iudic.*

g *Quamuis ſi iniuſta appellatio eius viſa ſit.* Ratio dubitandi. Non debet condemnato prodeſſe quod appellauerit, cùm ex poſtfacto conſtat & pronunciatur iniuſtam appellationem fuiſſe. Ne alioqui ex eo quod iniuſtè factum eſt ius aliquod oriatur & acquiratur quod abſurdum eſſet, argument. *lege ſi ſeruum 91. §. nunc videamus, de verborum obligatione. lege itaque 12. §. 1. de furt. lege ſi poſſeſſor 52. de pet. hered.* Quid enim ſi dolo malo & per meram calumniam fuerit appellatum, vt executio iuſtæ ſententiæ impediretur: vt in *dicta lege tutor 41. de vſur.* Ergo debet hoc poni in numero eorum in quibus ex poſtfacto apparet quid in præteritum fuerit. *lege qui res 98. paragrapho rem autem de ſolution. lege quædam ſunt 15. de reb. dub.*

Ratio decidendi. Appellationum vſus iure communi, & publico introductus eſt & ob publicam vtilitatem, vt ſi quid iniquè à prioribus Iudicibus conſtitutum eſſet appellationis beneficio id à ſuperioribus emendaretur. *lege prima de appellat.* Proinde nihil poteſt videri facere dolo malo, aut per calumniam is, qui appellat cùm iure communi & publico vtatur *lege nullus 55. lege factum 155. paragrapho primo de regulis iuris.* Nec quod poſtea pronuncietur iniuſta appellatio ad rem facit. Appellationis enim ſententia non poteſt retrotrahi ad tempus prioris ſententiæ, cùm & ab alio iudice feratur, & plerunque ex nouis actis. Et hoc eſt quod pragmatici dicunt condemnationem capere vires à confirmante non à confirmato. Neque verò calumniator dici poteſt quiſquis iniuſtè, ac ſine cauſa appellauit. Alioqui perinde calumniator & in dolo malo eſſe dicendus erit quiſquis malè ac temerè litem aduerſus aliquem inſtituerit, quod non ita eſt. Differt enim temerarius litigator à calumniatore. *lege eum quem temerè 79. de iudic.* Sanè ſi conſtaret calumnioſam, id eſt, non niſi fruſtrandi cauſa interpoſitam fuiſſe appellationem aliud putarem, argument. *dict. leg. tutor. & leg. in ſumma 65. paragrapho 1. de cond. ind.*

2 ¶ Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: & ideò nec procurator meus, vel defenſor, vel tutor, vel curator, vel heres [h], furti, vel ex alia ſimili ſpecie condemnatus, infamia notabuntur: nec ergo, ſi ab initio [i] per procuratorem cauſa agitata eſt.

Ad §. 2. Si quis alieno.

Rat. dub. Et procuratori & defenſori, & tutori & curatori, & heredi poteſt imputari cur alieno nomine furti actionem exceperint, aut ſaltem ſententiam expectauerint, cùm fuerit in eorum poteſtate ne iudicium ſuſcipere cogerentur, ſi actori ſatisfacere ab initio voluiſſent, quod vtique facere poterant ſalua exiſtimatione, ſi quidem non ipſi, ſed alij furtum feciſſe dicebantur. Ergo æquè infames fieri debent ſi paſſi ſunt ſe condemnari, cùm condemnatio illa ſit quæ infamiam irrogat.

Ratio decidendi. Sola condemnatio infamiam non irrogat, ſed potiſſimùm cauſa condemnationis quæ non alia eſt quàm delictum. Atqui is qui alieno nomine furti condemnatur non ob proprium ſed ob alienum delictum condemnatur. Nulla ergo ratio eſt cur eam ob cauſam infamis fiat: delicti enim pœna eáque non minima eſt infamia: Pœna autem quælibet ſuos autores ſequi debet

lege ſancimus 20. *Codice de pœn.* nec alieni facti culpam præſtari ab alio æquum eſt, aut alieno odio alium prægrauari, vt loquitur Iuſtinianus in *leg. ſi quis ſuo* 33. §. 1. *Cod. de inoffic. teſtament.* Sed & quod magis mirum eſt, interdum fieri poteſt, vt quis ex ſuo & proprio delicto condemnetur, nec tamen ſuo nomine, vt in ſingulari & eleganti ſpecie *l. ſeruus* 14. ꝑ. *hoc tit.*

h *Et heres.* Ratio dubitandi. Ex maleficiis actiones præſertim furti, ſiue manifeſti, ſiue nec manifeſti, & vi bonorum raptorum in heredem non dantur §. 1. *Inſtitut. de perpet. & temp. act.* Ergo non poteſt heres alieno, id eſt, defuncti nomine condemnari.

Ratio decidendi. Imò actiones etiam pœnales, & ex delicto deſcendentes interdum aduerſus heredem dantur & duobus ſaltem caſibus, nempe ſi lis conteſtata ſit cum defuncto *leg. vnic. Cod. ex delict. defunct. lege conſtitutionibus* 33. *de oblig. & act. leg. aliam* 19. *de nouat.* vel ſi ex delicto defuncti aliquid ad heredem peruenerit. Turpia enim lucra heredibus quoque ſunt extorquenda, licèt crimina morte extinguantur *lege in heredem* 5. *de calumniat. lege quod autem* 19. *quod met. cauſa.* His verò caſibus licèt heres ipſe ſit qui condemnatur, non fit tamen infamis, quia ex alieno delicto condemnatur non ex ſuo ac proinde non ſuo nomine ſed alieno. Aliud enim eſt proprio nomine quem condemnari, aliud verò iure ſucceſſionis. Iunge *d. l.* 14. ꝑ.

i *Nec ergo ſi ab initio.* Hic caſus maiorem habet dubitationem, quia procuratoris officium eſt, planè voluntarium tantóque magis imputari poteſt, ei qui furis vel raptoris procurator eſſe voluit, quod nec facilè in hominem honeſtum & qui fruſtrà exerceretur, cadere poteſt: quæ omnia in tutore curatore & herede diſſimilia ſunt. Illos enim officij neceſſitas & fides excuſare debet *lege tutorem* 22. *de his quæ vt indign.* hunc verò vniuerſale ius ſucceſſionis quod facit vt quamuis innocens, in omnia tamen defuncti vitia ſuccedat *lege cum heres* 11. *de diuerſ. tempor. præſcript.* Sed ratio decidendi eſt, qui non minùs procurator furis quàm cæterorum alieno condemnatur nomine non ſuo. Itaque hoc caſu neuter fit infamis. Non procurator, quoniam alieno nomine condemnatur, nec rurſum is qui famoſa actione tenetur, quia non ipſe, ſed ipſius procurator condemnatur. Idque magnum, & vt Bart. loquitur, mirabile conſilium eſt pro eo qui dubitat, condemnari in actione famoſa, vt litiget per procuratorem.

3 ¶ *Pactúſque*, inquit, *erit*, pactus ſit, accipimus: ſi cum pretio quantocumque [a] pactus eſt: alioquin & qui precibus impetrauit [b], ne ſecum ageretur, erit notatus: nec erit veniæ vlla ratio: quod eſt inhumanum. Qui iuſſu prætoris pretio dato pactus eſt [c], non notatur.

Ad §. 3. Pactúſque.

a *Si cum precio quantocunque.* Ratio dubitandi. Laudandus potiùs quàm vituperandus eſt ille, qui litium execratione tanti habuit à lite diſcedere, non tam animo confitendi delicti, quàm vt vexationem fortaſſis calumnioſam redimeret dubiúmque litis euentum *l.* 4. §. 1. *de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Nec enim minùs imperſpicua, incerta, fallaciáque ſunt iudicum ingenia, quàm tempeſtatum tertatúmque, vt ait Plinius 1. *epiſt.* 20. Ob eámque cauſam placuit ſolum litis metum ſufficere ad tranſactionem bona fide ineundam *l.* 2. *C. de tranſact.* Non ergo debuit notari quiſquis precio dato paciſcitur, id eſt tranſigit de furto, niſi aliunde conſtet de furto.

Ratio decidendi. Non eſt honeſta ratio quælibet redimendæ vexationis, niſi cùm agitur vel de pecuniaria, vt in *d. l.* 4 §. 1. *de alien. iud. mut. cauſ. fact.* vel de ſanguine *l.* 1. *de his qui mort. ſib. conſciuer. l. tranſigere* 18. *Cod. de tranſact.* At cùm de fama & exiſtimatione agitur, interdicta eſt tranſactio, niſi ſi quis innocentiæ ſuæ diffiſus malit pretio infamiæ tranſigere, quàm grauioris & corporalis pœnæ aleam ſubire. Publicè namque intereſt delicta & ſciri & puniri, hactenus ſaltem vt ſciatur qui ſint integræ exiſtimationis, & dignitatis, & qui non ſint. vt iis quos integros non eſſe conſtabit, nullus pateat acceſſus ad dignitates *l. vnic. Cod. de infamib. lib.* 10. *tit.* 58. vtque honeſtæ perſonæ ab inhoneſtis ſeparentur *l. ſi qua* 4. *Cod. de ſpectac. lib.* 11. *tit.* 40.

b *Alioquin & qui precibus impetrauit.* Ratio dubitandi. Crimen confiteri intelligitur quiſquis de crimine paciſcitur *leg. prob. ſupr. eod.* ſi modo pro mala conſcientia paciſcatur *l. non damnatos* 18. *C. h. tit.* Atqui paciſcitur etiam is cui nulla pecunia interueniente, ſed gratuitò crimen remittitur *l.* 1. *ſupra de tranſact.* Ergo nihil refert quod ad irrogandam infamiam pertinet, vtrum pecunia interuenerit, nécne.

Ratio decidendi. Equidem fatetur crimen etiam ille qui ab aduerſario impetrat precibus & gratis ne ſecum agatur, ſed tamen non ideò fit infamis, quoniam alioqui nullus eſſet modus obtinendæ veniæ quod eſſet inhumanum, vt hîc Vlpianus ſcribit. Iunge quæ dixi ad *leg. prox. præced.*

c *Qui iuſſu prætoris pretio pactus eſt.* Ratio dubitandi. Prætor nihil poteſt iubere aut decernere contra leges *leg. necnon* 28. §. *quoad eius ex quib. cauſ. maior. l. cum ſponſus* 12. §. *ſi reus de publ. in rem act.* Ergo neque iubere vt id fiat, quod iure fieri citra infamiam prohibetur. Nam quod honeſtè facere non poſſumus, id nec facere poſſe credimus *l. filius* 15. *de condict. inſtit.*

Ratio decidendi. Infamiæ pœna eſt ex edicto tantùm prætoris, & illud maximè, vt notetur is qui de crimine pactus erit pretio dato. Ergo non debet notari qui autore ipſo prætore dedit, cùm eſt edictum ſuum interpretari & lenire *l. non videntur* 167. §. 1. iunct. *l. qui autore* 137 *l. non poteſt.* 199. *de reg. iur.* iunct. *l. liber homo* 37. *ad legem Aquiliam.*

4 ¶ Sed & ſi, iureiurando delato, iurauerit quis non deliquiſſe, non erit notatus: nam quodammodo innocentiam ſuam iureiurando adprobauit.

Ad §. 4. Sed & ſi iureiurando.

Ratio dubitandi. Iuſiurandum etiam ſolutionis loco cedit *lege iuſiurandum* 27. ꝑ. *de iureiur.* Atqui is qui aliquid ſoluit, vt ſe à furti aut alterius huiuſmodi delicti accuſatione liberaret, perinde notatur, atque ſi condemnatus eſſet, vt proximo paragrapho dictum fuit. Ergo & qui iurauit notabitur, præſertim cùm inter conditiones turpes etiam iuſiurandi conditio ponatur *l. non dubitamus* 20. *de cond. & demonſtr.*

Ratio decidendi. Iuſiurandum ſolutionis quidem vim habet, hactenus vt qui iurauit, perinde tutus ſit exceptione ac ſi ſoluiſſet, ſicut & dicitur habere vim rei iudicatæ. *lege ſecunda. de iureiurando.* quod æquè tutus ſit is qui iurauit, ac ſi pro eo iudicatum eſſet, ſed tamen habet etiam vim probationis. *lege quinta. paragrapho dato iureiurando eodem titulo.* nec quicquam turpe fit cùm iuratur aduerſario deferente, ſiue in iudicio ſiue extra iudicium *lege iuſiurandum quod ex conuentione* 17. *paragrapho vltimo eodem.* Ergo in propoſito non poteſt hic infamis fieri, ideò tanto magis faciliúſque & omnimodo abſolui qui ſuam innocentiam iureiurando probauit *lege*

non

non damnatos 18. Codice hoc titulo. debétque ſibi imputare aduerſarius qui eum non modò teſtem, ſed etiam iudicem conſtituit in propria cauſa, *lege 1. in principio quarum rerum act. non det.*

5 ¶ *Mandati* condemnatus. Verbis edicto notatur, non ſolùm qui mandatum ſuſcepit [d], ſed & is, qui fidem quam aduerſarius ſecutus eſt, non præſtat [e], vt puta, fideiuſſi pro te, & ſolui: mandati te ſi condemnauero [f], famoſum facio.

Ad §. 5. Mandati.

Ratio dubitandi. Contrario iudicio damnatus non fit infamis. *§. vltimo huius legis.* Atqui ſolus is qui mandatum ſuſcepit tenetur directa actione mandati. Contraria verò ſolus is qui mandauit, ergo qui mandauit, licèt non præſtet fidem quam aduerſarius ſecutus eſt, ex eáque cauſa condemnetur, infamis tamen fieri nequit.

Ratio decidendi. Non alia cauſa eſt propter quam in directis actionibus mandati, depoſiti, commodati & ſimilibus infamia notetur is qui condemnatur, quàm quod in iis agatur de fide rupta *leg. ei apud quem leg. in princ. ꝗ. depoſit.* Et è contrario ratio propter quam ex condemnatione quam contrarium iudicium extorſit, non irrogatur infamia, illa eſt quod in contrariis iudiciis non agitur de fide rupta, ſed tantùm de calculo, vt ſcriptum eſt in *dicto §. vltimo huius legis.* hoc eſt, de indemnitate actoris *dicta lege 5.* Ergo ſi quando contrarium iudicium tale ſit in quo agatur etiam de fide rupta quam actor ſecutus eſt, perinde infamis fieri debet is qui mandauit, ac ſi directa actione condemnaretur. Id verò euenit cùm mandaſti mihi vt pro te fideiuberem, & ego fideiuſſi ac ſolui. Nam ſi poſtea indemnitatem mihi præſtare nolis quam promiſiſti licèt nulla niſi contraria actio mihi contra te danda ſit, attamen rumpis fidem perinde atque rupiſſem ego ſi non impleuiſſem ſuſceptum mandatum. Perinde igitur notari debes, vt vbi eadem ratio eſt, idem ius conſtituatur *leg. illud, 2. ad legem Aquiliam. leg. 3. §. vnde etiam de iniuſt. rupt.* Bono enim cuique fides patria eſſe debet, & ſi quid præterea dulcius aut charius patria eſſe poteſt. Aliud erit ſi contrario iudicio mandati agatur ad ſumptuum reparationes, vt in *lege idemque 10. §. idem Labeo 1. ſi verò 12. §. vltimo mandat.*

d *Qui mandatum ſuſcepit.* Ratio dubitandi. Mandatum ſuſcipere cuique liberum eſt, in eámque rem officium non niſi gratuitum præſtatur, adeò vt ſi gratuitum non ſit in aliam negotij ſpeciem cadat. *§. antepenultimo, & vltimo. Inſtitut. de mandat.* Ergo dignus eſt mandatarius cum quo minùs agatur, ne ex ſua liberalitate periclitetur, vt de donatore ſcriptum eſt in *lege ne liberalitate 50. de re iudic.* Quid autem poteſt in eum durius conſtitui, quàm vt ſi directo mandati iudicio ſe condemnari patiatur infamis fiat?

Ratio decidendi. Sicùt liberum mandatum non ſuſcipere, ita ſuſceptum conſummari oportet, niſi renunciatum ſit & quidem tempeſtiuè, rebúſque omnibus adhuc integris *lege ſi mandauero 22. §. vltimo ꝗ. mandat.* ne alioqui decipiatur damnoque afficiatur is qui mandatarij fidem ſecutus eſt, quique ſi mandatarius hic mandatum non ſuſcepiſſet, alij hoc ipſum erat mandaturus, & ita negotium ſuum confecturus. Non eadem ratio eſt donatoris, quippe qui non tam fidem quàm liberalitatem præſtat donatario, nec proinde tam ex fide ſua quam ex liberalitate conuenitur; nec rurſus damno vllo afficitur donatarius ſi qua in re donatori faueatur, puta ſi non in ſolidum, ſed in quantum facere poteſt donator condemnetur, quia non de damno vitando certat donatarius, vt mandator, ſed de lucro captando: quæ res eum minùs fauorabilem facit *leg. quod autem 6. §. ſimili modo dicimus quæ in fraud. credit.*

e *Qui fidem quam aduerſarius ſecutus eſt non præſtat.* Ratio dubitandi. Is qui rem vendidit, nec tradere vult, aut qui emit, pretij tamen ſolutionem recuſat, vterque non præſtat fidem quam aduerſarius ſecutus eſt, ideóque condemnandus eſt hic quidem actione venditi vt ſoluat pretium. Ille verò actione ex empto vt rem tradat, vel ſaltem præſtet quicquid intereſt emptoris *leg. 1. l. ex empto 11. & paſſ. de act. empt.* quæ vtraque actio empti & venditi non ſolùm bonæ fidei eſt, ſed etiam directa. Et tamen neque emptor neque venditor condemnatus fit infamis; quia nihil tale in hoc prætoris edicto expreſſum eſt. Ergo ad irrogandam infamiam non illud ſolum inſpiciendum eſt, an quis eam fidem non præſtet quam aduerſarius ſecutus fuit, ſed aliud præterea quiddam requiritur.

Ratio decidendi. Fidem ruptam hic intelligere debemus non quoties non fit quod promiſſum fuit, alioqui omnium maximè fidem rumpere dicendus eſſet ac infamia notandus is, qui quod ſtipulanti ſpopondiſſet non præſtaret, quod tamen non ita eſt, ſed cùm ſingularis quædam perfidia elucet circa rem alienam, & ex qua perfidia futurum ſit vt damno afficiatur is qui alterius fidem bonam ſecutus erat ſi non ei conſulatur quod in actionibus directis mandati depoſiti, commodati, pignoratitia, non etiam in actionibus empti & venditi euenit, vt pluribus à nobis demonſtratum eſt *libro 6. Conſulturarum. cap. 17.*

f *Te ſi condemnauero.* Id eſt, condemnari fecero. Modus loquendi prudentibus noſtris ſatis familiaris, vt in *lege ſi extraneus 33. de iure dotium.* & alibi paſſim. Alioqui iudex ille eſt, qui reum condemnat, non actor.

6 ¶ Illud planè addendum eſt, quod interdum & heres ſuo nomine damnatur [g], & ideò infamis fit, ſi in depoſito, vel in mandato malè verſatus ſit. Non tamen in tutela [h], vel pro ſocio heres ſuo nomine damnari poteſt: quia heres neque in tutelam, neque in ſocietatem ſuccedit [i]: ſed tantùm in æs alienum [k] defuncti.

Ad §. 6. Illud planè.

g *Interdum & heres ſuo nomine damnatur.* Ratio dubitandi. Heres qui condemnatur tanquam heres non alia de cauſa condemnatur, quàm quia in defuncti ius ſucceſſerit, quia contractus omnes vt & cætera iura omnia, quæ & defuncto & in defunctum competebant, tranſeunt in heredem *lege cum heres 14. de diuerſ. tempor. præſcript.* Ergo non poteſt fieri vt ſuo nomine & ex proprio facto condemnetur, is qui tanquam heres condemnatur, nec proinde infamis fieri debet *paragrapho ſi quis alieno ſupr. eadem lege.*

Ratio decidendi. Cùm contractus omnes atque ita depoſitum & commodatum tranſeant in heredem (excipiendi ſunt contractus qui morte finiuntur, vt mox dicemus) perinde habendus eſt heres depoſitarij aut commodatarij, ac ſi ille depoſitum aut commodatum accepiſſet, ideóque nimirum & depoſiti & commodati actione perinde conueniri poteſt vt rem reddat, ac defunctus ipſe conueniri potuit, & conueniretur ſi viueret. Ergo ſi in ea re malè verſatus ſit heres, nihil cauſæ eſt cur non perinde conueniendus & condemnandus ſit ſuo nomine, ac ſi depoſitum vel commodatum ipſe accepiſſet, quia licèt contractus à defuncto habuerit originem, factum

tamen

tamen proprium heredis interuenit, quod & actioni & condemnationi cauſam præbet. Ei porrò ſoli heredi parcitur, ne infamia notetur, qui ex defuncti non ſolùm contractu, ſed etiam dolo factóque conuenitur, ne ſcilicet alieæ improbitatis & perfidiæ pœnam ſentiat, vt dixi ad *d. §. ſi quis alieno.*

b *Non tamen in tutela.* Ratio dubitandi. Quamuis heres tutoris tutor non ſit, tamen ea quæ per defunctum inchoata ſunt, per heredem ſi legitimæ ætatis & maſculus ſit explicati debent, in quibus dolus eius admitti poteſt *lege 1. de fideiuſſ. & hered. tutor.* quo caſu, id eſt, ſi poſt mortem tutoris, heres eius negotia pupilli gerere perſeuerauerit, aut in arca tutoris pecuniam pupilli inuenerit & conſumpſerit, vel eam pecuniam, quàm tutor ſtipulatus fuerat, exegerit, placet eum tutelæ iudicio teneri ſuo nomine *lege 4. in principio eodem titulo.* Ergo idem de eo dici debuit, quod proximè dictum eſt de herede depoſitarij vel commodatarij, interdum poſſe illum teneri ſuo nomine & fieri infamem, cum edicto notetur quiſquis tutelæ iudicio condemnatus eſt.

Ratio decidendi. Heres in tutelam non ſuccedit quomodo ſuccedit in contractum depoſiti & commodati, quia nulla tutela iure hereditario ad alium tranſire poteſt *lege tutela 16. §. 1. de tutel.* Itaque non quemadmodum heres depoſitarij aut commodatarij poteſt verè ac propriè dici depoſitarius aut commodatarius, ita & tutoris heres poteſt vnquam dici tutor *dicta lege 1. de fideiuſſ. & hered. tutor.* Proinde ſi quando teneatur actione tutelæ proprio nomine, fatendum eſt eam tutelæ actionem vtilem duntaxat eſſe *dicta lege 1. in fine eod.* non directam. Conſequenter nec talem quæ poſſit infamiam irrogare. Nulla enim actio eſt quæ ex prætoris edicto infamiam irroget, niſi quæ ſit directa. Atqui, inquies, vtilis illa eum effectum habet, vt etiam aduerſus heredem tutoris ex proprio ipſius dolo poſſit in litem iurari. *dicta lege 4. verſ. nam cum permutatur.* Quidni ergo erit etiam famoſa? Nam & iuſiurandum in litem pœna eſt vt contumacia æſtimetur etiam vltra iuſtum rei pretium. *1. l. de in lit. iur.* Reſpondeo pœnam iuriſiurandi in litem nihil commune habere cum pœna infamiæ. Nam vt contra aliquem poſſit in litem iurari ſufficit quòd rem alienam habeat penes ſe, eamque reſtituere dolo malo recuſet, tametſi nunquam fuerit obligatus nec obligato ſucceſſerit. Contumacia enim non perfidia punitur. vt verò quis condemnatione infamis fiat, non quælibet improbitas ſufficit, ſed perfidiam interueniſſe oportet, quæ porrò nulla eſſe poteſt in eo, qui nihil promiſit, nullámque fidem vnquam dedit, quique idcirco vtili tantum non etiam directa vlla actione conueniri poteſt.

i *Neque in ſocietatem ſuccedit.* Societas enim finitur morte, cùm inter eos contrahatur, qui mutuam induſtriam elegerunt *lege actione 61. §. morte pro ſocio.* Non omnino idem iuris eſt in mandato. Nam licèt mandatum quoque morte finiatur, tamen interdum tranſit in heredem & durat obligatio mandati *lege inter cauſas 16. infrà mand.* ſicut & actio *lege ſi præcedente 58. eodem.* In actione tamen pro ſocio obſeruatione dignum illud eſt, quod vtrimque actio directa eſt, eiuſdémque nominis, quia & omnium ſocietatem contrahentium vnum & idem nomen eſt. Socij enim omnes appellantur, non vt in cæteris contractibus vnus venditor, alius emptor, vnus locator, alius conductor, vnus qui deponit vel commodat, alius depoſitarius vel commodatarius, vnus mandator alius mandatarius. Vnde eſt, quod per ſocietatem fraternitas contrahi dicitur, vt intelligamus eum qui ſocius ſit ferè alterum eundem eſſe *lege veram 63. in principio pro ſocio.* Ideóque meritò notatur qui actione Pro ſocio condemnatur *l. 1. ſupr. l. vlt. C. eod.*

k *Sed tantùm in æs alienum defuncti.* Ratio dubitandi Nemo poteſt id quod non habet tranſmittere in heredem *lege ſi vniuerſa 15. de leg. l. nemo plus commodi 120. de reg. iur.* Atqui æs alienum cuiuſque eſt quod ipſe aliis debet, non quod ipſi debetur. *l. cedere diem 213. §. 1. de verb. ſignif.* Ergo non poteſt fieri vt heres in alienum æs ſuccedat.

Ratio decidendi. Non ſuccedit in æs alienum iure aliquo tranſmiſſionis, quomodo ſuccedit in iura quæ defunctus in bonis habuit, quæ noſtri vulgo activa vocant ſed ſola poteſtate legis duodecim tabularum, quæ ob eam potiſſimum cauſam induxit ius heredis & hereditatis, vt eſſet qui defuncti perſonam repræſentaret ad hoc maximè vt ipſius creditoribus ſatisfaceret *lege vltima. Codice de hered. act.* Quæ ratio etiam neceſſariorum heredum ius & originem induxit. *§. 1. Inſtit. de hered. qualit. & differ.*

7 ¶ Contrario iudicio damnatus non erit infamis. nec immeritò: nam in contrariis non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui ferè iudicio ſolet dirimi [l].

Ad §. 7. Contrario.

Ratio dubitandi. Contrarium iudicium perinde bonæ fidei eſt atque directum, ideóque poteſt moueri etiamſi directum non exerceatur *leg. in commodato 17. §. 1. cum lege ſequenti. §. vltimo. ſ. comm. leg. ſed an vltro 10. de neg. geſt. lege 1. §. vltimo de contr. tut. & vtil. act.* Ergo perinde bona fides facere debet, vt infamis fiat is qui contrario iudicio condemnatur, atque is qui directo: cùm æquè faciat contra bonam fidem is qui contrario iudicio patitur ſe condemnari.

Ratio decidendi. Aliud eſt quem condemnari ex fide bona, aliud verò condemnari de perfidia. In iudiciis bonæ fidei tam directis quàm contrariis agitur de fide bona, & ob id, nimirum bonæ fidei, appellantur. Sed de perfidia tantùm agitur in directis, non etiam in contrariis, in quibus potius agitur de calculo, id eſt, de indemnitate præſtanda ei qui agit, vt idem Vlpianus cuius hæc lex eſt, explicat in *leg. et apud quem 5. depoſiti.* Ergo ſi in contrario quoque iudicio agatur de fide rupta, idem iuris erit quod in directo *§. mandati 5. ſ. hac lege.*

l *Qui ferè iudicio ſolet dirimi.* Puto erratum eſſe, legendúmque *qui ſine iudicio:* Senſus enim eſt cauſæ cognitionem non eſſe neceſſariam cùm de calculo agitur, quam tamen nemo dixerit non eſſe neceſſariam ſi agatur de infamia ei irroganda qui in id vſque tempus fuerit integræ exiſtimationis *lege quid ergo 13. paragrapho quantam infrà hoc titulo. lege verbum 16. Codice eodem.* Eaque interpretatio probatur non inelegantes ex *lege Sabinus 29. cum lege ſequenti de dolo malo.* Et ſanè nullo iudicio eſt opus vt calculus ineatur, ratióque ponatur præſtandæ indemnitatis.

7. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

IN actionibus, quæ ex contractu proficiſcuntur, licèt famoſæ ſint, & damnati notentur, attamen pactus non notatur, meritò: quoniam ex his cauſis non tam turpis eſt pactio, quàm ſuperioribus.

Ad l. In actionibus 7.

Ratio dubitandi. Qui paciſcitur, videtur confiteri, *lege quoniam 5. ſupra hoc titulo.* præſertim ſi paciſcatur dato pretio. *lege proxima. §. pactúſque.* Atqui confeſſus habetur pro condemnato, qui quodammodo ſua ſententia damnatur. *lege 1. de confeſſ.* condemnatus autem ex his contractibus

Ergo in his actionibus, quæ ex contractu proficiſcuntur, & quæ famoſæ ſunt, fatendum eſt notari eum, qui pactus fuit.

Ratio decidendi. Plurimùm intereſt an ex contractu, an ex delicto quid debeatur. §. *ex quibuſdam. Inſtitut. de pœn. temer. litig.* Etſi enim nihil impius eſt perfidia quæ huiuſmodi actionibus directis, iiſque famoſis vindicatur, minùs tamen turpe eſt obligatum eſſe ex contractu quàm ex delicto. Qui autem conuenitur directa actione depoſiti, vel commodati, aut alia famoſa, licèt de perfidia conuincatur, non ideò tamen tenetur quia perfidus ſit, ſed quia ex contractu obligatus eſt, ſoláque ex contractu obligatio illa eſt, quæ actionem parit, licèt per eam perfidia vindicetur, indéque irrogandæ infamiæ occaſio accipiatur. Denique perfidia non tam cauſa eſt quàm materia huiuſmodi actionum. At in actionibus quæ ex delicto proficiſcuntur, & æquè famoſæ ſunt, vt purà furti, vi bonorum raptorum, & de dolo malo, (quas actiones Paulus intelligit iis verbis, *quàm ſuperioribus*) delictum ipſum & cauſam & materiam præbet actioni, quæ cùm ideo ſit ſui natura turpior quàm quæ ex contractu deſcendit, mirum non eſt ſi turpior quoque ſit pactio quæ ſuper ea interponitur: Qui enim paciſcitur in actionibus famoſis quæ ex contractu proficiſcuntur, non tam fatetur delictum & perfidiam, quàm contractum, aut ſi perfidiam quoque fatetur, non fatetur niſi per conſequentias, quia nec de perfidia aut delicto paciſcitur, ſed de contractu, qui per ſe obligationem tantùm & iuris vinculum, non etiam turpe aliquid continet. Dixi ad *d. l. quoniam. ſ. 3. h. tit.*

8. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

GEnero, inquit, *mortuo*, meritò adiecit prætor [a], *cùm mortuum eſſe ſciret*: ne ignorantia puniatur, ſed cùm tempus luctus continuum eſt, meritò & ignoranti cedit [b] ex die, mortis mariti: & ideò ſi poſt legitimum tempus cognouit: Labeo ait, ipſa die & ſumere eam lugubria & deponere [c].

Ad l. Genero 8.

a *Meritò adiecit prætor.* Ratio dubitandi. Fruſtrà videntur à prætore addita hæc verba, *cum mortuum eſſe ſciret*, quia ſocer qui neſcit generum eſſe mortuum, neceſſe eſt vt ſciat aut putet eum viuere. Ergo tantò grauius puniendus eſt, qui vult filiam ſuam eodem tempore duobus nuptam eſſe.

Ratio decidendi. Eodem tempore eandem mulierem duobus viris nuptam eſſe, non tam illicitum quàm impoſſibile eſt. §. *ſocrum. Inſtitut. de nupt.* Itaque pater qui filiam ſuam iam nuptam, in matrimonium alteri collocare vellet, non tam malè quàm nihil ageret. Proinde nec cauſa vlla eſt cur infamia notari debeat, niſi tanquam leuo potiùs filiæ, ex aliis verbis edicti, præſertim cùm in eo grauior eſſet culpa filiæ quæ patri rem non modò inhoneſtam, ſed etiam impoſſibilem imperanti obtemperare non debuiſſet. Deinde quid ſi pater nuptæ filiæ putaret priores nuptias per diuortium fuiſſe diſſolutas, quæ tamen morte generi diſſolutæ fuiſſent? Cur non impunè poſſet filiæ autor eſſe vt alteri nuberet? Meritò igitur adiecit prætor ea verba, *cùm mortuum eum eſſe ſciret: ne ignorantia puniatur*, inquit Vlpianus, quoniam ignorantia, quæ non iuris ſit, ſed facti, & quidem alieni, ſemper tolerabilis eſt. *lege vltima pro ſuo.* niſi ex aliqua cauſa culpam admixtam habeat, vt in *l. tutor 16. §. 1. de pign. act. l. 2. §. hac actione. vi bon. rapt.*

b *Meritò & ignoranti cedit.* Ratio dubitandi. Nemo ignorans poteſt lugere. Ergo nec tempus lugendi poteſt ignoranti cedere.

Ratio decidendi. Continuum tempus eſt, non quo vidua virum luget, ſed quo lugere debet. Ergo cedit tempus etiam ignoranti & ex die mortis. Alia ratio eſt temporis quod vtile non continuum eſt. Nec enim poteſt illud cedere ignoranti: niſi proponas diſſolutam eſſe ignorantiam, quam excuſari non oporteat. *l. cùm ſex 35. de ædilit. edict.*

c *Ipſa die & ſumere eam lugubria, & deponere.* Ratio dubitandi. Non poteſt quid incipere eo tempore quo finem accipere debet. *leg. Titio cum morietur 51. de vſufruct.* ſicut nec finiri priuſquam initium acceperit. *l. ſi ad diem 46. leg. Titio vſumfructum 96. de condict. & demonſtr.* Ergo non poteſt fieri vt eadem die mulier & ſumat lugubria & deponat.

Ratio decidendi. Non poteſt quidem eadem die incipere & finiri tempus luctus. ſed poteſt mulier eadem die ſumere lugubria & deponere, quia hæc verba non ad ius ſed ad factum referuntur: ex facto autem ponimus mulierem neſciuiſſe maritum mortuum, niſi poſt legitimum tempus lugendi. Sufficit ergo vt lugubria ſumat vel per horam, cùm ſumit eo tempore quo lugendi tempus iam præteritum eſt. Hodie non tenentur mulieres viduæ lugubria ſumere, quamuis intra annum luctus nubere prohibeantur. *lege decreto 15. Codice ex quibus cauſis infam. irrog.* Moribus Chriſtianis & iure pontificio contrà cautum eſt, vt vidua virum lugere per annum teneatur, nec eo magis tamen intra annum ipſum prohibeatur alteri nubere in domino, ſi velit, idque ſine metu infamiæ. *c. vlt. Ext. de ſecundis nuptiis abrogata authentic. eiſdem pœnis. Codice eodem.* niſi quantum ad pœnas impoſitas ſecundis nuptiis fauore liberorum prioris matrimonij, quibus non feſtinantia nuptiarum nocet, ſed ſecundæ ipſæ nuptiæ, vt Bart. tractat ad *l. 11.].*

9. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

VXores viri lugere non compellentur. 1 ¶ Sponſi nullus luctus eſt.

Ad l. Vxores 9.

Ratio dubitandi. Nuptiæ ſunt coniunctio maris & fœminæ, & conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio. *lege 1. de rit. nupt.* Ergo cùm per matrimonium fiat veluti vna perſona ex duabus, & vna caro, non minùs vxores à maritis lugeri conuenit, quàm maritos ab vxoribus. Et id ſanè conuenit Chriſtianæ pietati, eóque iure vtimur. Sed ratio decidendi ex iure Romano illa eſt, quòd à virilis animi dignitate, & ea conſtantia ac fortitudine, quæ viros decet, alienum videatur vt lugeant. Ergo ſi velint, non prohibentur, ſed ſi nolint, non notantur.

Ad §. 1. Sponſi.

Ratio dubit. Quod de marito dicitur, idem de ſponſo dictú intelligi ſolet. *l. in ſponſalib. 14. & l. ſeq.]. de ſponſalib.* Ergo ſicut maritum vxor, ita & ſponſum lugere ſponſa debet. Ratio decid. Idem iuris conſtitui ſolet in ſponſo quod in marito, cùm eadē vtriuſque ratio eſt, vt in dictis legibus. Sed quod ad luctum, non eadē ratio eſt, quia lugendi cauſa non ex alio quàm ex matrimonij dignitate proficiſcitur. Sponſus autem maritus non eſt, niſi proponas ſponſalia contracta fuiſſe per verba de præſenti. Sic enim omnes ex iure Pontificio. Quanquam hodie nec præſentis temporis verba ſufficiunt, niſi ſacroſanctæ Eccleſiæ autoritas interueniat, ex ſacroſancti Concilij Tridentini autoritate.

10. IDEM lib. 8. ad Edictum.

SOlet à principe impetrari, vt intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.

Ad l. Solet 10.

Ratio dubitandi. Quod inhoneſtum eſt, nec peti debet à Principe, nec, ſi petatur, concedi. *lege* 1. *Codice ſi aduerſ. vendit. lege meminerint* 6. *Codic. vnde vi.* Atqui inhoneſtum eſt mulierem viduam nubere intra annum luctus, ob idque, ſi nubat, notatur infamia. Ergo non debet hoc à Principe peti, neque impetrari arg. *lege vlt. C. ſi nupt. ex reſcript. pet.*

Ratio decidendi. Honeſtas hæc, quæ induxit neceſſitatem lugendi mariti, non eſt à bonis moribus naturalibus, ſed à ciuilibus, quibus vtique derogare poteſt ſupremus Princeps, tanquam qui ſit ſupra leges, ac multo magis ſupra prætorem, ex cuius edicto ſolo infamia hæc irrogatur. Nec enim pœnam meretur, quod ſit Principe permittente, licèt alioquin eſſet quid prohibitum. *lege* 1. *Codice de aduoc. fiſc. leg. Gracchus* 4. *Codice ad l. Iuliam de adult.*

1 ¶ Quæ virum eluget, intra id tempus ſponſam fuiſſe non nocet.

Ad §. 1. *Quæ virum.*

Ratio dubitandi. Muſica in luctu ſponſa lugens. Abſurdum igitur eſt, vt ei quæ maritum lugere debet ſponſalia interim contrahere impunè permittatur. Etſi enim ceſſat in ſponſa ratio illa turbationis ſanguinis, quæ in nupta locum haberet, non tamen ceſſat alia ratio, quod honeſtum & conueniens ſit maritum ab vxore elugeri.

Ratio decidendi. Non debet mulieri quæ maritum luget, nocere quod cum lugeat, quominùs alteri poſt legitimum tempus poſſit nubere. Nuptiæ autem poſſent impediri, ſi ſponſalia interim contrahi prohiberentur. Fortè oblata conditione ſponſaliorum cum eo tractandorum, qui alioquin & ſponſam & vxorem aliam alibi quæſiturus eſſet. Ne igitur iuſti matrimonij quandoque licitè contrahendi occaſio amittatur, æquiſſimum fuit permitti viduæ etiam virum lugenti, vt ſponſa interim fieri poſſet, cùm ex eo nulla ſanguinis turbatio induceretur, quæ præcipua ratio fuit prætori, non tantùm prohibeodarum nuptiarum, ſed etiam luctus indicendi. *leg. prox. in pr. &* §. 1. *j.*

11. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

LIberorum autem, & parentum luctus impedimento nuptiis non eſt.

Ad l. Liberorum 11.

Ratio dubitandi. Liberos lugere parentes debent, & viciſſim parentes liberi non minùs quàm vxores viros, quia eadem quoque parentum & liberorum, qui in poteſtate ſunt, perſona eſſe creditur. *lege in ſuis* 11. *de liber. & poſt. lege vltima. Codice de impub. & aliis ſubſtitut.* Quamuis enim ex voto parentum ſit, vt liberos ſuperſtites relinquant, quibus etiam ex voto omnia parant *lege ſcripto* 7. §. *vltimo. vnde liber. lege penultima.* §. *ſed nunquid. de bon. liber.* tamen bonorum liberorum eſt, & piè ergo parentes affectorum longam huic nomini ætatem, longam gloriam precari, vt loquitur Plinius in panegyrico ad Traianum. Quod ſi turbato mortalitatis ordine filij præmoriantur, tanto maior parentibus ratio eſt præmortuos liberos lugendi. *lege iure ſuccurſum* 6. *de iure dotium.* vnde & luctuoſa filij hereditas appellatur in *lege vltima. Codice de inſtitut. & ſubſtit.* Ergo liberorum quoquè & parentum luctus impedimento nuptiis eſſe debet, quod vix ſit vt liberos aut parentes ſeriò elugeat, qui de nuptiis contrahendis iam cogitat.

Ratio decidendi. Præcipua cauſa elugendi per vxorem mariti illa fuit, ne turbatio ſanguinis induceretur, vt ſcriptum eſt in §. *ſeq.* Atqui nec liberorum, nec parentum luctus, quicquam cum hac ratione commune habet. Non ergo quemadmodum mariti luctus impedimento eſt nuptiis, ita & parentum aut liberorum luctus ſimiliter impedire nuptias debet.

1 ¶ Et ſi talis ſit maritus: quem more maiorum lugeri non oportet [a], non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari [b]: prætor enim ad id tempus ſe retulit, quo vir elugeretur: qui ſolet elugeri [c] propter turbationem ſanguinis.

Ad §. 1. *Et ſi talis.*

a *Quem more maiorum lugeri non oportet.* Quinam verò iſti ſint, quos more maiorum lugeri non oportet, dicemus in §. *non ſolent.* j. *hac lege.*

b *Non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari.* Ratio dubitandi. Verba edicti non notant infamia niſi eam mulierem quæ nupſit tempore luctus. Ergo non notant eam, quæ lugere non debuit.

Ratio decidendi. Vidua non prohibetur nubere idque propter ſanguinis turbationem, quæ ex ſecundis nuptiis contingeret. Ergo quamuis maritus lugendus non ſit, non eo minùs tamen infamia notari debet mulier, quæ nubit intra tempus legitimum, Tempus, inquam, ſiue luctus (nam & moribus præſcriptum eſt tempus certum ad lugendum) ſiue potiùs naſcendi & pariendi, hoc eſt, intra quod partum edi neceſſe eſt, vt ſit legitimus, id eſt, intra decimum menſem: de quo in *lege Gallus* 29. *in principio de liberis & poſthumis. & Nouell.* 39. *de reſtitut. & ea quæ par. vndec. menſ.* Non pendent itaque nuptiæ ex luctu, ſed lugendi neceſſitas indicitur, vt nuptiæ prohibeantur. Idque conſtat apertiùs ex *paragrapho ſequenti.*

c *Qui ſolet elugeri.* Malebam aliquando legere, *quia ſolet*, vt ſit hæc ratio, cur prætor fecerit mentionem temporis quo vir elugeretur: *quia*, inquit, *ſolet elugeri.* Sed poteſt etiam ratio incipere ab iis verbis, *propter turbationem*, & præcedentia omnia legi vno ſpiritu, *propter turbationem ſanguinis.* Quomodo etiam intelligi debet *lege decreto* 15. *C. h. tit.* Similis ratio eſt in *leg. ſancimus* 53. §. *vlt.* ibi, *propter generationis aut ſeminis incertitudinem. Cod. de epiſc. & cler.*

2 ¶ Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat ſtatim poſſe nuptiis ſe collocare: quod verum puto.

Ad §. 2. *Pomponius.*

Ratio dubitandi. Verba edicti loquuntur de tempore luctus, non de tempore partus, vt ſcriptum eſt in *paragrapho primo huius legis.* Ergo ſiue partum ediderit mulier, ſiue non ediderit, notatur infamia nubendo intra tempus quo virum elugeri moris eſt.

Ratio

Ratio decidendi. Non tam quid prætor edixerit, inſpiciendum eſt, quàm qua mente. *lege penultima ad exhibend.* Mens autem prætoris fuit impedire ſanguinis turbationem, quæ porrò nulla timeri poteſt poſt editum partum, qui fuerat ex defuncto viro conceptus.

3 ¶ Non ſolent autem lugeri, vt Neratius ait, hoſtes, vel perduellionis damnati; nec ſuſpendioſi: nec qui manus ſibi intulerunt, non tædio vitæ, ſed mala conſcientia. Si quis ergo, poſt huiuſmodi exitum mariti [d], nuptum ſe collocauerit: infamia notabitur.

Ad §. 3. Non ſolùm.

Ratio dubitandi. Etiam animaduerſorum & punitorum corpora quibuſlibet petentibus ad ſepulturam danda ſunt. *lege vltima de cadauer. punit.* idque non vt defunctorum memoriæ faueatur, ſed in memoriam humanæ conditionis, vt ait *lege quidam 27. de condic. inſtit.* Ergo multò magis non permittendum ſolùm, ſed etiam iniungendum mulieri eſt, vt maritum ſuum quocunque tandem crimine damnatum lugeat. Præſertim cùm nihil tam humanum ſit, quam fortuitis caſibus vt mulier maritum, ita & viri vxorem participem eſſe. *lege ſi cùm dotem 22. §. ſi maritus ſolut. matrimon.* Et laudanda eſt mulier, quæ etiam poſt condemnationem mariti, & propter eius caſum non mutat adfectionem. *lege 1. Codice de repud.* iunct. *leg. res vxoris 24. Codice de donationibus inter virum & vxorem.* propter indiuiduam illam vitæ ſocietatem, quæ per matrimonium contrahitur. *lege 1. de ritu nuptiar.*

Ratio decidendi. Ad publicam honeſtatem & vtilitatem ſicut pertinet lugeri probos viros & de republica bene meritos, aut ſaltem non demeritos, ita è contrario non lugeri hoſtes reipublicæ, & perduellionis damnatos, nec ſuſpendioſos, nec qui manus ſibi intulerunt, ſi non tædio vitæ, vt prudentes noſtri ſolent diſtinguere, non mala conſcientia id fecerint. *lege vltima de bonis eorum qui ſibi mort. conſc.* Sed eos potiſſimùm, qui ad patriam delendam & parentes ac liberos interficiendos venerint. Cùm ſi filius talem patrem, aut pater talem filium occidiſſet, ſine ſcelere id fore adeóque etiam præmio eum adficiendum maiores conſtituerint. *lege minimè 35. infrà de releg. & ſumpt. funer.*

d *Si quis ergo poſt huiuſmodi exitum mariti.* Coniungendus eſt meo iudicio hic locus cum cæteris, in quibus alibi obſeruauimus additas fuiſſe ab imperitis interpretibus quaſdam illationes planè ineptas, & à iuris ratione omnino alienas, vt in *lege ſi pignore 22. §. ſi prædo. de pigneratitia actione. lege debitor 59. ver. remanet igitur. ad Senatuſconſultum Trebellianum. & alibi ſæpè.* Quàm enim inepta ſit hæc illatio, apparet non ſolùm ex verbis illis, *Si quis nuptum ſe collocauerit* (debuerat enim ſcribi *ſi qua*, cùm præcedentia omnia ſint de muliere, non de marito, nec viri ſit, ſed mulieris nuptum ſe collocare) ſed etiam ex eo, quòd ſi quando vir talis ſit, quem elugeri non oporteat, quamuis non eò magis permittendæ ſint mulieri nuptiæ intra tempus legitimum, magis tamen poteſt inde peti ratio dubitandi quàm decidendi, vt nemo non videt, & conſtat ex paragrapho primo huius legis in illis primis verbis, *etſi talis ſit.* Debuit ergo imperitus iſte interpres ſcribere *tamen* pro *ergo*, vt conueniret hæc illatio cum *d. §. 1.*

4 ¶ Notatur etiam, qui eam duxit: ſed ſi ſciens: ignorantia enim excuſatur non iuris [a], ſed facti [b]. ¶ Excuſatur, qui iuſſu eius, in cuius poteſtate erat, duxerit: & ipſe, qui paſſus eſt ducere notatur: vtrumque rectè: nam & qui obtemperauit, venia dignus eſt [c]: & qui paſſus eſt ducere, notari ignominia [d].

Ad §. 4. Notatur.

Ratio dubitandi. Qui ducit vxorem viduam, non is cogitur priorem virum lugere, cùm nullo ei coniunctionis aut ſanguinis vinculo ſit obſtrictus. Ergo nec ob nuptias viduæ infamia notari debet.

Ratio decidendi. Non minùs facit contra edictum prætoris, & contra honeſtatem publicam is qui viduam intra legitimum tempus vxorem ducit, quàm ea quæ nubit, cùm non poſſet illa nubere, ſi neminem reperiret, qui cum ea nuptias contrahere vellet. Ob idque rectè prætor ac meritò vtrumque notauit, ſed mulierem omnimodo, quia non poteſt ignorare tempus mortis, vt neque mortem prioris mariti: poſteriorem verò maritum ita demum ſi ſciuerit nondum elapſum eſſe legitimum tempus, quod ei potuerit partus, ſi quis ex priore marito conceptus eſſet, ne alioquin ignorantia puniatur vt in *l. genero 8. ſ. h. tit.*

a *Non iuris.* Ratio dubitandi, Ignorantia iuris excuſat à dolo. *lege ſed etſi lege 25. §. ſcire. de petit. heredit.* Ergo & ab infamia excuſare debet. Abſurdum enim ſit adeóque iniquum infamiam pro pœna irrogari ei qui non ſit in dolo, licèt non careat culpa.

Ratio decidendi. Error iuris nunquam eſt probabilis, & ob eam cauſam ſtulti dicuntur omnes qui in iure errant *lege regula 9. §. penultimo de iur. & fact. ignor.* Non debet igitur excuſare hunc, qui aduerſus edictum prætoris vxorem duxit viduam intra tempus luctus, quo minùs fiat infamis ex edicto. Non enim quærimus an in dolo ſit quod nec prætor requirit, ſed tantùm an fecerit contra edictum. Fecit autem ſi modò factum ſciuit, licèt ius ignorauerit, quod ignorare nec potuit nec debuit.

b *Sed facti.* Ratio dubitandi. Ignorantia facti non excuſat quoties craſſa eſt, & ſupina. *dicta lege regula 9. §. ſed facti.* iunct. *leg. 3. §. 1. eodem titulo de iuris & facti ignorantia. lege cùm ſex 56. de ædilitio edicto.* Atqui non niſi craſſa poteſt & diſſoluta eſſe ignorantia eius qui viduam vxorem duxit, nec inquiſiit quo tempore prior maritus deceſſerit. Tam facilè enim eſt vt vxorem eam ducat, cuius nec ſciat virum deceſſiſſe, quod tamen quia ſciat?

Ratio decidendi. Poſſunt multa ex facto incidere, quæ faciant vt probabilis & tolerabilis ſit ignorantia mariti, putà ſi prior maritus deceſſerit in longinqua prouincia, & quod plerumque fit, in longioribus & grauioribus morbis, rumor mortis ipſius citiùs aduenerit, quàm reuera mortuus fuerit, vt in *lege vltima de hered. inſtitue. lege cùm mater 28. de inoffic. teſtament.* His caſibus inculpatum ſanè eſt factum poſterioris mariti, non etiam mulieris.

c *Qui obtemperauit venia dignus eſt.* Ratio dubitandi. Si patre cogente filius duxerit vxorem, quam non duceret ſi ſui arbitrij eſſet, contraxit tamen matrimonium, quod inter inuitos non contrahitur maluiſſe hoc videtur. *leg. ſi patre cogente 22. de ritu nuptiarum.* Ergo perinde notandus eſt infamia, quia etiam coacta voluntas eſt. *l. ſi mulier. 21. §. vlt. quod met. cauſ.*

Ratio decidendi. Notaretur ſanè, ſi verba ipſa edicti caſum hunc non excepiſſent. Sed benè prætor eum excepit, quia dignus eſt venia filius qui patri obtemperauit. *lege ad ea 157. l. non videntur 167. §. 1. leg. is damnum dat. 169. de reg. iur.* Excipiuntur tantùm caſus illi, qui in ſe habent atrocitatem facinoris *d. l. ad ea. l. ſeruus non in omnibus. 20. de obligat. & act.*

d *Et qui paſſus eſt ducere, notari ignominia.* Ratio dubitandi. Plus delinquit qui ipſe facit, quàm qui patitur tantùm fieri, imò & quàm is qui mandat: nec turbat ſanguinem pater qui conſentit nuptiis filij, ſed filius ipſe qui ducit vxorem. Atqui excuſatur filius qui viduam vxorem ducit intra tempus legitimum. Ergo multò magis excuſatus debet eſſe pater præſertim cùm ratio edicti non alia ſit quàm *propter turbationem ſanguinis*, & ſi voles etiam ad puniendum calorem illum nimium incontinentiæ, quæ porro nulla eſt in patre, ſed in ſolo filio ad viduæ nuptias feſtinante.

Ratio decidendi. Quemadmodum culpa caret qui ſcit, ſed prohibere non poteſt. *l. culpa caret* 50. *l. nullum crimen* 109. *de reg. iur.* Ita è contrario culpa non caret qui ſcit, & prohibere poteſt, nec prohibet. *l. ſcientiam* 45. *ad leg. Aquil. leg.* 3. *de noxal. actio. l. fluminum* 24. §. *quanquam. de damn. infect.* Atqui pater poteſt prohibere ne filius vxorem ducat, quia niſi conſentiat filij nuptiis, filij nuptiæ non valebunt inſpecto iure ciuili. *l.* 2. *&* 3. *de rit. nupt.* Meritò igitur pater notatur, qui huiuſmodi nuptiis filiifamilias conſentit. Aliud ergo erit hodie, poſteaquàm placuit ſacroſanctis Pontificibus, non eo minus valere nuptias filiifamilias, quòd factæ ſint ignorante adeóque inuito patre. Nulla enim hodie patris culpa, tota filij eſt, tum quoque cùm pater conſentit, quia etiamſi contradiceret, nihilominus tamen nuptiæ, & quidem iuſtæ, ſequi poſſent.

12. PAVLVS, lib. 5. ad Edictum.

QVi iuſſu patris duxit, quamuis liberatus poteſtate patria eam retinuit, non notatur.

Ad l. Qui iuſſu 12.

Ratio dubitandi. Nihil excuſat filium ne infamia notetur, niſi quod dignus ſit venia qui patri obtemperauit vt ſcriptum eſt in §. *vltimo leg. præcedent.* Atqui hæc ratio ceſſat ſtatim atque filius hic factus eſt ſui iuris, quia vxorem ſuam dimittere poteſt, & aliam accipere. Ergo ſi eam retineat notari debet, tanquam qui propria voluntate incipiat eam vxorem habere, faciátque ſuum delictum quod in id vſque tempus fuerat ſolius patris, vt & in *leg. qui contra* 4. *in fin. Cod. de incestis nuptiis.* Iure nimirum ciuili inſpecto, quo libera erant diuortia. Nihil enim tale hodie tractari poteſt inter Chriſtianos.

Ratio decidendi. Facilius eſt vt matrimonium ſine culpa retineatur, etiamſi non poſſet hodie contrahi ſine culpa, non ſolùm quia multa facta durant, quæ fieri prohibentur. *lege patre furioſo* 8. *ſupr.* de his qui ſui vel alieni iuris ſunt, ſed etiam quia durum eſt cogi maritum diuertere ab ea vxore etiam quam initio ducere noluiſſet, ſi ſui iuris fuiſſet, ſi fortè, quod plerumque fit, adfectio maritalis ſuperuenerit & coaluerit, quæ antea defuerat. Neque ſimile eſt quod conſtituitur in *dicta lege qui contra* Nec quod in *lege non eſt matrimonium* 66. *de ritu nuptiar.* vbi dicitur ſi tutor vel curator pupillam vel adultam ſuam filio iunxerit, vtrumque infamari, & filium & patrem. Aliud enim eſt contra leges matrimonium contrahere, vt in dictis locis, aliud verò iuſtas quidem inire nuptias, ſed nimis feſtinatas quales illæ ſunt quas quis intra legitimum tempus cum vidua contrahit. Nam nec prætor prohibet ne tales nuptiæ contrahantur, neque contractas reſcindit, quod nec facere poſſet, ſed tantùm notat infamia eos qui contrahunt nimis feſtinanter.

13. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

QVid ergo ſi non ducere ſit paſſus: ſed, poſteaquàm duxit, ratum habuerit: vtputà, initio ignorauit talem eſſe, poſteà ſcit? non notabitur: prætor enim ad initium nuptiarum ſe retulit.

Ad l. Quid ergo 13.

Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mandato. *lege vero* 12. *in fine de ſolut. lege vltima. Codice ad Maced. etiam in delictis. lege* 1. §. *ſed & ſi quod* 14. *de vi & vi arm.* Ergo nihil intereſt, an pater filium paſſus ſit vxorem ducere contra edictum prætoris, an verò poſtea quàm filius duxit ratum habuerit. Et conſequenter vtroque caſu dicendum eſt patrem notari.

Ratio decidendi. Non notatur pater niſi ex edicto prætoris. Atqui prætor ſe retulit ad initium nuptiarum, vt apparet ex verbis edicti. Ergo ſola ratihabitione interueniente ſicut ceſſant verba edicti, ita & eius poteſtas nulla eſt ad infamiam irrogandam.

1 ¶ Si quis alieno nomine *bina ſponſalia* conſtituerit, non notatur: niſi eius nomine conſtituat [a] quem, quámve in poteſtate haberet. Certè qui filium, vel filiam conſtituere patitur, quodammodo ipſe videtur conſtituiſſe.

Ad §. 1. *Si quis*

Ratio dubitandi. Etiam is qui alieno nomine bina ſponſalia conſtituit, rem turpem facit, & quæ eſt contra bonos mores, cùm non magis fieri poſſit, vt quis eodem tempore duas ſponſas habeat, quàm vt duas vxores. Ergo notari debet, cùm rei illicitæ operam det, & delinquendi non modò occaſionem, ſed etiam materiam alij præſtet.

Ratio decidendi. Non quiſquis rem illicitam aut per ſe turpem facit notatur infamia, ſed is demum, quem prætor edicti ſui verbis notauit. Atqui prætor nominatim eum notauit, qui ſuo nomine bina ſponſalia eodem tempore habuerit, vt ex edicto apparet. Hoc ipſo igitur excepit eum, qui alieno tantùm nomine bina ſponſalia conſtituerit. Quanquam nec neceſſe eſt excipi eum ne notetur, ſed ſufficit vt non ſit verbis edicti comprehenſus.

a *Niſi eius nomine conſtituat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. liberorum* 11. *in fine ſuprà eodem.*

2 ¶ Quod ait prætor, *eodem tempore*: non initia ſponſaliorum [b] eodem tempore factorum accipiendum eſt: ſed ſi in id tempus concurrant.

3 ¶ Item ſi alteri ſponſa, alteri nupta ſit ex ſententia edicti punitur.

Ad §. 2. *Quod ait prætor.*

b *Non initia ſponſaliorum.* Prætor cùm de nuptiis locutus eſt, ſe retulit ad initium nuptiarum, vt ſcriptum eſt in *principio huius legis.* Ergo & quod edixit de ſponſalibus, referendum eſt ad initia ſponſaliorum, quorum eadem in cæteris ferè omnibus conſtitui ſolet ratio, quæ nuptiarum, *l. tutor* 15. *cum l. ſeq. de ſponſalib.*

Ratio

Ratio decidendi. Aliter prætor in hoc edicto locutus eſt de nuptiis, aliter de ſponſalibus. Cùm locutus eſt de nuptiis, ſe retulit ad initium nuptiarum, quia eo demum tempore delinquitur, cùm aduerſus edictum prætoris ad nuptias feſtinatur: nec locutus eſt de pluribus nuptiis, ſed de vnis, quia & vnæ ſufficiunt ad ſanguinis turbationem inducendam, quam impediri prætor voluit. At cùm locutus eſt de ſponſalibus, non ſe retulit ad initium ſponſaliorum, quia nihil in ſponſalibus turpe eſt, & quod infamia notandum videatur præter multiplicationem ſponſaliorum, quæ porrò non poſſunt multiplicari eodem inſtanti. Sufficit ergo vt in idem tempus concurrant. Sic enim lego, non vt vulgò, *ſed ſi in id tempus*. Idémque dicendum eſt de nuptiis, ſi ponas nuptias contractas fuiſſe.

Ad §. 3. Item ſi alteri.

Ratio dubitandi. Prætor locutus eſt de eo, qui bina ſponſalia bináſve nuptias eodem tempore conſtitutas habuit, vt conſtat ex verbis edicti. Atqui ea quæ vni ſponſa, alij nupta eſt, neque bina ſponſalia, neque binas nuptias eodem tempore conſtitutas habet. Ergo non notatur edicto.

Ratio decidendi. Non notatur quidem verbis edicti, ſed notatur ex ſententia, quia licèt neque ſponſalia ſint nuptiæ, neque nuptiæ ſponſalia, tamen in nuptiis ſponſalia eminenter continentur, cùm nuptiæ ſint plus quàm ſponſalia. Itaque tantò magis notari hæc debet, quantò grauius eſt in fraudem edicti vel legis aliquid facere, quàm apertè contra edictum vel contra legem. arg. *l. vlt. de rit. nupt.* iunct. *leg. contra legem 29. & ſeq. de legibus.*

4 ¶ Cùm autem factum notetur: etiamſi cum ea quis nuptias, vel ſponſalia conſtituat, quam vxorem ducere, vel non poteſt, vel fas non eſt: erit notatus.

Ad §. 4. Cùm autem.

Ratio dubitandi. Quod ipſo iure nullum eſt, effectum nullum producere poteſt. *lege ſi filius 7. de liberis & poſthumis, cum ſimilibus.* Atqui cùm quis nuptias vel ſponſalia contraxit cum ea, quam vxorem ducere vel non poteſt, vel fas non eſt, nullæ ſunt nuptiæ, nulla ſponſalia. *lege qui contra 4. Codice de inceſt. nupt. §. ſi aduerſus. Inſtitut. de nuptiis.* Ergo nulla ex eiuſmodi nuptiis vel ſponſalibus infamia irrogari poteſt.

Ratio decidendi. Edictum prætoris non ſe ad ius retulit, ſed ad factum, nec iuſtas nuptias tantùm, aut iuſta ſponſalia notauit, ſed factum ipſum nuptiarum & ſponſaliorum, quæ quò minùs iuris habent, eò magis habere debent infamiæ. Nam ſi iuſtas quoque nuptias & iuſta ſponſalia notat prætor, quantò magis iniuſtas nuptias & iniuſta ſponſalia? Denique cùm factum notetur, ſufficit facto ipſo contractas eſſe nuptias, contracta ſponſalia, licèt nullo iure.

5 ¶ Ex compromiſſo arbiter infamiam non facit: quia non per omnia ſententia eſt.

Ad §. 5. Ex compromiſſo.

Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum. *lege 1. de recept. qui arbitr.* & conſequenter ſententiæ arbitri ad inſtar ſententiarum à iudicibus latarum, rerúmque iudicatarum. *lege non diſtinguemus 32. §. item ſi quis. eod. lege rem non nouam 14. Codice de iudic.* Ergo condemnatus per ſententiam arbitri ex compromiſſo, perinde infamis fieri debet, atque ſi eſſet per ſententiam condemnatus.

Ratio decidendi. Non per omnia ſimiles ſunt arbitri iudicibus, nec arbitria iudiciis, nec proinde ſententiæ arbitrorum ſententiis iudicum, quia cùm arbiter nullam habeat iuriſdictionem, quippe quæ fit ex iure publico, non ex conſenſu & voluntate priuatorum. *lege 3. Cod. de iuriſdict. omn. iudic.* non poteſt eam habere poteſtatem, vt quod pronunciauit vim obtineat rei iudicatæ. Et quamuis ſententiæ arbitri ſtari oporteat, ſiue æqua ſiue iniqua ſit, *lege diem proferre 27. §. ſtari. de recept.* id tamen fit ſolo metu pœnæ, non autoritate ſententiæ, ex qua ſcilicet neque actio, neque exceptio rei iudicatæ naſcitur, ſed tantùm pœnæ petitio. *l. 2. eo. l. 1. C. eo.*

6 ¶ Quantum ad infamiam pertinet: multùm intereſt in cauſa, quæ agebatur, cauſa cognita aliquid pronunciatum ſit, an quædam extrinſecus ſunt elocuta: nam ex his infamia non irrogatur.

Ad §. 6. Quantum.

Ratio dubitandi. Edicti verba non diſtinguunt, an iudex pronunciauerit cauſa cognita, an ſine cauſæ cognitione. Ergo nec nos diſtinguere debemus. *lege de pretio 8. infrà. de publica. lege in rem all. lege in fraudem 15. §. vltimo de teſt. milit.*

Ratio decidendi. Non quælibet vox iudicis iudicati continet autoritatem, ſed ea tantùm, quæ vel abſolutionem habet, vel condemnationem. *lege ex ſtipulatione 7. Codice de ſent. & interloc. omn. iudic.* Cæteræ pronunciationes non tam ſententiæ dici debent quàm interlocutiones. *lege quod iuſſit 14. de re iudicata.* nec proinde infamiam irrogare poſſunt. *lege verbum 16. lege interlocutio 19. Codice hoc titulo. lege ob hac verba 20. infrà eodem.* Prætor enim notauit eum dumtaxat, qui ſit condemnatus *lege 1. ſuprà.* Ergo cauſa cognita. Nemo enim ſine cauſæ cognitione condẽnandus eſt, præſertim vt infamis fiat.

7 ¶ Pœna grauior vltra legem impoſita [a] exiſtimationem conſeruat: vt & conſtitutum eſt, & reſponſum: vtputà ſi eum, qui parte bonorum mulctari debuit, præſes relegauerit: dicendum erit duriori ſententia cum eo tranſactum [b] de exiſtimatione eius, idcircóque non eſſe infamem. Sed ſi in cauſa furti [c] nec manifeſti in quadruplum iudex condemnauit, oneratum quidem reum pœna aucta (nam ex furto non manifeſto in duplum conueniri debuit) verùm hanc rem exiſtimationem ei non conſeruaſſe, quamuis, ſi in pœna non pecuniaria [d] eum oneraſſet, tranſactum cum eo videtur.

Ad §. 7. Pœna.

a *Vltra legem impoſita.* Ratio dubitandi. Pœna non iudicis arbitrio permittitur, ſed legis autoritati reſeruatur *leg. 1. §. 1. verſ. quorum alterum ff. ad Turpill. l. ordine 15. ad municip.* Ergo non poteſt iudex pœnam grauiorem vltra legem imponere.

Ratio decidendi. Poteſt iudex etiam grauiorem pœnam, & vltra legem imponere, non tam vt eum grauiùs condemnet, quàm vt mitiùs, id eſt; vt exiſtimationem eius conſeruet, quaſi tranſigendo cum reo de ipſius exiſtimatione, vt putà ſi eum, qui parte bonorum mulctari debuit, præſes relegauerit: aut ſi opere temporario quis mulctatus ſit, vel tantùm fuſtibus cæſus, in ea

actione, quæ non niſi pecuniariam condemnationem pro pœna expectabat. Maior enim eſt quælibet pœna corporalis, vel minima, quàm pecuniaris damnatio etiam maxima. *leg. in ſeruorum 10. in fin. de pœnis.* Ergo duriori ſententia tranſactum videtur cum reo de ipſius exiſtimatione, idcircóque non eſt infamis. *lege 4. Cod. hoc tit.* Quid verò ſi reus mitiùs fuerit condemnatus? Non quidem videbitur iudex cum eo tranſegiſſe, ſed tamen non eo magis fiet infamis ille, qui condemnatus eſt, ſi appareat iudicem id egiſſe, vt ipſius exiſtimationem integram conſeruaret, vt in *leg. 3. Codice hoc titulo.* Vnde eſt quod plerumque iudices hodie ſic condemnant, vt addant, *ſalua exiſtimatione*, ne quid in fama damni reus patiatur. Nam cum ex facto ius oriatur. *leg. ſi ex plagis 52. §. in cliuo ad leg. Aquil.* multa poſſunt ex facto incidere, quæ facere debeant vt iudex minorem ſententiam ferat etiam ſaluo honore. *d. l. 3. Cod. h. tit.* Alioqui mitior pœna ſola non delet infamiam. *d. l. ordine 15. ad munic.* iunct. *l. 3. & 5. de decur.*

b *Cum eo tranſactum.* Ratio dubitandi. Iudicis eſt pronunciare & iudicare, non tranſigere aut paciſci cum litigatoribus. Egreditur enim hæc res notiſſimos terminos iuriſdictionis. Ergo quamuis duriorem ſententiam iudex tulerit, non ideo tamen poteſt videri cum reo tranſegiſſe, quod nec ſi voluiſſet expreſſa conuentione facere potuiſſet. Et verò quid abſurdius eſt, quàm ſententiam prodeſſe condemnato ad conſeruandam ipſius exiſtimationem ob id ſolùm quòd grauior ei fuerit irrogata condemnatio? argument. *lege euidenter 16. de exception. rei iudic.* Nec enim grauior condemnatio fit vt eo minùs, ſed vt eo magis reus condemnetur. arg. *leg. legata inutiliter. 14. de adim. legat. leg. 3. §. ſi emancipatus. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.*

Ratio decidendi. Non poteſt iudex cum eo tranſigere per eam conuentionis ſpeciem, quam nos tranſactionem appellamus, quæ ex duorum conſenſu & voluntate perficitur. Sed ipſa ſententiæ ſeueritas eſt, quæ cum cæteris damnis tranſigere videtur, vt loquuntur Imperatores in *dicta lege 4. Codice hoc titulo.* Quoniam alioqui ſententia non valeret, quæ legitimam pœnam egrederetur, ſaltem in eo, in quo egrederetur. *dicta lege 1. §. 1. verſ. quorum alterum ad SC. Turpill. dicta leg. ordine 15. ad municip.*

c *Sed ſi in cauſa furti.* Ratio dubitandi. Pœna grauior vltra legem impoſita exiſtimationem conſeruat, vt ſcriptum eſt in principio huius paragraphi. Atqui pœna grauior eſt & vltra legem impoſita, cùm pro furto non manifeſto pœna quadrupli irrogatur, quia pœna legitima furti nec manifeſti in duplum tantùm eſt. Ergo qui ex furto non manifeſto condemnatus eſt in quadruplum, cùm oneratus ſit in pœna, infamis fieri non debet.

Ratio decidendi. Non tam videtur iudex hunc furem condemnaſſe in quadruplum, vt cum eo de exiſtimatione tranſigeret, quàm vt eum quaſi manifeſtum furem puniret, putans ſcilicet per errorem facti manifeſtum furem eum eſſe, qui re vera erat nec manifeſtus. Plerumque enim facti quæſtio eſt, non iuris, An fur manifeſtus ſit, an nec manifeſtus. Cæterùm ſi iudex eum, quem non manifeſtum furem pronunciaſſet, condemnaret in quadruplum, eſſet ipſo iure nulla ſententia, quaſi contra leges expreſſim lata, adeò vt nec ab ea neceſſe eſſet appellari. *lege ſi expreſſim 19. ne appell. lege prima. paragrapho item cum contra. quæ ſentent. ſine appell. reſcind.* ob idque nec infamiam irrogaret. Nec enim condemnatus intelligitur, qui non ritè condemnatus eſt. *leg. 4. §. condemnatum de re iudic.*

d *Quamuis ſi in pœna non pecuniaria.* Omnimodo retinenda eſt hæc negatio, quæ iam in pleriſque editionibus Typographorum vitio deeſſe incipit, Nam & antiqui omnes interpretes ita legerunt, & ex recentioribus Haloander. Vult enim Vlpianus monere multùm intereſſe, an fur non manifeſtus oneratus ſit in pœna pecuniaria, an in pœna non pecuniaria, id eſt, corporali. Vt priore caſu non eò minùs ſit infamis, poſteriore verò cum eo de exiſtimatione tranſactum videatur, ſiue quòd irrogata pœna corporali non poſſit capi ea interpretatio erroris facti quam proximè diximus capi poſſe fure non manifeſto in quadruplum condemnato, (nec enim pœna furis manifeſti eſt, vt corporaliter potiùs quàm fur non manifeſtus puniatur,) ſiue potius quod pœna infamiæ grauior ſit, quàm vt cum pœna, qualibet pecuniaria poſſit aut debeat commutari, ſed cum ea tantùm quæ ſit corporalis *l. in ſeruorum 10. in fine de pœn.*

8 ¶ Crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamuis publicum non eſt iudicium.

Ad §. 8. Crimen.

Ratio dubitandi. Infamem non ex omni crimine ſententia facit, ſed ex eo tantùm quod iudicij publici cauſam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret. *lege infamem 7. de public. iudic.* Atqui actio ſtellionatus neque publicis iudiciis neque priuatis actionibus continetur. *lege prima de crimine ſtellionatus.* Ergo crimen ſtellionatus infamiam damnato irrogare non poteſt. Atque ita ſcriptum eſt in *leg. 2. eod. tit.*

Ratio decidendi. Quod in priuatis iudiciis eſt actio de dolo hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. *lege tertia eod. tit. titul.* Atqui actio de dolo ſemper eſt famoſa *lege prima ſuprà hoc titulo.* Ergo & ſtellionatus iudicium ſemper famoſum eſt, quamuis nec publicum iudicium ſit, nec proinde ordinariam coercitionem habeat, ſed extraordinariam. *dicta lege 2.* vbi ob hanc cauſam deleti negationem oportere docuimus *libro quarto Coniecturarum. c. 2. vbi vide.*

14. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

SEruus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit: deinde eundem liberum, & heredem inſtituerit: ex eodem iudicio damnatus, non eſt famoſus: quia non ſuo nomine condemnatur: quippe cùm initio lis in eum conteſtata non ſit.

Ad l. Seruus 14.

Ratio dubitandi. Seruus hic, cuius nomine, cùm adhuc ſeruus eſſet, dominus noxale iudicium acceperat, condemnatur ex proprio delicto quod admiſerat in ſeruitute, & condemnatus iam liber factus, & à domino manumiſſus. Nec immeritò cùm noxa caput ſequatur, & ſeruus etiam poſt manumiſſionem teneatur ex delictis ante manumiſſionem commiſſis. *lege licet 4. Codice an ſeruus pro ſuo fact. poſt manum.* Ergo ſuo nomine condemnatur, & conſequenter notatur infamia.

Ratio decidendi. Condemnatur quidem ex proprio delicto, ſed non ſuo nomine, quia condemnatur ex eo ipſo iudicio noxali, quod inſtitutum fuerat contra dominum lite cùm eo conteſtata. (Neque enim ſeruus ipſe qui deliquit, noxali iudicio teneri poteſt ex propria perſona.) Ergo tanquam domini ſui heres, à quo ſcilicet & liber & heres fuit inſtitutus, ac proinde ex perſona & nomine domini ſui. Conſequens igitur eſt, vt non notetur infamia, quoniam quiſquis alieno nomine, & tanquam alterius heres famoſo iudicio condemnatur, minimè notatur. *l. furti 6. §. ſi quis alieno tit. eod. niſi in caſu. §. illud planè. ibid.* vbi dixi. Iunge quæ ſcripſi ad *l. 4. §. Pompon. tit. eo.*

VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

NOtatur, quæ per calumniam ventris nomine in poſſeſſionem miſſa eſt, dum ſe adſeuerat prægnantem.

Ad l. Notatur. 15.

Ratio dubitandi. Miſſio iſta in poſſeſſionem ventris nomine nullum ius tribuit, ſed tantum cuſtodiam, vt interim alatur is qui in vtero eſt, quíque vbi natus erit accepturus eſt bonorum poſſeſſionem, & inter ſuos heredes futuros. *lege 1. de vent. in poſſ. mit.* iunct. *lege inter bonorum 48. de adminiſtratione tutorum.* Ideóque facilis eſt prætor ad mittendam mulierem ventris nomine in poſſeſſionem. *lege 1. §. 1. ſi mulier ventr. nom. in poſſ. per calum. eſſ. dicet.* Ergo non debuit infamia notari mulier, quæ ventris nomine in poſſeſſionem miſſa eſt etiam per calumniam, cùm non adeò magnum damnum cuiquam inferat.

Ratio decidendi. Sicut valdè facilis eſt prætor circa bonorum poſſeſſionem dandam mulieri ventris nomine propter fauorem, non ipſius mulieris, ſed partus qui ſperatur, ita non debet calumniam eius impunitã relinquere. *dicto paragrapho 1.* Facit enim ea miſſio magnam iniuriam & defuncto & heredibus & legatariis, cùm impediat ne interim poſſit adiri hereditas, nec attingi quicquam hereditarium, ita vt mortuus interim heredibus inſtitutis & ſubſtitutis legata corruant, ſitque ob eam cauſam neceſſaria & heredibus heredis & legatariis actio prætoria contra mulierem, vt ipſorum indemnitati conſulatur. *dicta lege 1. §. nonnunquam. & ſeqq. ſi mulier ventris nomine in poſſeſ. per calum. eſſ. dicet.* Nam & tum quoque cùm mulier dicitur per calumniam petere vt mittatur in poſſeſſionem, adhuc tamen ſuccurrit ventri prætor, data ei Carboniana ad exemplum edicti Carboniani quomodo & cùm is, qui in vtero eſt, negatur eſſe conceptus ex defuncto. *lege 3. §. vltimo. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ. miſſus eſt.* Grauis ergo hæc calumnia eſt, & digna quæ notetur infamia. Per calumniam autem mittitur mulier in poſſeſſionem ventris nomine, quæ ſciens prudénſque ſe prægnantem non eſſe, voluit in poſſeſſionem venire. *dicta lege 1. §. per calumniam. ſimul. vent. nom. in poſſ. miſſ.* ac proinde quæ non tantum heredes & legatarios, ſed, quod intolerabilius eſt, ipſum quoque prætorem decepit, vt eius beneficio abuteretur. *l. 17. ꝭ. h. tit.*

16. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

CVm non prægnans eſſet, vel ex alio concepiſſet [a],

Ad l. Cùm non prægnans 16.

a *Vel ex alio concepiſſet.* Ratio dubitandi. Non eò minùs re vera prægnans eſt mulier, quòd ex alio conceperit. Ergo non poteſt dici eo caſu per calumniam miſſa in poſſeſſionem ventris nomine.

Ratio decidendi. Nihil intereſt an non ſit prægnans, an verò ſit quidem, ſed ex alio quàm marito. Nec enim prætor id agit, cùm eam mittit in poſſeſſionem ventris nomine, vt ipſi conſulat, ſed vt partui qui ſperatur, quíque, ſi iam eſſet editus, inter ſuos heredes futurus eſſet. *dicta lege 1. de ventr. in poſſ. mitt.* Quia tamen præſumptio eſt pro muliere quòd ex marito ſuo prægnans ſit, tum quoque cùm de mulieris adulterio conſtat. *lege miles 11. paragrapho defuncto. ad legem Iuliam. de adult.* niſi exactiſſimæ & concludentiſſimæ probationes huic præſumptioni opponantur. *lege filium 6. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* dabit interim prætor ventri Carbonianam. *dicta lege 3. paragrapho vltimo ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ.*

17. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

DEbuit enim coërceri, quæ prætorem decepit. Sed ea notatur, quæ cùm ſuæ poteſtatis eſſet, hoc facit [b].

Ad l. Debuit 17.

Ratio dubitandi. Satis coërcetur hæc mulier in eo quod prætoria actione tenetur ad id omne quod intereſt heredum & legatariorum, & ad præſtandam iis indemnitatem. *lege 1. §. nonnunquam. & ſeqq. ſi mulier vent. nomin.* Ergò non propterea debuit notari infamia. Nam & ſimiliter is qui à prætore in iure interrogatus non vult reſpondere, & contumax eſt, coerceri debet, quia contemnit autoritatem prætoris, & ideò coercetur hactenus vt in ſolidum teneatur, quemadmodum ſi negaſſet. *lege de ætate. 11. §. qui tacuit. de interrog. in iur. fac.* & tamen nemo dixerit notari eum infamia.

Ratio decidendi. Grauius peccat qui prætorem decipit, quàm qui contemnit. Nam & qui decipit, contemnit, non ſimiliter è conuerſo, quiſquis contemnit, decipit. Item grauius peccat mulier quæ decipit prætorem in ea ipſa re, in qua beneficium petit, & accipit à prætore. Nam ſi magis ſolicitè cuſtodiendus eſt honor, in quo etiam beneficium amici tuendum eſt, quantò magis cauendum eſt ei perſonæ, quæ beneficium accipit à prætore, ne prætorem ipſum decepiſſe videatur? Et hæc ratio eſt, quam Vlpianus ſignificare videtur in *d. l. §. 1. ſi mul. vent. nom.*

b *Sed ea notatur, quæ cùm ſuæ poteſtatis eſſet, hoc facit.* Non igitur ea quæ filiafamilias eſt, ſed eo caſu pater notabitur, qui paſſus eſt calumniæ cauſa filiam, quam in poteſtate habebat in poſſeſſionem ventris nomine mitti. *l. non alia 19. in fin. ꝭ. eod.*

Ratio dubitandi. Non minus ex delictis quam ex contractibus filiifamilias obligantur. *l. tam ex contractibus 57. de iudic.* cùm etiam ſerui, qui alioquin ſunt legibus noſtris incogniti, etiam ex delictis teneantur & condemnentur *l. in ſeruorum 10. & paſ. de pœn.* Nec quod pater quoque ex ſcientia & patientia ſua notetur, filiam excuſare debet. Quid enim vetat & patrem & filiam infamia notari, vt in ſpecie *l. non eſt matrimonium 66. de rit. nupt.* Sicut & filiofamilias contrahente, & pater & filius ſimul obligantur. *l. ſi quis cum filiofamilias 44. de pecul.* præſertim cùm magis delinquat in propoſito filia, quæ ſcit ſe non eſſe prægnantem, quàm pater qui hoc ipſum niſi per filiam ſcire non poteſt.

Ratio decidendi. Loquimur de filia quæ patri adfirmauerit ſe non eſſe prægnantem, & quam tamen pater ſciens & prudens paſſus ſit per calumniam mitti in poſſeſſionem, cùm poſſet prohibere ne mitteretur. Rectè igitur fecit prætor, qui & filiæ pepercit & patrem notauit. Credendum enim eſt filiam non idem facturam fuiſſe, ſi pater aut prohibuiſſet, aut ſaltem id paſſus non fuiſſet. Et ideo digna eſt filia, cui venia detur, cùm patri obtemperauerit, non etiam pater, cui totum commodum huius calumniæ per filiam acquiritur. *l. placet 79. de acq. her. l. 1. ſi quis à paren. manum.* *Dixi ad l. liberorum. 11. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. eod.*

18. GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

EA, quæ falſa exiſtimatione decepta eſt, non poteſt videri per calumniam in poſſeſſione fuiſſe.

Ad l. Ea quæ 18.

Ratio dubitandi. Alieni quidem facti ignorantia plerumque probabilis & tolerabilis eſt. *lege genero 8. ſupra hoc titulo. lege vltima infrà pro ſuo.* Sed proprij facti non item, ne quidem in muliere. *lege quanquam. 7. infra ad Senatuſconſultum Velleianum.* Ergo non poteſt iuſtam ignorantiæ aut erroris cauſam prætendere mulier, quæ adfirmauit prætori ſe prægnantem, cùm non eſſet, nec proinde digna eſt venia, quominùs notetur infamia, ſi prætorem deceperit.

Ratio decidendi. Non ſolùm conceptionis inſtans incertum eſt, ſed ipſa etiam conceptio incerta, nec ipſi quoque mulieri, quæ concepiſſe dicitur, omnino benè cognita. Sæpè enim accidit vt prægnans ſit quæ putat ſe non eſſe. & contrà vt prægnans non ſit, quæ prægnantem ſe arbitratur. Venia igitur digna eſt mulier, quæ falſa exiſtimatione decepta fuit: nec enim poteſt videri prætorem decipere, quæ ipſa decipitur nec rurſus quæ in dubio conſtituta mauult peccare in eam partem, quæ ſibi commodior ſit futura. Denique per calumniam in poſſeſſione videtur fuiſſe ea demum mulier, quæ ſciens prudénſque ſe prægnantem non eſſe voluit tamen in poſſeſſionem venire. *l. 1. §. per calumniam. ſimul. vent. nom. in poſ. mit.* nec quiſquam aut ignorans aut errans calumniatur, cùm calumnia nunquam ſit ſine dolo malo.

19. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

NOn alia autem notatur, quàm ea de qua pronuntiatum eſt, calumniæ cauſa eam fuiſſe in poſſeſſionem miſſam. ¶ Idque & in patre [a] erit ſeruandum, qui calumniæ cauſa paſſus eſt filiam quam in poteſtate habebat, in poſſeſſionem ventris nomine mitti.

Ad l. Non alia 19.

Ratio dubitandi. Mulier quæ per calumniam miſſa eſt in poſſeſſionem ventris nomine, non aliam ob cauſam notatur, quàm quia prætorem decepit. *lege debuit 17. ſupra eodem.* Atqui tam verum eſt deceptum fuiſſe prætorem per calumniam mulieris, cùm mulier ipſa tamen condemnata non fuit, quàm ſi fuerit condemnata. Ergo perinde vtraque notari debet ſine diſtinctione.

Ratio decidendi. Non poteſt nec debet conditio deterior eſſe huius mulieris, quæ per calumniam miſſa eſt in poſſeſſionem, quàm alterius calumniatoris cuiuſlibet, cùm mulieri parcendum potiùs eſſet ob ſexus infirmitatem. Atqui calumniatores cæteri non aliter notantur edicto, quàm ſi calumniæ cauſa fuerint condemnati. *lege 4. §. calumniatur. ſuprà hoc titulo.* Ergo neque hæc mulier notari debet, niſi quæ calumniæ ſuæ nomine fuit condemnata. Nam nec priùs dici verè poteſt prætorem ab ea fuiſſe deceptum, cùm etiamſi veriſſimum ſit, & liquidò appareat eam prægnantem nec eſſe, nec vnquam fuiſſe, non tamen ſtatim conſequens fiat, notari eam oportere. Quid enim ſi probet ſeipſam falſa exiſtimatione deceptam fuiſſe? *lege proximè præcedenti.* Quid ſi id ipſum pronuncietur ſiue per imperitiam, ſiue per ſordes, aut gratiam ius dicentis vel iudicantis? Vtique res iudicata non eo minùs pro veritate habebitur. *lege ingenuum 25. de ſtatu hominum. lege ſeruo 65. §. cum prætor. ad Senatuſconſultum Trebellian.* Cùm ergo poſſint multa incidere, quæ faciant ne huiuſmodi mulier de calumnia vnquam condemnetur, non priùs calumniatrix dici poteſt, quàm condemnata ſit. *arg. §. illud quæſitum 13. l. 1. ff. de rer. diuiſ.* propter implicitam ſcilicet facti quæſtionem præſertim cùm nec prætor factum notauerit in notandis infamia calumniatoribus, ſed ſententiam de calumnia latam eſſe voluerit.

a *Idque & in patre.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. debuit 17. in fine ſuprà eodem. & proximè ad princ. huius legis.* Adde ſi voles aliam rationem dubitandi ex eo quod hic pater non condemnatur tanquam calumniator ipſe ſit, ſed ob id ſolùm quod calumniam à filia paſſus ſit fieri, quam iure patriæ poteſtatis poterat prohibere. Ergo non quæ ratio habet locum in filia, poteſt etiam habere locum in patre, vt non notetur infamia niſi interueniente condemnatione. Sententiam enim vult prætor latam eſſe contra calumniatores, at non etiam contra patrem, quem ſufficit paſſum eſſe vt filia faceret calumniam, licèt nihil ipſe dixerit aut fecerit.

Ratio decidendi. Pater quidem calumniator non eſt, nec infamatur quaſi calumniator, ſed tamen notatur propter calumniam filiæ. Ergo non alio caſu quàm quo filia ipſa notaretur ex propria calumnia, ſi fuiſſet ſuæ poteſtatis, & ita demum ſi filiam ipſam calumniatam eſſe appareat, quod tamen non aliter apparere poteſt quàm per ſententiam, cùm ea quæſtio facti ſit, magis quàm iuris, vt proximè dixi. Quare nec illud lex hæc requirit, vt pronuntiatum ſit contra patrem ad eum infamia notandum, ſed vt pronunciatum ſit contra filiam calumniæ cauſa eam fuiſſe miſſam in poſſeſſionem

20. PAPINIANVS libro 1. Reſponſorum.

OB hæc verba ſententiæ præſidis prouinciæ, *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*: pudor potiùs oneratur, quàm ignominia videtur irrogari: non enim, qui exhortatur, mandatoris opera fungitur.

Ad l. Ob hæc verba 20.

Ratio dubitandi. Verba illa, *callido commento*, non aliam quàm doli ſignificationem habere poſſunt. Ergo cùm ſint prolata non per interlocutionem, ſed per ſententiam ipſius præſidis, vt hîc Papinianus ait, infamiam irrogant damnato; ſi quidem dolus ſemper infamat.

Ratio decidendi. Infamia non per quamlibet ſententiam præſidis aut iudicis irrogatur, ſed per eam dumtaxat, quæ ſpecialiter ob iniuriam aliquam admiſſam reum condemnet. *lege interlocutio 19. Codice hoc titulo.* Atqui nulla hîc condemnatio eſt. Non enim qui exhortatur damnatoris opera fungitur. Sic namque hoc loco legendum eſſe docuit *lib. 6. Coniect. c. 6.* Et nunc probo magis ex *d. l. interlocutio.* quæ oſtendit ius dicentem vel iudicem, cùm ita interloquitur, vt alicuius pudorem & exiſtimationem oneret & grauet, hoc ipſo videri eum admonere, vt ad melioris vitæ frugem ſe reformet. Quid enim aliud eſt eo loco *admonere*, quàm quod hic apud Papin. *exhortari?* vt & apud Calliſtratum in *l. capitalium 28. paragrapho ſolent*, ibi *nec ante ſint à præſide admoniti. de pœn.* Benè ergo Papinianus noſter ſupradictis verbis pudorem potius oneratum videri, quàm infamiam irrogatam.

21. PAVLVS

21. PAVLVS libro 2. Reſponſorum.

LVcius Titius crimen intendit Gaio Seio, quaſi iniuriam paſſus: atque in eam rem teſtationem [a] apud præfectum prætorio recitauit: præfectus, fide nō habita teſtationis, *nullam iniuriam Lucium Titium paſſum eſſe à Caio Seio pronunciauit*: quæro, an teſtes, quorum teſtimonium reprobatum eſt, quaſi ex falſo teſtimonio, inter infames habentur? Paulus reſpondit nihil proponi, cur hi de quibus quæritur, infamium loco haberi debeant: cùm non oportet [b] ex ſententia, ſiue iuſta, ſiue iniuſta, pro alio habita alium prægrauari?

Ad l. Lucius 21.

Ratio dubitandi. Iudex qui non habita fide teſtationi pronunciauit Titium nullam iniuriam à Gaio Seio paſſum eſſe, neceſſe eſt vt vel malè & iniuſtè pronunciauerit, vel teſtium fidem & teſtimonium reprobauerit, quaſi quos vel falſos crediderit, vel ſaltem non integræ exiſtimationis. Siquidem ad boni iudicis officium pertinet eius teſtimonij fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere. *lege quæſitum 13. de teſtibus.* Hoc ipſo igitur quod pronunciauit contra eorum teſtimonia, illud etiam in neceſſarium antecedēs pronunciaſſe videtur, vel falſos eos eſſe, vel tales, quibus etiam vera dicentibus credi non oporteat: quorum prius infamat, poſterius verò habet eos iam pro infamibus, aut ſaltem pro iis qui non ſint integræ fidei. Omnimodo ergo inter infames habendi ſunt.

Ratio decidendi. Multæ poſſunt eſſe cauſæ, propter quas bonus iudex reprobare potuerit & debuerit dicta teſtium, ſalua & illæſa ipſorum exiſtimatione, putà ſi ob amicitiam ſuſpecti videantur. *lege certia eodem titulo. de teſtibus.* Itaque non eſt bona conſecutio, vt quorum teſtimonia reprobauit iudex, eos vel infamare, vel pro infamibus iam habere voluerit. Aliud enim eſt teſtes reprobare, aliud nullam eorum, quæ dixerint, rationem habere. argument. *lege ſi autem 8. paragrapho ſi quocunque. de negot. geſt. lege quod in diem 7. paragrapho primo de compenſatione.* Sed etſi ea fuiſſet mens iudicis, non tamen id ſufficeret ad teſtes infamandos, niſi expreſſim pronunciatum eſſet. Sententia enim opus eſt, quæ non ſit ſine verbis. At neque ſufficeret de eo iudicem pronunciaſſe inter alios, ſed ſententiam contra teſtes ipſos in eam rem auditos & vocatos latam eſſe oporteret, vt iudicio publico ex *lege Cornelia de falſis damnati* dici poſſent. *lege infamem 7. de public. iudic.* quoniam alioqui ſententia, ſiue iuſta, ſiue iniuſta, inter alios lata aliis nocere, nec poteſt, nec debet. *toto titulo inter alios act. vel iudic. aliis non nocer. extra caſum leg. ſæpe 55. de rei iudic.* An ergo per huiuſmodi ſententiam notatur ſaltem is, qui teſtes produxit, & contra quem pronunciatum fuit? Ne hoc quidem. Potuit enim iudex etiam reprobatis teſtium teſtimoniis ita pronunciare contra actorem, *non probaſti*, quibus verbis nemo dicet eum infamiam ei irrogaſſe. Aliter quàm ſi pronunciaſſet, *calumniatus es*. His enim verbis de calumnia condemnaſſe ipſum videtur, & ita infamia notaſſe. *lege 1. §. 1. verſ. quorum alterum ad SC. Turpill.*

a *Teſtationem.* Pragmatici noſtri vocant *inqueſtam* in cauſa ciuili, *informationem* verò in cauſa criminali. Nec enim vna vel altera depoſitio hoc nomine ſignificatur, ſed totum, vt ita dixerim, corpus depoſitionum & teſtificationum teſtium.

b *Cùm non oportet.* Facilè crediderim totam hanc rationem additam eſſe a Triboniano, non quod vel falſa ſit, vel ſenſu inepta, cuiuſmodi ſolent eſſe Triboniani notæ, ſed quia parum elegantibus verbis, iiſque Triboniano familiaribus concepta eſt. argument. *lege ſi quis ſuo 37. §. primo. Codice de inoffic. teſtament.* Scripſiſſet enim Paulus *cùm non oporteat*, aut *quia non oportet*, non quomodo ſcriptum eſt, *cùm non oportet*, ſumpto *cùm* pro *quia*, & verbo indicatiui modi pro verbo ſubiunctiui. Nec rurſus ſcripſiſſet, *ſententia pro alio habita*. Ferri enim aut reddi, aut pronunciari ſententiam dicimus, non *haberi*.

22. MARCELLVS. libro 2. Publicorum.

ICtus fuſtium infamiam non importat, ſed cauſa, propter quam id pati meruit, ſi ea fuit [a], quæ infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma ſtatuta eſt.

Ad l. Ictus fuſtium 22.

Ratio dubitandi. Fuſtibus cædi pœna eſſe, & quidem hominum tenuiorum, non honeſtiorum. *lege velut 7. lege in ſeruorum 10. in fine. lege capitalium 28. §. non omnes infrà de pœnis.* Delictum ergo aliquod præcedere neceſſe eſt, & conſequenter vix eſt vt cauſa ictus fuſtium poſſit eſſe non famoſa.

Ratio decidendi. Non omne delictum famoſum eſt, ac proinde nec omnis pœna, quamuis iuſtè ac ex delicto aliquo irrogata. Sed crimen aut publicum eſſe oportet, aut tale quod etiam in priuata actione infamiam irrogaret. *lege infamem 7. de public. iudic.* Non ergo ictus fuſtium infamiam importat, ſed cauſa propter quam id pati meruit ſi ea fuit, quæ infamiam irrogat damnato, putà ſi propter calumniam, vt in *lege fuſtibus. decima-ſexta. Codice hoc titulo.* iunct. *l. nullam 14. eod.*

a *Si ea fuit.* Ratio dubitandi. Etiam qui ex furti cauſa fuſtibus cæſus eſt, infamis tamen non fit. *lege in ſeruorum 10. in fine. de pœnis.* Atqui cauſa furti, ſiue manifeſti, ſiue nec manifeſti, famoſa eſt. *lege prima. lege quarta. paragrapho vltimo. lege furti 6. in principio. ſuprà eodem.* Ergo non ſemper ictus fuſtium infamiam importat, etiamſi cauſa, propter quam id pati quis meruit, ſit famoſa.

Ratio decidendi. Cùm ictus fuſtium irrogatur tanquam pœna legitima criminis famoſi, vt liberto ingrato erga patronum, & contumelioſo. *l. 1. §. cùm patronus. ſuprà de offic. præfect. vrb.* aut calumniatori. *d. l. fuſtibus 16. Cod. hoc tit.* aut periuro. *l. ſi duo 13. §. vltimo. de iureiur.* ſemper irrogat infamiam, & ita hæc lex accipienda eſt. Sed ſi irrogetur vltra pœnam legitimam, quamuis ex cauſa famoſa, vt in actione furti, cuius pœna ordinaria non eſt niſi dupli, ſi furtum ſit nec manifeſtum, quadrupli verò ſi manifeſtum, tunc non infamat, non quia pœna ipſa per ſe non ſit famoſa, ſed quia duriore ſententia videtur cum reo tranſactum de exiſtimatione. *leg. quid ergo 13. §. pœna. in principio & in fine ſuprà hoc titulo.* Quid ſi ea pœna irrogetur ei qui negligenter ignem cuſtodierit. *l. 3. §. 1. de officio præfect. vigil.* vel militi qui agmen exceſſerit? *l. 3. §. ſed qui agmen. de re militari.* Non notabitur quia hæ cauſæ non ſunt famoſæ. Minuetur tamen eius exiſtimatio. *leg. pen. §. penult. de extr. cognit.* Pudor enim qui oneratur, minuitur,

b *In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma ſtatuta eſt.* Hic quoque verſiculus mihi Tribonianum ſapit.

Nam etſi de flagellorum caſtigatione, vel vinculorum verberatione idem dici poteſt, quod de fuſtium admonitione. *lege veluti 7. de pœn.* in aliis tamen pœnis grauioribus & capitalibus, cuiuſmodi ſunt ad furcam damnatio viui crematio, capitis amputatio, metalli coercitio, & in inſulam deportatio, de quibus in *lege capitalium 28. eodem*, nulla talis diſtinctio adhiberi poteſt, non ſolùm quod huiuſmodi genera pœnarum non niſi ex grauioribus & capitalibus publicíſque iudiciis irrogentur, quæ ſemper ſunt famoſa. *dicta lege infamem 7. de public. iudic.* Sed etiam quia cùm vitam auferant, vel ſaltem libertatem, aut denique ciuitatem, fieri non poteſt quin famam quoque & exiſtimationem conſumant. *dicta lege penultima. §. conſumitur. de extr. cognit.* Deinde quod hîc dicitur, *eadem forma ſtatuta eſt*, nihil commune habet cum eo quod de ictu fuſtium proximè dictum fuit. Nec enim vlla lex eſt, vllum edictum, aut aliud quidpiam, quod certam formam ſtatuerit de infamia per ictum fuſtium irroganda vel non irroganda, ſed eſt totum hoc iuris recepti, non conſtituti.

23. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

PArentes, & liberti vtriuſque ſexus [b], nec non & cæteri adgnati, vel cognati ſecundùm pietatis rationem [c], & animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit, lugendi ſunt [a]: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia [d].

Ad l. Parentes 23.

a *Lugendi ſunt.* Ratio dubitandi. Votum parentum eſt vt liberis ſuis præmoriantur. *lege ſcripto 7. §. vltim. vnde liberi. lege nam etſi 15. de inofficioſo teſtament.* Ergo non ſunt à parentibus lugendi. Quis enim lugeat eum qui ſit voti ſui compos?

Ratio decidendi. Mala & fœdiſſima conſecutio eſt, quæ ex parentum pietate impietati liberorum colorem quærit. Imò verò tantò digniores ſunt parentes qui à liberis ſuis ſuperſtitibus lugeantur, quod liberorum ſuorum vitam & ſalutem ſua chariorem habent. *l. illi quidem 8. §. vlt. quod met. cauſ.*

b *Et liberi vtriuſque ſexus.* Ratio dubitandi. Seipſum videatur lugere pater potiùs quàm liberos, qui liberos luget, cùm idcirco liberos ſuſcipiamus, vt ex eorum prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus. *lege liberorum 210. in fine. de verborum ſignificatione.* Suam ergo potiùs quàm liberorum ſuorum ſortem & conditionem luget, qui prædefunctos liberos luget.

Ratio decidendi. Conſolationis ſpecies quædam eſt lugendi licentia, nec quicquam eſt tam conueniens humanæ conditioni. Vnde vetus illud Imperatoris dictum de filio philoſopho, & nihilominùs amicum lugente, *Permitte vt homo ſit.* Ergo non eſt parentibus deneganda. arg. *leg. iure ſuccurſum 6. de iure dotium.*

c *Secundùm pietatis rationem.* Ratio dubitandi. Quod de ſepulchro ſcribit Seneca in libro De reme. fortuitor. Sepulchrum non ſentienti eſſe ſuperuacuum, ſentienti verò onus, idem videtur de luctu dici poſſe. Nulla ergo pietatis ratio ſubeſſe videtur, quæ defuncto lugendos ſuadeat: præſertim apud Chriſtianos, qui non debent ignorare quod Diuus Paulus docet de dormientibus, ſicut cæteri qui ſpem non habent.

Ratio decidendi. Pietas eſt digna eo qui ſe & hominem & Chriſtianum eſſe meminerit, defunctum parentem, filium, agnatum, cognatum, amicum denique quemlibet lugere, dum tamen modus adhibeatur, ex quo appareat non doloris impatientia id fieri, ſed pia charitate, quam & fides & ſpes Chriſtiana accendit potiùs quàm extinguit, Sicut nec gratia naturam deſtruit, ſed ſupponit. Impij ergo illi, Vlpiano etiam teſte, qui pietatem hanc damnant, nec maritos ab vxoribus, aut parentes à liberis lugeri patiuntur.

d *Qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Ratio dubitandi. Pietas eſt lugere defunctos parentes, liberos, agnatos, cognatos, amicos, vt proximè dictum eſt. Ergo impietas eſt non lugere, & contra publicam honeſtatem. Proinde qui non eluxit, notari debet infamia.

Ratio decidendi. Multa piè fiunt, quæ tamen ſine ſcelere & infamia prætermitti poſſunt, quanquam vix eſt vt prætermiſſa non onerent pudorem & exiſtimationem apud bonos, graues & ſapientes viros. argument. *leg. 2. de obſeq. parent. præſtand.* quibus ſicuti ſola ratio pro neceſſitate eſt, ita & ſumma ratio eſt quæ pro pietate ac honeſtate facit. Atqui aliud eſt pudorem onerari, aliud infamiam irrogari. Sicut & aliud eſt pietatis officia prætermittere, aliud violare. Qui violat, punitur, quoniam ad publicam vtilitatem hoc pertinet, at non etiam qui prætermittit. Adeò verum eſt de pietate quod de religione dicebat ille, Impetrari eam non poſſe.

d *Non notatur infamia.* Ratio dubitandi. Plus parentibus noſtris debemus quàm vxores noſtræ nobis debeant. Illis enim vitam debemus, hæ nobis nihil niſi liberos & indiuiduam vitæ conſuetudinem. Atqui notatur infamia mulier quæ virum non eluget. *lege 1. l. genero 8. ſupra hoc titulo.* Ergo & multò magis infamia notandus eſt impius filius qui præmortuum parentem non luget.

Ratio decidendi. Non tam notatur mulier ob id quod maritum non lugeat, quam quod intra lugendi tempus aliis nuptias quærat, vt ex eo conſtat, quod ſi primo aut altero menſe poſt mariti mortem pepererit, impunè nubit. *lege liberorum 11. paragrapho Pomponius ſupra eodem.* propterea quòd non timetur amplius turbatio ſanguinis, vt ibi dixi. Lugendi ergo mariti neceſſitas indicta eſt mulieri non tam vt lugeat, quàm ne tam citò alteri nubat, nec tam pietatis intuitu, quàm reipublicæ gratia, ad quam maximè pertinet ne familiæ, quæ per cuiuſque parentis liberos propagandæ ſunt, confundantur. *lege prima. paragrapho antepenultimo de inſpi. ventr.* cùm pater ille ſit, quem nuptiæ demonſtrant. *l. quia ſemper 5. de in ius vocand.*

24. IDEM libro 6. ad Edictum.

IMperator Seuerus reſcripſit, non obfuiſſe mulieris famæ eius quæſtum in ſeruitute factum.

Ad l. Imperator 24.

Ratio dubitandi. Noxa ſequitur caput, ideóque ſeruus ex delicto quod in ſeruitute admiſit, etiam poſt manumiſſionem tenetur. *lege licet 4. Codice an ſeruus ex ſuo facto poſt manum. teneat. lege ſeruus 14. de obligat. & act.* Ergo debet mulieri obeſſe quæſtus in ſeruitute factus, vt perinde notetur infamia, quemadmodum lenoni nocet etiam poſt adeptam libertatem lenocinium exhibitum in ſeruitute. *l. 4. §. Pomponius. 5. eod.*

Ratio decidendi. Melior eſt hac parte conditio meretricis quàm lenonis, quia lenonis factum notauit prætor, non meretricis, vt ibi dixi. Pœna verò infamiæ, cùm non niſi ex edicto irrogetur, non poteſt irrogari, niſi quatenus edicti verba ita ferunt. Nec ſanè vnquam infamatur meretrix ob quæſtum, quia licèt turpiter faciat quod ſit meretrix, non facit tamen turpiter quod accipiat cùm ſit meretrix. *lege 4. §. ſed quod meretrici. de cond. ob turp. cauſ.* Planè matrisfamilias honeſtatem habere nunquam poteſt. *lege probrum 41. de rit. nupt.* neque aboletur turpitudo

turpitudo quæ intermiſſa eſt. *leg. palàm* 43. *§. non ſolùm eodem.* Ideóque nec deſineret infamis eſſe mulier quæ propter vitam meretriciam aliquando turpis & infamis fuit, ſi poſſet verè dici infamem ipſam fuiſſe eo tempore quo in ſeruitute adhuc erat, neque perſonam, aut caput, aut famam denique vllam habere intelligebatur. *lege* 3. *§. vltimo. & lege ſequenti. de cap. minut.* iunct. *leg. pen. §.* 1. *de extr. cognit.*

25. PAPINIANVS libro 2. Quæſtionum.

EXheredatum quoque filium luctum habere patris memoriæ placuit. Idémque & in matre iuris eſt [a], cuius hereditas ad filium non pertinet,

Ad l. vlt. Exheredatum.

Ratio dubitandi. Si filius merenter exheredatus fuit indignus eſt qui filius dicatur, aut pro filio habeatur, qui pietatis officia impiè violauit: dignus potius cui pater vitam pro ſuo iure adimat aut ſaltem magiſtratus ipſe dictante patre, vt in *l. ſi filius* 3. *Cod. de patr. poteſt.* iunct. *l. vltim. eod.* Si verò filius immerenter & ſine cauſa exheredatus ſit à patre fortaſſe nouercalibus delinimentis male erga filium animato, non eſt cogendus vt patrem lugeat, cuius iudicia poteſt impugnare tanquam furioſi hominis dementis & inſani. *l.* 2. *&* 4. *de inoff. teſt.* Quid enim tam alienum, quàm pietatis officia ei præſtare, quem impietatis accuſes?

Ratio decidendi. Exheredatio non facit quominus filius & nomen & ius filij retineat, cum neque tollat iura ſuitatis, vt probaui *lib.* 10. *Coniect. c. vltim.* nec aliter quam vt filium tractet pater qui eum exheredat, ſi quidem extraneus & qui filius non eſſet ineptè exheredaretur. *l. quidam* 132. *de verborum obligatione.* Proinde non debet exheredatio, ſiue iuſta, ſiue iniuſta, facere vt eo minùs luctum filius habeat memoriæ patris, ne vel hoc ipſo piè videatur feciſſe pater, qui tam impium filium, alioqui etiam immerentem exheredauerit,

a *Idemque & in matre iuris eſt.* Ratio dubitandi. Strictius eſt vinculum quo pater quàm quo mater filio coniungitur propter ius patriæ poteſtatis, quod facit vt patris & filij eadem perſona eſſe exiſtimetur *l. in ſuis* 11. *de liberis & poſthumis. l. vltim. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.* Nec enim matres habent liberos in poteſtate. *l. mulierem* 5. *Cod. de adopt. l. illud.* 4. *§. ad teſtamenta. de bonorum poſſeſſione contr. tab.* Sed & vinculum ipſum patriæ poteſtatis dicitur vinculum pietatis in *l. vlt. infr. ſi à paren. quis manum.*

Ratio decidendi. Etſi parentum inæqualis eſt in liberos poteſtas, iis tamen æqualis pietas & reuerentia debetur. *lege* 4. *infr. de curat. furioſ. lege nam. etſi* 15. *de inoff. teſt.*

1 ¶ Si quis in bello ceciderit & ſi corpus eius non compareat, lugebitur.

Ad §. 1. Si quis in bello.

Ratio dubitandi. Quoties tractatur de corpore mortuo, neceſſe eſt ante omnia vt de eo conſtet. Quid enim ſi is qui ſiue in bello, ſiue alibi occiſus dicitur, poſtea viuus appareat? Nam & id non ſemel ex facto accidiſſe conſtat. *l. inde Neratius* 23. *§. vlt. ad legem Aquiliam, l.* 4. *de confeſſ.* Ergo ſi quis in bello cecidiſſe dicatur, nec eius corpus appareat, lugendus non eſt.

Ratio decidendi. Tractat hîc Papinianus de eo quem conſtat in bello pro patria cecidiſſe, licet corpus eius non reperiatur. Nec quod dici ſolet non entium & non apparentium idem eſſe iudicium, *paragrapho ſi aduerſus de nuptiis.* ad rem pertinet, cùm poſſit conſtare de morte per milites qui eum occidi viderunt, etiam nullibi reperto poſtea corpore. Quod de Imperatoris Gordiani filij nece proditum legimus, exercitu ipſius ad internecionem vſque in Africa deleto, vt Capitolinus refert.

DE PROCVRATORIBVS, ET DEFENSORIBVS.

TITVLVS III.

VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

PROCVRATOR eſt, qui aliena [a] negotia mandatu domini [b] adminiſtrat [c].

Ad Tit. 3. De Procurat. & defenſor.

Ad l. Procurator eſt. 1.

Ratio dubitandi. Etiam quis aliena negotia ſine mandatu domini procurare poteſt, vt is qui aliena negotia vltrò gerit, Quid enim aliud eſt procurare quàm diligenter curare? Ergo is quoque procurator ab etymo vocabuli dici debet. Ratio decid. Negotiorum geſtor dicitur ille ab ipſo facto negotiorum geſtionis non procurator: Adeò fuerunt prouidi Iureconſulti vt vnaquæque res ſuum ac proprium nomen haberet, ne fœda verborum rerúmque confuſio induceretur, vt loquitur Iuſtinianus in *lege vltima. Codice de legit. tutel.* iunct. *lege ſi idem* 7. *Codice de codicill.* Denique procuratoris nomen eſt nomen iuris, & quidem ciuilis. Vnde eſt quod procurator ius habet faciendi ea ferè omnia quæ dominus ipſe ſi adeſſet facere poſſet. Nomen verò negotiorum geſtoris eſt nomen facti, id eſt, quo nihil niſi factum & geſtionem ipſam demonſtramus. Quare nec ius habet negotiorum geſtor quicquam agendi alieno nomine, ſed tantùm ſi quid egerit tenetur eo nomine directa actione, & viciſſim ſi quid impenderit iuuatur contraria, vt dicemus *titulo de neget. geſt.*

a *Qui aliena.* Ratio dubitandi. Procurator in rem ſuam datus verè procurator eſt. *lege ſi quis in rem* 34. *infrà hoc titulo.* Atqui rem ſuam gerit non alienam qui in rem ſuam procurator factus fuit, ob idque & mulieribus & militibus permittitur vt in rem ſuam procuratores eſſe poſſint, *lege qui abſente* 4. *lege qui ſtipendia* 9. *Codice hoc titulo.* Ergo non debuit hæc dictio addi in definitione procuratoris.

Ratio decidendi. Qui in rem ſuam procurator eſt rem alienam tractat proculdubio non ſuam, ſed tamen tractat ad ſuum proprium lucrum & commodum, ideóque verum eſt eum & alienam & ſuam rem agere, ſed diuerſo

ſenſu

ſenſu diuersíſque reſpectibus. iunge *lege ſi mandauero* 22. §. *Iulianus mandat.*

b *Mandatu domini.* Ratio dubitandi. Procuratores dicuntur etiam illi qui ſine mandato agunt pro coniuncta perſona, quibus etiam ſine mandato agere licet *lege ſed & hæ perſonæ* 35. *ſuprà hoc titulo.* Ergo ad procuratoris conſtituendi ſubſtantiam non requiritur mandatum.

Ratio decidendi. Coniunctus poteſt eſſe procurator pro coniuncto etiam ſine mandato, non quòd neceſſarium non ſit mandatum vt quis procurator dici poſſit, ſed quia hoc ipſo quod coniuncta perſona eſt mandatum habere intelligitur. *lege exigendi* 12. *Codice eodem.* Quòd ſi nec coniuncta perſona ſit, nec mandatum habeat, adhuc tamen procurator quis eſſe poteſt ſi modo caueat de rato & poſtea quandoque ratihabitio ſequatur. *lege* 1. *eod.* quia ratihabitio hac parte vt & in aliis ferè omnibus mandato æquiparatur. *lege vere procuratori* 12. *in fine de ſolut. lege vltima. Codice ad Senatuſconſultum Maced. l. ſemper* 60. *de reg. iur.*

c *Adminiſtrat.* Hoc verbo etiam ius actionis exercendæ ſignificatur, cùm ad hoc potiſſimum inductus ſit vſus procuratorum vt per alios poſſint, vel agere, vel conueniri illi qui rebus ſuis per ſe ſupereſſe vel volunt, vel non poſſunt. §. *vſus autem hac leg.*

1 ¶ Procurator autem, vel omnium rerum, vel vnius eſſe rei poteſt, conſtitutus vel coram, vel per nuncium, vel per epiſtolam: quamuis quidam (vt Pomponius lib. 24. ſcribit) non putent vnius rei mandatum ſuſcipientem, procuratorem eſſe: ſicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epiſtolam, vel nuntium perferendum ſuſcepit, propriè procurator appellatur: ſed verius eſt, eum quoque procuratorem eſſe, qui ad vnam rem datus ſit.

Ad §. 1. Procurator autem.

Ratio dubitandi. Multa ſunt quæ mandato quantumuis generali non continentur, & quæ mandatum exigunt ſpeciale, cuiuſmodi eſt tranſigere diminuendi cauſa. *lege mandato* 60. *ſuprà hoc titulo.* petere in integrum reſtitutionem. *lege illud nullam* 25. *in fine de minor. donare lege filiusfamilias* 7. *de donat.* & alia permulta quæ noſtri congerunt cùm tractant de mandato generali aut ſpeciali. Ergo fieri non poteſt vt quis generaliter procurator omnium rerum conſtituatur.

Ratio decidendi. Aliud eſt procuratorem eſſe omnium rerum. Aliud verò poſſe omnia facere quæ dominus ipſe poſſet. Rerum quidem omnium procurator conſtitui poteſt, ſed ita tamen vt ea tantùm poſſit facere quæ mandato generali continentur. Præſertim cùm nec quiſquis omnium rerum generalis procurator eſt, ideò tamen liberam habeat adminiſtrationem (hoc enim plus eſt. *lege procurator cui* 58. iunct. *leg. procurator totorum* 63. *ſ. hoc titulo.* nec qui habet liberam poſſit adhuc ea facere quæ ſpecialius mandatum exigunt.

Vel vnius rei. Ratio dubitandi. Qui vnius tantùm rei mandatum ſuſcepit, is non magis propriè dici procurator poteſt quàm qui rem vnam perferendam vel epiſtolam, vel nuncium perferendum ſuſcepit vt Pomponius dicebat.

Ratio decidendi. Qui ad vnam duntaxat rem procurator datus eſt perinde rem alienam mandatu domini adminiſtrat, atque is qui omnium rerum procurator eſt, res omnes & omnia negotia aliena. Ergo perinde procurator eſt & dici debet. *l. ſi procurator* 10. *C. hoc tit. leg. ſi verò* 12. §. *contrario mandat.*

e *Per nuncium vel per epiſtolam.* Ratio dubitandi. Intereſt procuratoris, & eius contra quem procurator datur vt de mandati fide dubitari non poſſit, ne ea quæ verus procurator geſſerit quaſi à falſo procuratore geſta infirmentur. Atqui & epiſtulæ & nuncij fides priuata eſt, ob idque ſuſpecta & plerunque aliter quam per epiſtolam ipſam probanda. *lege vltima in principio de leg.* 2. *leg. ſcripturas* 14. *Codice qui potior in pig. hab.* Ergo de mandato conſtare debet per inſtrumentum publicum, & vt loquuntur, authenticum, quod ſit probatio probata, id eſt, cuius fides in dubium reuocari non poſſit: quomodo paſſim hodie obſeruatur, præſertim ſi quis procurator fiat in aliquam litem. Nam nec mandatum idoneum eſſe intelligitur, niſi & obligationem contineat bonorum omnium conſtituentis, & electionem, vt aiunt, domicilij in domo procuratoris.

Ratio decidendi. Procurator conſtituitur per mandatum qui contractus eſt iuris gentium, & conſequenter ſolo conſenſu perfici poteſt, nulla extrinſecus adhibita ſolemnitate, ac proinde & inter abſentes, & per nuntium, & per literas. *lege* 1. *mandat. leg.* 1. *paragrapho vltimo de contr. empt. lege* 1. *locat.* iunct. *lege ex hoc iure* 5. *de iuſtitia, & iure.* Sanè vt de conſenſu appareat, neceſſe eſt fidem vel nuncio, vel epiſtolæ conſtare, & quidem ita vt nulla fraudis vel falſitatis ſuſpicio poſſit incurrere. *d. l. vlt. in princ. de legat.* 2. *l. cùm tabernam* 34. §. 1. *de pignor.*

2 ¶ Vſus autem procuratoris perquàm neceſſarius eſt: vt qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe vel nolunt, vel non poſſunt, per alios poſſint vel agere [f], vel conueniri.

Ad §. 2. Vſus autem.

Ratio dubitandi. Videtur vſus procuratorum, non modò inutilis, ſed etiam damnoſus reipublicæ, ſiue eos conſideres qui procuratorem conſtituunt (fiunt enim iſti negligentiores cùm vident licere ſibi per alios facere quod per ſeipſos facere deberent) ſiue eos, qui procuratores fiunt, quos certum eſt plerunque occaſionem inde arripere agendi perfide in re aliena: vnde illud Ouidianum.

Tuta frequénſque via eſt per amici fallere nomen,
Tuta frequénſque licèt ſit via crimen habet.
Inde procurator nimium quoque multa procurat,
Et ſibi mandatu plura videnda putat.

Ratio decidendi. Multa ſunt, quæ per alios non ſolùm commodiùs facere quiuis poteſt, ſed etiam vtiliùs quàm per ſeipſum, ſiue agat, ſiue conueniatur, vt in ſpecie. *lege furti* 6. *paragrapho ſi quis alieno. ſuprà titulo proximo.* Et prætereà variis ex cauſis poteſt euenire, vt rebus ſuis per ſe agendis ſupereſſe nequeat, etiam is qui maximè velit, vtve diligentiſſimus ſit. *lege non enim decima ſexta ex quib. cauſ. maior.* Quod ergo negligentiorum ſocordiæ obuiam eundum fuit, non debuit rem publicè iam vtilem, & quæ deligentiſſimo cuique prodeſſe poſſit, impedire. Quod enim quis per alium facit, per ſeipſum facere videtur, *c. quod quis de regulis iuris in* 6.

f *Vel agere.* Ratio dubitandi. Nemo alieno nomine lege agere poteſt, *lege nemo alieno* 123. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Aliud eſt agere ſimpliciter, aliud agere lege nomine alieno. Hac enim poſteriore locutione ſignificamus legis actiones, quæ non poſſunt perag per procuratorem, vt alibi iam ſcripſimus, & dicemus latiùs ad eum locum. At ſimpliciter agere per procuratorem quiuis poteſt.

3 ¶ Dari autem procurator & abſens poteſt.

Ad

Ad §. 3. Dari autem.

Ratio dubitandi. Conſenſus procuratoris debet concurrere cum conſenſu mandantis, vt poſſit procurator obligari ad implendum mandatum, quod ſuſceperit. *leg. 1. leg. ſi mandauero 22. §. vltimo mandat.* Atqui abſens non poteſt conſentire eodem tempore. Ergo abſens procurator fieri non poteſt.

Ratio decidendi. Non eſt neceſſe, vt conſenſus vtriuſque ab initio interueniat eodem tempore, ſed ſufficit vt amborum conſenſus in idem tempus concurrat: quomodo loquitur Vlpianus in interpretatione illorum verborum *eodem tempore* in edicto, de his qui *not. infam. leg. quid ergo 13. §. quod ait prætor ſupra titulo proximo.* Atqui poteſt facilè conſenſu vtriuſque in idem tempus concurrere, tametſi abſens procurator conſtituatur, quia licèt non conſentiat ipſe eo tempore, quo conſtituitur, tamen qui eum conſtituit, conſentit, eo quoque tempore quo procurator ſuſcipit mandatum, quamuis eo tempore abſens ſit is, qui conſtituit, ſiquidem conſenſus qui ſemel interuenit, perpetuo durare intelligitur, quandiu non eſt reuocatus aut morte, aut contraria voluntate. *leg. inter cauſas 26.* iunct. *leg. ſi verò 12. §. penultimo. lege mandaſſem 15. mand.* Nihil ergo vetat quominus abſens quoque procurator conſtitui poſſit: dummodò concurrant ea de quibus in *leg. ſeq.* id eſt, dummodò certus ſit, qui procurator datus intelligetur, & is ratum habuerit, id eſt, ſuſcipiat mandatum. Nec enim mandatum eſt, quod facit procuratorem, ſed mandati ſuſceptio. *d. l. 22. §. vlt. mandat.*

2. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

DVmmodo certus ſit, qui datus intelligetur: & is ſi ratum habuerit [g].

Ad l. Dummodò 2.

Ratio dubitandi. Etiam incerta perſona eligi poteſt, vt commodum & beneficium nobis præſtet, valétque eiuſmodi electio, ita vt in eiuſmodi perſonam incertam legatum quoque remuneratorium conferri poſſit. *lege quidam 5. de reb. dub.* Ergo etiam incertus procurator dari poteſt.

Ratio decidendi. Poteſt conſtitui procurator incertus ex certis perſonis, vt & legatarius fieri quemadmodum in ſpecie. *dicta lege quidam*, ſed non incertus ex incertis *paragrapho incertis 25. Inſtitut. de legat.* Atqui ita paſſim hodie fit cùm agitur de conſtituendo ad litem procuratore. Conſtituitur enim plerunque non hic aut iſte nominatim, ſed ex iis quibus in eo tribunali, in quo lis eſt, procurare licet, qui primus occupabit.

g *Et ratum habuerit.* id eſt, mandatum ſuſceperit. Pertinent enim hæc verba ad procuratorem non ad mandantem, ideóque non poſſunt intelligi de ea ratihabitione, quæ mãdato æquiparetur, de qua in *l. vlt. C. ad SC. Maced.*

1 ¶ Furioſus non eſt habendus abſentis loco: quia in eo animus deeſt, vt ratum habere non poſſit.

Ad §. 1. Furioſus.

Ratio dubitandi. Furioſo ibi quoque vbi corpore adeſt animus deeſt, vt hîc Paulus ſcribit, nec vnquam conſentire poteſt qui nec ſentire intelligitur. *leg. ſi tibi, 8. §. vnius de option. leg.* Ergo abſentis loco habendus eſt *lege vbi non voce 124. §. 1. de regulis iuris. lege 2. §. furioſus de iur. codic. lege Fulcinius. 7. §. adeo autem quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nec enim eius patris & habitus multum abhorret à conditione pupilli. *§. planè interdum ead. leg. cuius ætas ignorat etiam illa quæ videt l. 1. Codic. de falſ. monet.* niſi quod in pleriſque melioris conditionis eſt pupillus quàm furioſus. *lege in negotiis 5. de regulis iuris.* Denique nihil vetat eundem aliquem & corpore præſentem eſſe, & mente abſentem. *l. ſed ſi vnius 17. §. filiofamilias de iniur. l. nihil intereſt. 26. de captiu. & poſtlim.*

Ratio decidendi. Non hîc Paulus ſimpliciter negat furioſum abſentis loco habendum eſſe, ſed negat habendum eſſe in numero eorum abſentium, qui tamen procuratores conſtitui poſſunt, vt oſtendit ratio quæ ſequitur, *quia in eo animus deeſt vt ratum habere poſſit.* In ceteris enim ideo receptum eſt vt procuratores conſtitui poſſint quamuis abſentes, quod poſtea conſentiendo poſſint ratum habere, id eſt, ſuſcipere mandatum. At in furioſo nihil tale dici poteſt, quia non ſolùm non conſentit, ſed nec conſentire vnquam poſſit manente furore. Non igitur procurator tanquam abſens conſtitui poteſt. Idque eſt quod Paulus ait non eſſe illum habendum abſentis loco, quantum ad hoc ſcilicet vt aliorum abſentium exemplo procurator conſtituatur. Eſt enim plus quàm abſens, &, ita dicam, abſentior abſente alio quolibet.

3. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

ITem & ad litem futuram & in diem, & ſub conditione [a] & vſque ad diem [b] dari poteſt.

Ad l. Item & ad litem 3.

Ratio dubitandi. Abſurdum eſt dicere, eius rei quæ adhuc controuerſa non ſit datam eſſe perſecutionem. *lege item eorum 6. §. ſi decuriones. ſuprà titulo proximo.* Ergo nec in litem futuram procurator dari poteſt. Prius enim eſt vt lis aliqua ſubſit, quàm vt tractari poſſit de procuratore in eam litem dando eùm non entis nullæ poſſint eſſe qualitates. *lege hoc apertius 24. ad legem Aquiliam.*

Ratio decidendi. Lis non eſt ante conteſtationem, ſed tantùm controuerſia. *lege ſed & ſi lege 25. §. ſi ante de petit. hered.* Atqui procurator poteſt dari ad litem conteſtandam, imò & ad controuerſiam ab initio agitandam, vt in *lege furti 6. §. ſi quis alieno. in fine ſuprà titulo proximo. lege penultima ſi quis caution.* Ergo poteſt conſtitui priuſquàm lis vlla ſit. Litem tamen quæ futura eſt, & quæ timetur certam eſſe oportet, id eſt, qualem eſſe ſufficeret vt de ea quoque tranſigi poſſet. Nam & de futura lite tranſigi poſſe conſtat. *lege 1. Codice de tranſact.* Certam potiò litem intelligo non cuius exitus certus ſit & indubitatus. (talis enim nulla lis eſt niſi quæ fortè per calumniam inſtituatur, vt in *lege in ſumma 65. §. 1. de condict. indebit.* ſed cuius circunſtantiæ tam ex qualitate negotij ſint certæ, vt ſi velim cum Titio de fundo Tuſculano litigare. An igitur non licebit mihi conſtituere procuratorem ad agendum ex quacunque cauſa futura, & incerta? Hoc iure vtimur vt hoc quoque caſu procurator conſtitui poſſit, hoc eſt generaliter ad lites omnes & motas, & mouendas. Nec ſanè ratio quæ impedit decretum dandæ perſecutionis de re quæ nondum controuerſa ſit in *dicto paragrapho ſi decuriones*, eadem poteſt impedire in priuato procuratoris conſtitutionem. Nam ſicuti decuriones non poſſunt cuiquam mandare alicuius negotij perſecutionem ſine decreto, vt nec aliud quicquam circa rempublicam facere: ita nec decretum interponere de controuerſia, quæ adhuc nulla ſit, ſiquidem decretum nihil niſi cauſæ cognitio eſt. *lege nec quicquam 9. §. vbi decretum de offic procur.* cauſæ autem cognitio de aliqua controuerſia ipſam controuerſiam præcedere non poteſt,

At

At cùm priuatus procuratorem aliquem conſtituit, nulla cauſæ cognitione opus eſt, ſed ſola conſtituentis voluntate. Illud apertius eſt, poſſe procuratorem conſtitui ad cuiuſcunque litis etiam futuræ defenſionem, quia & ſine vllo mandato poteſt quilibet quemlibet etiam abſentem & ignorantem defendere. Nimirum in poteſtate actoris eſt, quando & contra quem velit agere, ac non ſimiliter in poteſtate rei quando & à quo conueniatur, *lege 5. §. vltimo de except. rei iudic. leg. petenda 6. Cod. de tempor. in integr. restit.*

a *Et in diem & ſub conditione.* Ratio dubitandi. Actus legitimi neque recipiunt diem neque conditionem. *lege actus legitimi 77. de regulis iuris.* Atqui datio procuratoris eſt actus legitimus ſi credimus Hotoman. *illuſtr. qu.32 & Cuiac. lib. 15. c. 16.* Ergo non poteſt fieri in diem, nec ſub conditione, nec vſque ad diem.

Ratio decidendi. Vel ex hoc maximè loco apparet meo iudicio procuratoris dationem non eſſe actum legitimum. Non enim actus legitimi ſunt omnes ij qui legibus cogniti ſunt, ſed qui aliquam iuris ſolemnitatem habent, cuiuſmodi ſunt ea omnia quorum exempla ponuntur in *dict. leg. 77.* & ſi qua ſunt alia non diſſimilia. Atqui mandatum eſt ex iure gentium ſolóque conſenſu perficitur citra vllam iuris ſolemnitatem. Non eſt igitur actus legitimus. Quidni enim eſſe debeat in arbitrio mandantis vt procuratorem vel ex die vel ad diem vel ſub conditione conſtituat, prout ſibi magis expedire crediderit? Siquidem vſus procuratorum ob ſolam conſtituentium vtilitatem inductus fuit, cùm mandatum quodlibet gratuitum eſſe debeat. *paragrapho vltimo. Inſtitut. de mand.* Debuit ergo procuratoris conſtituendi licentia ſolius conſtituentis arbitrio permitti, nec ceteris legibus vllis reſtringi.

b *Et vſque ad diem.* Ratio dubitandi, Cùm quis procurator conſtitutus poſtmodum reuocatur, alio in eius locum ſubſtituto pudor ipſius onerari intelligitur, adeò vt ſit ille audiendus, & ferendus ſi pudorem ſuum purgare velit. *lege quæ omnia 25. ǰ. hoc tit.* Ergo non debet eſſe liberum ei qui procuratorem conſtituit, vt ad certum vſque dumtaxat tempus procuratorem conſtituat, ne pro beneficio, quod petit & accipit, iniuriam & contumeliam vltro minari videatur.

Ratio decidendi. Nulla ignominia eſt, vt poſt tempus non ſit procurator is, qui non niſi ad tempus fuerat conſtitutus, quoniam ab initio inter mandantem & procuratorem actum fuiſſe apparet, vt poſt tempus illud non eſſet ampliùs procurator. Nec rurſus ignominia vlla eſt, ſi mutetur procurator ante litem conteſtatam (id enim domino, qui conſtituit, liberum eſt. *lege ante litem 16. infrà hoc titulo.*) ſed ſi mutetur eo demum tempore quo iam litem conteſtatus ſit, péique eam conteſtationem dominus litis factus fuerit. Tunc enim non eſt permittenda procuratoris reuocatio, niſi cauſa cognita *leg. poſt litem. 17. eod.*

4. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

ET in perpetuum.

Ad l. Et in perpetuum. 4.

Ratio dubitandi. Mandati cuiuſlibet reuocatio libera eſt arbitrio mandantis, dummodo res ſit integra, nec mandatarij quicquam interſit. *lege ſi verò 12. §. penultimo de legat. ſi mandaſſem 15. infrà mandat.* Et quamuis nunquam expreſſim reuocatum fuerit, tamen reuocatur morte. *lege inter cauſas 26. eodem.* adeóque ſi negotij qualitas & conditio mutata ſit. *lege ſi cùm Cornelius 82. de ſolution.* Ergo procurator in perpetuum conſtitui nemo poteſt, ſaltem vbi exceperis eum caſum, quo quis in rem ſuam procurator fuerit conſtitutus, aut litem conteſtatus. *lege prima. Codice de obligat. & action. lege illam 33. Codice de donation.*

Ratio decidendi. Procuratorem in perpetuum conſtitui Paulus hic intelligit non eum qui ſic conſtituatur, vt nullo tempore reuocetur (nemo enim hanc ſibi legem imponere poteſt, ne liceat ei recedere à priore voluntate *leg. ſi quis. in princ. 22. de leg. 3.*) ſed eum qui ſine vlla temporis præfinitione ſic conſtitutus eſt procurator, vt tamdiu maneat, quandiu non fuerit reuocatus: Quomodo etiam dicimus ſocietatem in perpetuum contractam, non quæ poſſit tranſire ad heredes, ſed quæ duratura ſit quandiu ſocij vixerint. *leg. 1. ǰ. pro ſocio.*

5. VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

PRæſens habetur & qui in hortis eſt.

6. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

ET qui in foro, & qui in vrbe, & in continentibus ædificiis.

7. VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

ET ideo procurator eius præſenti eſſe videtur.

Ad l. 5. 6. & 7.

Ratio dubitandi. Et ſi præſens non eſt quiſquis corpore adeſt, niſi adſit etiam animo, vt ex iis conſtat, quæ de furioſo diximus ad *legem 2. paragrapho 1. ſuprà eodem.* non tamen fieri poteſt vt quis præſens ſit, qui corpore non adſit. Præſentiam enim & corporis & animi intelligimus, ſed præſentiam corporis potiſſimùm, quæ & difficiliùs ſuppleri poteſt. Atqui nec is, qui in horreis eſt, nec qui in foro, nec qui in vrbe, nec qui in continentibus ædificiis, corpore tamen adeſt apud prætorem, & in iure, vbi adeſſe oportet ad litem conteſtandam: iudiciúmque accipiendum. Ergo præſens non eſt, & conſequenter procurator ab eo datus non poteſt quominùs iudicium accipiat recuſare hoc prætextu, quaſi dominus ipſe præſens ſit. Iuxta id quod ſcriptum eſt in *l. vel hereditas 10. verſ. hoc amplius. & lege ſed etiam 12. infrà hoc titulo.*

Ratio decidendi. Hi omnes, de quibus dicimus re vera non ſunt præſentes, ſed tamen pro præſentibus, quia nullo aut ipſorum aut actoris incommodo fieri facilè poteſt vt adſint, ſi euocentur ad prætorem. *leg. collegarum 173. §. 1. de verb. ſignif.* Et ideò ſic loquitur Vlp. *præſens habetur.* & in *l. procurator eius præſentis.* (ſic enim lego, *non præſenti*, vt & in *l. vn. C. de ſatiſd.*) *eſſe videtur.* qua loquendi formula fictio quædam magis quàm rei veritas ipſa ſignificatur. Tunc etiam tractandum eſt, An præſens ſit qui conſtituit procuratorem, cùm tractatur de rati ſatiſdatione. *leg. vnic. Cod. de ſatiſd.* nullo ſcilicet prolata idonea abſentis mandato. *leg. 1. Cod. h. tit.* Non enim ſatiſdare de rato cogitur is qui oſtendit ſe verum eſſe, licèt abſentis procuratorem.

8. IDEM libro 8. ad Edictum.

Filiusfamilias & ad agendum dare procuratorem poteſt, ſi quæ ſit actio, qua ipſe experiri poteſt: non ſolùm ſi caſtrenſe peculium habeat [a], ſed & quiuis filiusfamilias: vtputà iniuriam paſſus dabit ad iniuriarum actionem: ſi fortè neque pater [b] præſens ſit, nec patris procurator velit experiri: & erit iure ab ipſo filiofamilias procurator datus. Hoc ampliùs Iulianus ſcribit: & ſi filiofamilias patri per filium eius [c] in eadem poteſtate manentem fiat iniuria, neque auus præſens ſit: poſſe patrem procuratorem dare ad vlciſcendam iniuriam, quam nepos abſentis paſſus eſt. ¶ Ad defendendum quoque [d] poterit filiusfamilias procuratorem dare. ¶ Sed & filiafamilias [e] poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem. Nam quod ad dotis exactionem cum patre dat procuratorem, ſuperuacuum eſſe Valerius Seuerus ſcribit: cùm ſufficiat, patrem dare ex filiæ voluntate [f]: ſed puto, ſi fortè pater abſens ſit, vel ſuſpectæ vitæ [g], (quo caſu ſolet filiæ [h] competere de dote actio) poſſe eam procuratorem dare. ¶ Ipſe quoque filius procurator dari poterit [i]: & ad agendum [k], & ad defendendum.

Ad l. Filiusfamilias 8.

Ratio dubitandi. Is procuratorem dare non poteſt ſiue ad agendum ſiue ad defendendum, qui agere ipſe vel defendere non poſſet. *lege ſeruum 33. ℨ. hoc titul. leg. ab hoſtibus 15. ℨ. quibus ex cauſ. maior.* Ideò enim procuratori datur, vt qui per eum agit vel excipit ipſe agere vel excipere videatur *lege 1. §. vſus ℨ.* Atqui filiusfamilias ſuo nomine nullam actionem habet. *lege filiusfamilias 9. de obligat. & action.* Ergo nec procuratorem ad agendum dare poteſt.

Ratio decidendi. Regulariter quidem nullam filiusfamilias ſuo nomine actionem habet, ſed tamen habet quaſdam, putà iniuriarum, quod vi aut clam, depoſiti & commodati quæ nominatim excipiuntur in *dicta lege filiusfamilias*, itémque actiones in factum, de quibus in *l. in factum 13. eod. ult. tit.* vbi iuris huius rationem afferemus. Ergo harum ſaltem actionum nomine procuratorem ad agendum dare filiusfamilias poteſt. Et ob id adiecit Vlpianus *ſi qua ſit actio qua ipſe experiri poteſt.* In quo tamen illa rurſus dubitandi ratio occurrit, quod tum quoque cùm actio competit filio ita vt eam poſſit exercere, adhuc tamen patris autoritas neceſſaria eſt, ne iudicium ſine patris voluntate conſiſtere videatur. *lege vltima §. ſin autem. Codice de bon. quæ liber.* Non poteſt igitur filius ſine patre procuratorem dare tametſi actio talis ſit, qua ipſe experiri poſſit.

Ratio decidendi. Ea ſolemnitas introducta eſt à Iuſtiniano iis caſibus quibus primùm induxit, vt filiusfamilias poſſit agere etiam præſente & inuito patre, quod olim filio non licebat. Ita enim aut ipſe agere aut procuratorem ad agendum dare poterat ſi neque pater præſens eſſet, neque procurator patris vellet experiri vt hic Vlpianus ſcribit. Quomodo autem fieri potuiſſet, vt abſens pater agenti filio autoritatem præſtitiſſet? An non æquè facilè agere ipſe aut ſaltem procuratorem ad agendum dare potuiſſet? Neque verò ſolemus vnquam requirere conſenſum eius qui propter abſentiam ſuam conſentire non poteſt ne quidem in iis in quibus alioqui conſenſus ille exigeretur. *dicta lege vltima. §. vbi autem. C. de bon. quæ liber.*

a *Non ſolùm niſi caſtrenſe peculium habeat.* Ratio dubitandi. Filiusfamilias, qui caſtrenſe peculium habet, etiamſi prætèrea miles adhuc ſit, non eò minùs tamen filiusfamilias manet. *§. filiusfamilias Inſtitut. quibus modis ius patr. poteſt. ſoluit.* Ergo nihil debet intereſſe an de caſtrenſi peculio an de profectitio agamus.

Ratio decidendi. Filiusfamilias licèt neque per malitiam neque per caſtrenſis peculij acquiſitionem filiusfamilias eſſe deſinat, in eo tamen caſtrenſi peculio habetur pro patrefamilias ex conſtitutionibus *leg. 2. de SC. Maced.* ita vt nihil iuris in eo habeat pater viuo filio *leg. Imperator 50. ad Trebell. & tot. titul. de caſtr. pecul.*

b *Si fortè neque pater.* Ratio dubitandi. Cùm filiusfamilias iniuriam paſſus eſt nulla poteſt actio acquiri patri ex ea cauſa niſi per filium & propter filium. Ergo cùm filius ipſe actionem ſuo nomine habere poſſit præferendus in ea eſt patri quamuis præſenti, ac multò magis patris abſentis procuratori. Alioqui fingamus patrem cuius perſona vilis & abiecta ſit velle donare ac remittere iniuriam factam filio cuius è contrario perſona ſit honeſta. Cur dicamus non eſſe filij voluntatem præferendam voluntati patris? *lege ſed ſi vnius 17. §. interdum tamen de iniur.*

Ratio decidendi. Solius patris eſt donare ac remittere iniuriam filio factam quia patri ipſi potiùs facta intelligitur, nec filio danda eſt actio inuito patre, niſi in caſu *dicto §. interdum.* Nam & cùm pater abeſt, non alia de cauſa filio permittitur agere ſuo nomine quàm quia veriſimile eſt patrem ſi præſens fuiſſet acturum fuiſſe, ob idque nec datur ei niſi cauſa cognita *dicta lege ſed ſi. §. ait prætor cum duobus ſequentibus de iniur.* Præferendus igitur eſt filio non tantùm pater præſens, ſed etiam patris abſentis procurator, ſi quis præſens ſit. Et hoc ex iure patriæ poteſtatis quod facit, vt patri per filium quem in poteſtate habet omnia acquirantur. *lege placet 79. de acquir. hered. lege 1. ſi quis à parent. manumiſ.* niſi cùm pater non vult ſibi acquiri, vt dixi ad *legem 4. §. ſed & filiusfamilias ſuprà de edend.*

c *Per filium eius.* id eſt, per mediam filij perſonam qui ipſe iniuriam ab extraneo paſſus ſit, non à quo pater iniuriam acceperit.

Ratio dubitandi. Hoc caſu filiusfamilias qui agere vult per procuratorem ad vlciſcendam iniuriam factam filio ſuo, eidémque nepoti aui abſentis, neque iniuriam ipſe paſſus eſt vt actionem ſuo nomine habere poſſit, neque filium ſuum habet in poteſtate vt eius nomine & tanquam pater actionem exerceat, cùm ſit ille ipſe in patris ſui poteſtate. *lege ſic eueniet 21. ad legem Iuliam de adult.* Non poteſt igitur hic filiusfamilias, idémque pater dare procuratorem ad vlciſcendam iniuriam quam nepos abſentis paſſus eſt.

Ratio decidendi. Aui abſentia licèt non faciat vt eò magis nepotem habeat filius in ſua poteſtate, ſicut nec filium ipſum efficit ſui iuris, facit tamen vt permittendum ſit patri quod ipſi auo ſi præſens eſſet permitteretur. Nam ſicut officium aui erga nepotem ex officio patris erga filium proficiſcitur. *lege dotem 6. de collat.* Ita & iniuria facta nepoti non poteſt videri contingere perſonam aui niſi per mediam filij perſonam. Quod ergo permitteretur auo ſi adeſſet permittendum eſt patri abſente auo, vt poſſit agere iniuriarum, & dare procuratorem ob iniuriam filio illatam ſi modò nullus adſit aui procurator, quemadmodum & patre abſente filius poſſet id facere aut ſi pater furioſus eſſet. *dicta lege ſed ſi 17. §. filiofamilias de iniur.* Fit tamen hoc non ea verbis edicti vt conſtat ex §. ait prætor eiuſdem legis: ſed ex Iuliani, quem hîc Vlpianus refert aliorúmque prudentum interpretatione.

d *Ad defendendum quoque.* Ratio dubitandi. Eiuſdem iuris eſt ſiue per ſe ſiue per alium agere vel conueniri poſſe *lege 1. §. vſus ſuprà hoc titulo.* Quomodo dicimus ſeruum neque conuenire neque conueniri poſſe *l. quoties 13.*

ſi quis cautionibus. lege cum ſeruo 107. *de regulis iuris.* Ergo ſicuti non permittitur indiſtinctè filiofamilias dare procuratorem ad agendum, ſed cum iis diſtinctionibus quas proximè diximus, ita neque permittendum ei eſt indiſtinctè vt poſſit procuratorem dare ad defendendum.

Ratio decidendi. Facilius eſt vt filiusfamilias conueniri poſſit, quàm vt agere. Nam cùm tam ex contractibus omnibus quàm ex delictis obligetur. *lege tam ex contractibus* 57. *de iudic. lege ſi quis cum filiofamilias.* 44. *de pecul. leg. ſi filiusfamilias* 39. *de obligat. & action.* neceſſe etiam eſt vt cum eo tanquam cum patrefamilias agi ex omnibus cauſis poſſit. *dicta lege filiusfamilias.* & conſequenter ſicuti permittendum eſt filio conuento vt ſe defendat, ita & vt ad defendendum conſtituat procuratorem: neque enim vllum ius patris in hoc verſatur, ſiquidem non ſicut per filiumfamilias acquiritur patri & obligatio & actio, ita è conuerſo per filium obligatum aut conuentum obligatur aut conuenitur pater, niſi actione de peculio, & quatenus eſt in peculio. *dicta lege ſi quis cum filiofamilias.* Melior enim conditio noſtra fieri poteſt per eos quos in poteſtate habemus, deterior non poteſt. *lege melior* 133. *de reg. iur.*

e *Sed & filiafamilias.* Ratio dubitandi. Inuerecundum eſt ſexui filiæfamilias, vt ſtet ipſa in iudicio & agat. arg. *lege* 1. §. *ſecundo loco ſuprà poſtul. leg.* 2. *de reg. iur.* Ergo nec procuratorem dare poteſt ſaltem ſine patris voluntate.

Ratio decidendi. Tantò magis neceſſarium eſt filiæ permitti, vt procuratorem dare poſſit, ſi non liceat ei per ſeipſam agere & in iudicio ſtare, ne alioqui nulla ei ratio ſuperſit ſuum conſequendi. Sed tamen non eſt verum filiamfamilias aut aliam fœminam quamlibet in iudicio ſtare non poſſe: poteſt enim nec ſolùm ſuo nomine, ſed etiam alieno, dummodo facta ſit procuratrix in rem ſuam. *l. qui abſente* 4. *Cod. h. tit.*

f *Cùm ſufficiat patrem dare ex filiæ voluntate.* Ratio dubitandi. Dotis actio & exactio communis eſt patris & filiæ, nec magis poteſt filia agere ſine patre, quàm pater ſine filia. *lege* 2. §. *quòd ſi in patris. infrà ſolut. matrimon.* Ergo non minus permittendum eſt filiæ vt det procuratorem ſaltem patre conſentiente, quàm patri vt det ex filiæ voluntate.

Ratio decidendi. Communis quidem patris & filiæ actio eſt, hactenùs vt fruſtrà pater acturus ſit, ſi agat ſine filia, aut niſi filia conſentiat. *lege ſi cùm dotem* 22. §. *eo autem tempore. & ſequentibus eodem titulo.* Sed tamen conueniens eſt & verecundiæ mulieris, & reuerentiæ paternæ, vt pater agat per ſe aut per procuratorem dummodò ex filiæ voluntate, quàm vt filia agat aut conſtituat procuratorem ex conſenſu patris. Eſt enim prius & antiquius ius patris quàm filiæ, præſertim ſi dos à patre ſit profecta, vt dicemus ad *dictam legem.* 2. *ſolut. matr.*

Superuacuum igitur eſt dari procuratorem à filia pro dotis exactione, cùm pater adeſt qui dare poſſit ex filiæ voluntate.

g *Si pater abſens ſit, vel ſuſpectæ vitæ.* Ratio dubitandi. His caſibus curator dandus eſt patri, vel ſaltem bonis patris & quidem alius quam filia: nec enim filia curatrix eſſe poteſt, præſertim patris. *lege* 1. §. *vltimo de curat. furioſ.* Atqui per procuratorem patris perinde poſſunt omnia expediri atque per patrem ipſum, nihilque vetat quominùs per eum curatorem procurator detur ad agendum. *lege ab hoſtibus* 15. *ex quibus cauſis maior.* Ergo quamuis pater vel abſens ſit vel ſuſpectæ vitæ, non ideò magis permittendum eſt filiæ vt det procuratorem.

Ratio decidendi. Cùm pater vel abſens eſt vel ſuſpectæ vitæ, non eſt ipſius voluntas exploranda & multò minùs ſequenda. *dicta lege ſi cùm dotem* 22. §. *nec non illud ſolut. matrimon.* Neque igitur procurator ſiue à patre ſiue à patris curatore datus poteſt impedire ne filia det procuratorem: non enim dat tanquam de re patris, ſed tanquam de re ſua: eſt enim dos velut proprium filiæ patrimonium. *lege* 3. §. *ergo etiam de minor.* Idémque eſt ſi patri propter condemnationem Romæ vbi dos petatur, eſſe non liceat, ſoli enim filiæ hoc caſu permittitur vt agat, ita tamen vt caueat patrem ratam rem habiturum. *dicta lege ſi cùm dotem* 22. §. *ſi patri.*

h *Solet filia.* Et quidem ſoli, id eſt, ſine patre. Sic enim locus hic accipiendus eſt. Nam alioqui cùm pater & ſanis moribus & præſens eſt, adhuc filiæ competit actio non minùs quàm patri: ſed quam pater ipſe exercere debet per ſe, aut per procuratorem ex filiæ voluntate, non filia ex conſenſu patris, quamuis ſi velit illa procuratorem conſtituere cum patre, fruſtrà quidem id faciet ac ſuperuacuò, vt hæc lex ait, ſed tamen poteſt.

i *Ipſe quoque filius procurator dari poterit.* Ratio dubitandi. Non poteſt filiusfamilias iudicium accipere proprio nomine ſine conſenſu & autoritate patris, *l. vlt. §.* 1. *verſ. neceſſitate. C. de bon. quæ liber.* Ergo multò minùs procurator eſſe alterius.

Ratio decidendi. Non eſt neceſſaria patris autoritas niſi in ſpecie. *dicta lege vltima. paragrapho primo.* vt dixi ad principium huius legis: & præterea ratio alia eſt filiifamilias qui ſuo nomine agit, alia eius qui alieno: nihil enim penitùs intereſt patris, quod filiusfamilias agat vel defendat tanquam alterius procurator. Intereſt autem quoties filiusfamilias agit proprio nomine, vt dixi ad verſiculum. Si fortè neque pater. Denique cùm filiusfamilias ex omnibus cauſis conueniri poſſit etiam ſuo nomine. *lege filiusfamilias* 39. *de obligat. & action.* nihil cauſæ eſt cur non poſſit eſſe procurator. Aliud eſt in filiafamilias, cuius nimirum ſexus impedit ne poſſit pro alio interuenire neque ad agendum neque ad defendendum niſi facta ſit procuratrix in rem ſuam *lege qui abſente* 4. *Cod. hoc tit.*

1 ¶ Inuitus procurator non ſolet dari: inuitum accipere debemus [k], non eum tantùm, qui contradicit: verùm eum quoque, qui conſenſiſſe non probatur.

Ad §. 1. Inuitus.

Ratio dubitandi. Procuratorum ad lites officium hodie publicum eſt, nec qui in aliquo tribunali conſtituti ſunt & recepti ad procurandum, poſſunt recuſare quominus operam ſuam cuilibet petenti præſtent, niſi iam ſtent ab aduerſa parte. Ergo non eſt verum hodie quod hîc Vlpianus ait inuitum procuratorem dari non poſſe.

Ratio decidendi. Mandatum ſuſcipere cuicunque liberum eſt, quia id officium gratuitum eſt & eſſe debet. *lege ſi mandauero* 22. §. *vltimo mand.* Et ideò nihil ferè ſimile aut commune habent procuratores noſtri temporis cum antiquis illis de quibus in *hoc titulo.* Nam ſiue agas de procuratoribus ad lites ſiue ad negotia conſtitutis ſunt omnes mercenarij magíſque ex locationis & conductionis quàm ex mandati contractu, & obligant, & obligantur. Ideóque nec mirum eſt cogi eos operam præſtare pro ſalario quod iis viciſſim præſtandum eſt, quamuis non ſoleant qui ad lites tractandas publica autoritate conſtituti ſunt de certo ſalario paciſci. Nempe quoniam in ſingulas ferè cauſas ſuum cuique operæ pretium ſtatutum eſt. Sed & procuratores iſtos illud obligat ne mandatam procurationem recuſare poſſint, quod ius habent impediendi, ne alius quiſpiam extra ipſorum numerum, & vt aiunt, matriculam aſſumatur ad litem tractandam. Impediretur enim publica vtilitas, ſi neque ipſi operam ſuam præſtare cogerentur, neque alius quiſquam iis inuitis. Viſum autem eſt vtilius & expeditius certas perſonas in eam rem eligi à magiſtratibus ex iis quos vident rerum iudicialium tractandarum peritia, fide, diligentia & probitate.

probitate cæteris præcellere. Procuratores autem ad negotia ſimile quidem hoc habent quod vt plurimùm mercenariam operam præſtant, ſed illud diſſimile quod de certa mercede paciſci ſolent & poſſunt ſalua exiſtimatione, ſiue totorum bonorum, ſiue alicuius negotiationis procurationem exerceant, quos vulgò *factores* vocant. Qui enim vnius aut alterius rei curam ſuſcipiunt, ſi plerumque amici ſunt, & vt liberum ita gratuitum officium præſtant, quibus proinde optimè conueniunt, ea ferè omnia quæ in hoc titulo tractantur, niſi ſi qua in re ſtylus noſter iudiciarius & municipalis iuri ſcripto derogauit. Denique in iſtis maximè hoc obtinet quod nemo inuitus ſit procurator. *lege inuitus* 17. *Codice de procur. lege* 2. §. *ſi plures. de curat. bon. dand.* vbi tamen Tribonianus exceptionem ſubiecit de ſuo, vt dicemus ad eum locum.

k *Inuitum accipere eum debemus.* Ratio dubitandi. Differt inuitus ab ignorante. *lege qui poteſt inuitus vigeſima-ſexta. de regulis iuris.* Atqui ignorans non contradicit, imò nec qui tacet ſicut neque hic fatetur. *lege qui tacet* 142. *eodem.* Ergo inuitus dici alius non poteſt, quàm qui expreſsè contradicit, non is quoque qui non conſentit.

Ratio decidendi. Inuitus propriè ille eſt qui contradicit. Sed aliquando ſumitur etiam negatiuè magis quàm poſitiuè pro eo qui non eſt volens & conſentiens, vt in hoc edicto, & in *l.* 4. *de ſeruis. vrb. præd. l. in eo iure* 45. *verſ. deinde de ri. nupt.*

2 ¶ Veterani, procuratores fieri poſſunt.

¶ Milites autem, nec ſi velit aduerſarius [l], procuratores dari poſſunt: niſi hoc tempore litis conteſtatæ, quocunque caſu prætermiſſum eſt [m]: excepto eo, qui in rem ſuam procurator datus eſt [n], vel qui communem cauſam omnis ſui numeri perſequatur [o], vel ſuſcipit: quibus talis procuratio conceſſa eſt.

Ad §. 2. *Veterani.*

Ratio dubitandi. Veterani ſunt qui aliquando milites fuerunt, *lege miliſis* 36. §. *veteranus de teſtamento milit.* Atqui militibus interdictum eſt ne ſint procuratores, niſi vel in rem ſuam, vel vt communem cauſam totius numeri ſui perſequantur, vt hic ſubiicit Vlpianus. Ergo non poſſunt eſſe procuratores, niſi oſtendant id quod aliquando fuit prohibitum, ſibi poſtea fuiſſe permiſſum.

Ratio decidendi. Veterani fuerunt quidem milites, ſed non ſunt: ideóque poſt annum miſſionis eorum teſtamenta fiunt irrita, intra eum verò annum, nec poſſunt teſtari iure militari. Proinde interdictio quæ prohibet ne poſſint milites eſſe procuratores, cùm nullam aliam, quàm militiæ cauſam habeant, ideóque ſit temporalis. *lege milites* 31. *Cod. de locat.* non poteſt ad veteranos pertinere, in quibus non habet locum ratio quam reddit Imp. Leo in *dict. leg. milites.*

l *Nec ſi velit aduerſarius.* Ratio dubitandi. Poteſt quilibet iuri ſuo renunciare. *lege pactum* 46. *ſuprà de pact. leg. penult. Cod. eod.* Ergo non eſt cogendus ille contra quem miles procurator datus eſt, vt exceptione procuratoria vtatur, ac proinde ſi aduerſarius velit, poteſt miles eſſe procurator.

Ratio decidendi. Ratio propter quam prohibentur milites procurationem ſuſcipere, non pendet ex vtilitate illius, qui poteſt obiicere exceptionem procuratoriam, ſed ex vtilitate publica; quòd armis non priuatis negotiis occupati debeant eſſe milites, vt numeris ſuis & ſignis iugiter inhærentes, rempublicam à qua aluntur ab omni bellorum neceſſitate defendant vt ſcriptum eſt in *dict. lege milites* 31. *Codice de locat.* Non ergo debet eſſe in poteſtate aduerſarij, vt ab eo iure quod ob publicam vtilitatem introductum eſt recedatur *lege ius publicum* 38. *ſ. de pact. l. vlt. de ſuis & legit.*

m *Niſi hoc tempore litis conteſtatæ quocunque caſu prætermiſſum eſt.* Ratio dubitandi. Non eſt in poteſtate aduerſarij quantumuis conſentiat, vt miles quiſquam poſſit eſſe procurator, vti proximè dictum eſt. Ergo nec ſi tempore litis conteſtatæ permittat exceptionem procuratoriam, eò magis tamen poterit miles eſſe procurator, ne alioqui quod vna via prohibitum eſt fieri, alia fiat. contra *lege ſcire oportet* 21. *paragrapho* 1. *de tutor. & curat. dat. ab his.*

Ratio decidendi. Non eſt quidem in poteſtate illius contra quem miles procurator datur, vt miles ſit procurator, ſed tamen eſt in eius poteſtate, vt non vtatur exceptione procuratoria. *lege ita demum* 13. *Codice hoc titulo.* quia nemo inuitus cogitur exceptionem ſibi competentem opponere. *lege penultima. Codice de pactis.* Vbi verò prætermiſit hanc exceptionem quocunque caſu id eſt, ſiue prudens & ſciens, ſiue per imperitiam aut ignorantiam, remanet miles procurator, non quaſi ex voluntate rei, ſed propter autoritatem & formam iudicij quæ illa eſt, vt & qui litem conteſtatur, hoc ipſo quaſi contrahere videatur. *lege* 3. §. *idem ſcribit de pecul.* præſertim eum procuratore quem patitur fieri dominum litis per conteſtationem. *lege procuratoribus* 22. *& ſequent. Codice hoc titulo.* & exceptiones dilatoriæ opponi debeant ante litem conteſtatam aut ſaltem ipſo tempore litis conteſtatæ. *lege exceptionem* 19. *Codice de probat. lege penultima. Codice de exception.* Eiuſmodi verò eſt exceptio procuratoria, non quidem ſi reus opponat eum qui agit quaſi procurator non eſſe procuratorem, nullúmque habere mandatum (hoc enim caſu placet præſcriptionem hanc eſſe peremptoriam, & ideò opponi quandocunque poſſe etiam in executione iudicati, cùm reddat iudicium retrò nullum tanquam cum falſo procuratore acceptum. *lege licèt* 24. *Codice hoc titulo.*) ſed ſi opponat talem eſſe perſonam procuratoris, vt aliqua de cauſa non potuerit ille fieri procurator idoneus *lege* 2. §. *vlt. de exception.* putà quòd miles aut mulier aut minor eſſet. Hi enim poſſunt quidem eſſe procuratores, ſed fieri tamen prohibentur, hactenus ſcilicet ne aut iudex aut aduerſarius inuitus eos in iudicio admittere cogatur. Cæterùm ſi & iudex & aduerſarius eos admiſerit, iudicium non eo minùs valet, diuerſum eſſet ſi furioſus aut infans aut ſeruus procurator conſtitueretur: iſti enim propriæ conditionis ratione impediuntur ne procuratores eſſe poſſint, vllomodo vllóque caſu. Illud ſanè conſtat in principio quæſtionis perſonam debere inquiri procuratoris. *dicta lege licèt* Hodie tamen exceptio procuratoria, quæ naſcitur ex infamia procuratoris ſublata eſt. §. *vltimo. Inſtitut. de exception.*

n *Excepto eo qui in rem ſuam procurator datus eſt.* Ratio dubitandi. Etiam qui procurator in rem ſuam datus eſt, agit tamen ex alterius perſona & alieno nomine, & tanquam procurator. *lege ſi quis in rem ſuam* 34. *infrà eodem.* Ergo non eſt hoc permittendum militi, qui nec pro patre nec pro matre vel etiam vxore adeóque quod magis eſt, nec ex facto reſcripto procuratorio nomine experiri poteſt. *lege militem* 7. *Codice eodem.*

Ratio decidendi. Agit quidem ex alterius perſona & alieno nomine, is qui procurator eſt in rem ſuam, ſed tamen alieno negotio non fungitur, ſed rem ſuam gerit quod militibus interdici non modò abſurdum, ſed etiam iniquum eſſet. *l. qui ſtipendia* 9. *eod. tit.*

o *Vel qui communem cauſam omnis ſui numeri perſequatur.* Ratio dubitandi Non permittitur militi, vt pro patre, vel pro matre, vel etiam pro vxore ſuſcipiat pro-

curationem, ne quidem ex ſacro reſcripto. *lege militem 7. Codice hoc titulo.* Ergo multò minùs ei permittendum eſt, vt pro commilitonibus ſuis procurator ſit, cùm perſonæ parentum & vxoris ſint ei coniunctiores quàm commilitonum.

Ratio decidendi. Non poteſt miles procurator eſſe vnius pluriúmve ex ſuis commilitonibus, ſed poteſt eſſe omnis eius numeri in quo militat, quoniam ea res non eſt aliena à militiæ dignitate cùm ad eiuſdem militiæ commodum & vtilitatem referatur: ne alioqui quod in fauorem & honorem militiæ conſtitutum eſt in eius odium & incommodum retorqueatur, contra *leg. quod fauore 6. Cod. legib. l. nulla 25. ſ. eod. tit. l. pen. Cod. ad SC. Trebell.* Neque verò nouum eſt maiorem eſſe hac parte fauorem militiæ quàm parentum. Nam & parentibus ipſis Romanis diſciplina caſtrorum antiquior fuit quàm charitas liberorum. *l. poſtliminium 19 §. filius quoque familias. de captiu. & poſtlim.*

3 ¶ *Procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum, pro quo conſentiente Dominus iudicatum ſolui, expoſuit* [p], prætor ait, *iudicium accipere cogam.*

Verùm ex cauſa [q] non debebit compelli: vtputà inimicitiæ capitales interuenerunt inter ipſum procuratorem, & dominum: ſcribit Iulianus debere in procuratorem denegari actionem.

¶ Item ſi dignitas acceſſerit procuratori, vel reipublicæ cauſa abſfuturus ſit.

Ad §. 3. Procuratorem.

Ratio dubitandi. Iudicium accipere facti eſt. Atqui nemo præcisè cogitur ad factum, quia id non poteſt fieri ſine vi & impreſſione quam legiſlator noſter ferre nunquam poteſt, ideóque in obligationibus faciendis placet ſuccedere præſtationem eius quod intereſt. *lege ſi quis ab alio 13. §. vltimo de re iudic. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. lege quoties quis alium 81. de verborum obligatione.* Ergo non eſt cogendus præcisè quiſquam vt iudicium pro alio accipiat.

Ratio decidendi. Cogitur procurator ad litem ſuſcipiendam datus pro quo conſentiente dominus iudicatum ſolui ſatiſdedit, iudicium accipere, non quidem præcisè, ſed quomodo alias cogere Prætor ſolet captis pignoribus, aut, irrogata condemnatione eius quod intereſt aduerſarij qui hoc modo decipitur. *lege mutus 43. §. vltimo infrà hoc titulo.*

p *Pro quo conſentiente dominus iudicatum ſolui expoſuit.* Id eſt, pro quo dominus ſatiſdedit iudicatum ſolui. Hæc enim ſatiſdatio ex autoritate prætoris olim ſolebat interponi in ipſo litis primordio, vt diximus ad titulum *Qui ſatiſdare cogantur.*

Ratio dubitandi. Satis cautum eſt ei qui vult cogere procuratorem ad iudicium ſuſcipiendum cùm habere poſſit actionem ex ſtipulatione contra promiſſorem, quaſi commiſſa ſit ſtipulatio illa ob hoc ipſum quod res non defenditur. Præcipua ſiquidem eius ſtipulationis clauſula, aut ſaltem vna ex tribus eſt de re defendenda. *lege 6. lege vltima. & paſſ. iudic. ſolui.* Ergo nullæ hac parte debent eſſe partes prætoris. *lege non cogendum 45. ſ. hoc tit.*

Ratio decidendi. Multum intereſt an tractemus de eo qui cùm abſentem defendere non cogeretur, vltrò tamen pro eo ſatiſdedit iudicatum ſolui, de quo agitur in *dicta lege non cogendum.* vt conſtat ex *lege 43. §. vltimo eodem.* An verò de illo, qui paſſus eſt ſe dari procuratorem ad litem ſuſcipiendam, & pro ſe ſatiſdari de iudicato ſoluendo. Priore caſu nullæ ſunt partes prætoris, vt Sabinus putabat (quamuis alia fuerit aliorum ſententia) quia poteſt conſultum eſſe actori aduerſus hunc ipſum procuratorem propria ſtipulatione. Poſteriore verò caſu prætor ſe interponit, quia nulla poſſet actio competere aduerſus procuratorem ex ſtipulatione quam eo conſentiente dominus interpoſuiſſet, atque ita impunè decepiſſet ille actorem & reum qui conſtituit ipſum procuratorem, ſi prætor eum non cogeret ad iudicium accipiendum. Et de hoc poſteriore caſu loquitur edictum.

q *Vtrùm ex cauſa.* Legendum eſt *Verùm.* Nulla enim hic quæſtio aut interrogatio proponitur, ſed interpretatio per exceptiones quaſdam ad edictum adhibetur, vt appareat edictum prætoris, ex quo ſolet cogi ad iudicium accipiendum is, qui procurator datus eſt in eam rem, & pro quo conſentiente dominus ſatiſdedit iudicatum ſolui aliquas habere exceptiones. Eas nimirum de quibus agitur in hoc §. *& in duabus legibus ſequentibus.* vt putà ſi inimicitiæ capitales interuenerint inter ipſum procuratorem & dominum, ſi dignitas acceſſerit procuratori, vel reipublicæ cauſa abſfuturus ſit, aut ſi valetudinem, aut neceſſariam peregrinationem alleget, vel hereditas ſuperueniens eum occupet, vel alia quælibet ſimilis iuſta cauſa, quales illæ ſunt de quibus in *l. aut religionis 18. cum quinque ſeq. ſ. eod.*

Ratio dubitandi. Verba edicti prætoris ſunt generalia & indiſtinctè prolata, quibus pollicetur ſe coacturum procuratorem vt iudicium accipiat. Ergo indiſtinctè & ſine vlla exceptione ſunt intelligenda vulg. *lege de pretio. 8. de publician. in rem act. lege in fraudem 15. in prin. de teſtamen. milit.*

Ratio decidendi. Quæ de nouo emergunt, nouo ſemper indigent auxilio. *lege de ætate 11. paragrapho ex cauſa de interrog. in iur. fac.* ne alioqui quod ab initio æquum fuit, poſtea iniquum fiat. *lege ex facto 43. de vulg. & pup. ſubſt.* Nunquam enim aut prætoris edictum aut aliam vllam legem ſic interpretari debemus, vt vlla emergat iniquitas.

9. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

AVt ſi valetudinem, aut ſi neceſſariam peregrinationem alleget [a].

Ad l. Aut ſi valetudinem.

Ratio dubitandi. Non omnis valetudo rebus agendis & procurandis impedimento eſt, ſed is tantùm morbus, quem ob eam cauſam ſonticum appellamus. *leg. quæſitum 60. de re iudic.* Ergo non omnis valetudo procuratorem excuſare debet, ne iudicium accipere cogatur.

Ratio decidendi. Totum hoc poſitum eſt in cauſæ cognitione. *lege poſt litem 17. §. in cauſa. ſ. hoc tit.* Debet igitur prætor æſtimare an valetudo talis ſit quæ iuſtam procuratori excuſationem afferre poſſit.

a *Aut ſi neceſſariam peregrinationem alleget.* Ratio dubitandi. Nemo poteſt conſilium mutare in alterius iniuriam. *lege nemo poteſt 75. de regulis iuris.* Ergo qui procurationis officium ſuſcepit, non poteſt obligationem ſuſcipiendi iudicij ob id exuere, quod nouum peregrinationis alicuius faciendæ conſilium inierit.

Ratio decidendi. Ponimus peregrinationem eſſe neceſſariam, ac proinde talem quæ niſi fieret, damnum aliquod procurator ſenſurus eſſet. Atqui nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum, *lege 3. § vlt. de teſtib. l. ſed ſi quis 7. teſtam. aper.* Ergo non eſt prohibendus procurator, quominus ſuſcepto procurationis officio neceſſariam peregrinationem inſtituat, eáque ratione ab accipiendo iudicio excuſetur, voluntariæ peregrinationis non eadem ratio eſt *l. ſed etſi 26. §. vlt. ex quib. cauſ. maior.*

10. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

VEl hereditas ſuperueniens eum occupet: vel ex alia iuſta cauſa [b]. ¶ Hoc amplius, & ſi habeat præſentem dominum [c], non debere compelli procurarorem.

Ad l. Vel hereditas 10.

Ratio dubitandi. Hereditatem adire nemo cogitur. *lege nec emere 16. Codice de iur. delib.* quantumuis opulenta ſit. *lege 4. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Non eſt igitur bona hæc ratio ad excuſandum procuratorem ne iudicium ſuſcipere cogatur, cùm imputare ſibi debeat, cur hereditatem adierit ac ſeipſum negotiis implicauerit.

Ratio decidendi. Abſurdum & iniquum eſſet alieni compendij cauſa prohiberi quem acquirere ſibi delatam hereditatem, nec probè cuiquam imputari poteſt, cur & ſuo & communi iure vſus ſit. *lege ſi duorum 42. de act. empt. lege nullus videtur 55. de regulis iuris.* Alioqui eſſet huic procuratori officium ſuum damnoſum quod eſſe non debet. *d. l. 7. teſtam. quem. aper.*

b *Vel ex alia iuſta cauſa.* Sic & in *lege vel ſi longinquo 44. ℥. eod.* Quænam autem alia ſit iuſta cauſa petendum eſt ex *l. aut religionis 18. & ſequentibus ℥. eod.*

c *Etſi habeat præſentem dominum.* Ratio dubitandi. Nihil vetat procuratorem accipere iudicium pro domino, à quo etiam præſente datus fuit. Nam & is qui procuratorem ad litem ſuſcipiendam dedit, cauſæ ſuæ adeſſe ſi velit non prohibetur. *lege Paulus 69. ℥. eodem.* Ergo non eò minus iudicium ſuſcipere procurator cogendus eſt, quòd dominus ſit præſens.

Ratio decidendi. Poteſt quidem procurator iudicium accipere etiamſi dominus præſens ſit, ſed non eſt cogendus, ſi nolit, quia nihil intereſt aduerſarij, qui tam facilè & commodè poteſt litem conteſtari cum domino ipſo quàm cum procuratore. Quod enim procuratorem prætor cogit, ideò facit, ne is qui procuratorem dedit, & is contra quem datus eſt decipiatur. *l. mutus 43. §. vlt. ℥. eodem.*

11. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

SI tamen dominus cogi poſſit.

Ad l. Si tamen 11.

Ratio dubitandi. Cùm dominus præſens eſt, integra ſunt omnia, & in eo ſtatu in quo eſſent ſi procurator nullus datus eſſet, Nec enim datio procuratoris immutat ius & conditionem ſiue rerum ſiue perſonarum. Ergo quod ad cogendum vel excuſandum procuratorem, nihil refert an dominus cui præſens eſt cogi poſſit, nécne. Nam etſi procuratorem nullum dediſſet, non eò magis tamen cogi poſſet.

Ratio decidendi. Ex die ſuſceptæ procurationis ius eſt quæſitum ei contra quem procurator datus fuit, vt cogi poſſit accipere iudicium, nec ab ea obligatione poteſt liberari procurator, niſi ſuperueniat noua aliqua & iuſta cauſa: qualis illa quidem eſt ſi dominus ſit præſens, ſed ita demum ſi & iudicium per ſe aut per alium procuratorem accipere cogi poſſit. Alioqui ceſſat ratio quæ facit, vt præſentia domini debeat excuſare procuratorem. Ratio illa erat, quod nihil aduerſarij interſit. Atqui intereſt quoties domini perſona talis eſt, vt iudicium ipſe accipere non poſſit. Nec eſt quod dicamus poſſe illum conſtituere alium procuratorem. Nam nec mutandi procuratoris copia ſemper eſt.

12. GAIVS lib. 3. ad Edictum prouinciale.

SEd etiam ex his cauſis dicitur aliquando cogendum procuratorem iudicium accipere: veluti ſi dominus præſens ſit, & actor adfirmet, tractu temporis futurum, vt res pereat.

13. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

SEd hæc neque paſſim admittenda ſunt, neque diſtrictè deneganda: ſed à prætore cauſa cognita, temperanda.

Ad leg. Sed etiam 12. & ad leg. Sed hæc 13.

Hæc lex cùm ſit Caij, referenda eſt ad *legem 9.* quæ eſt eiuſdem Caij, & ex eodem libro, in qua *lege 9.* duæ tantùm cauſæ proponuntur, quæ procuratorem excuſare poſſint, ſi aut valetudinem alleget, aut neceſſariam peregrinationem: de præſentia verò domini quæ tertia excuſationis cauſa eſt, locutus eſt Vlpianus in *lege vel hereditas 10. verſ. hoc amplius.* Itaque quod hîc ſcriptum eſt *ex his cauſis*, non ad ſuperiores cauſas omnes referri debet, ſed ad eas tantùm quas Caius expreſſit. Ne ineptè ſequatur quòd ſubiicitur, *Si dominus præſens non ſit.* Senſus enim Caij eſt, Tum quoque cùm valetudo grauior aut neceſſaria peregrinatio procuratorem excuſare poteſt ne iudicium accipere cogatur, adhuc tamen interdum accipere cogendum, nempe ſi & dominus præſens non ſit, & actor adfirmet actionem tempore perituram, vt & in *lege mutus 43. §. vltimo h. tit.*

Ratio dubitandi. Non poteſt cogi iudicium accipere is qui valetudinis aut peregrinationis neceſſitate impeditur, quin damnoſum ei ſit officium ſuum, quod tamen eſſe non debet *l. ſed ſi quis 7. teſtam. quem. aper.*

Ratio decidendi. Cogendus quidem eſt procurator iudicium accipere ne actio pereat, id enim ſemper agere prætor debet vt res ſit in tuto. *lege creditore 14. de rebus auctorit. iud. poſſid. lege ſolet 3. ſuprà de fer. & dilat. lege Pomponius 13. aliàs. lege idem. paragrapho vltimo de recept. qui arbitr.* Sed cum hoc tamen temperamento ne ad aliud cogi poſſit, quàm ad hoc vt litem conteſtetur. *lege prima. paragrapho vltimo eodem. lege ſed etſi 28. paragrapho ſed & ſi dies de iudic.* Ita enim fit vt & res ſalua ſit actori, & non magno incommodo procurator afficiatur, certè non tanto vt eius incommodi metu permittendum ſit, vt pereat actio, quæ alioqui eſſet tempore peritura. Quanquam totum hoc pendet ex cognitione prætoria, neque aut paſſim admittendum eſt, aut ſemper & districtè denegandum, ſed pro perſonarum, temporum & rerum varietate temperandum, vt ex Vlpiano ſubiicitur in *lege ſed hæc.*

14. PAVLVS libro 8. ad Edictum.

SI poſt datum procuratorem capitales inimicitiæ interceſſerunt: non cogendum accipere iudicium, nec ſtipulationem [a] ob rem non defenſam committi [b]: quoniam noua cauſa ſit.

Ad l. Si poſt datum 14.

Ratio dubitandi. Sicuti mandatum ſuſcipere liberum cuique eſt, ita & ſuſceptum implere, neceſſarium. *lege ſi mandauero 22. §. vltimo infrà mand.* Atqui mandatum ſuſceptum eſt purè & ſine vlla exceptione aut conditione. Ergo non eò minùs implendum eſt quod capitales inimicitiæ interuenerint. Contractus enim ſemel perfectus conditiones nouas non capit. *lege perfecta 4. Codice. de donat. quæ ſub mod.* nec poteſt vnus ex contrahentibus immutare legem, quam contractus ſemel certam habuit. *l. verò procuratori 12. §. pen. de ſolut.*

Ratio decidendi. Omne mandatum tacitè conditionem illam habere intelligitur, ſi res in eodem ſtatu manſerit, *lege ſi cùm Cornelius 82. in fine eodem titulo.* Cùm enim ſit contractus bonæ fidei recipit interpretationem ex bona fide, nemo autem dixerit ea bona fide eſſe, vt qui poſt ſuſceptum mandatum capitales inimicitias contraxit cogatur amici hominis officium præſtare. *lege ſanè 23. cum duabus ſequentibus mandat.* Nec enim quiſquam vir bonus arbitrabitur eum qui iuſtam excuſationem adferat cogendum eſſe vt impleat mandatum. *leg. non cogendum. 45. hoc titulo.* Denique ea quæ de nouo emergunt, nouo ſemper indigent auxilio, vt diximus ad §. *vltim. lege 8. ſuprà eodem ex lege de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac.*

a *Nec ſtipulationem.* Ratio dubitandi. Stipulatio eſt ſtricti iuris, ideóque nihil in ſtipulationem venit, niſi quod expreſſim verbis comprehenſum eſt, *leg. quicquam adſtringenda 98. de verborum obligatione.* nec facilè ſubintelligitur in ſtipulatione conditio, quæ non eſt expreſſa. *lege ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. in fine eodem.* Ergo is qui per ſtipulationem promittit iudicatum ſolui, & conſequenter de re defendenda. *lege 6. & vltima ̅j. iudic. ſolut.* tenetur omnimodo ex ſtipulatione tanquam commiſſa ſi rem non defendat, etiamſi capitales inimicitiæ ſuperuenerint.

Ratio decidendi. Differentia eſt inter ſtipulationes conuentionales & prætorias. In conuentionalibus id obtinet quod proximè diximus, quia non niſi ea contrahentium mente recipiunt interpretationem. At prætoriæ interpretandæ ſunt ea mente prætoris. *lege in conuentionalibus 52. de verborum obligatione.* Prætor autem quoties iubet actionem aliquam interponi, id agit vt ea ſtipulatio naturam induat negotij ſuper quo interponitur, vt oſtendi libro tertio Coniecturarum. capite primo. ea *lege prima. §. ſi quis ſub conditione. infrà vt legat. nom. caueat.* Ergo quamuis boni viri arbitrium quod ineſſet actioni ex ſtipulatu. *lege quia tantundem 7. de negot. geſt.* non tamen dabit prætor actionem in procuratorem quem non poſſit cogere ad iudicium accipiendum, quia volt huic ſtipulationi eaſdem cauſas & conditiones ineſſe, quæ nulla interpoſita ſtipulatione prætoris edictum, & imperium remorari poſſent. Sed nec nouum eſt ſtipulationi conuentionali tacitè conditionem illam ineſſe, ſi res in eodem ſtatu manſerit. *l. cùm quis 38. in princ. de ſolut.*

15. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

SI defunctus ſit dominus ante litem conteſtatam, iudicatum ſolui ſtipulatione pro ſuo procuratore data, procurator compellendus eſt ad iudicium accipiendum: ita tamen ſi hoc dominus ſciẽte procuratore, & non contradicente, fecit, quòd ſi aliter actum eſt, inſcium quidem procuratorem teneri ſatis inciuile eſt: committitur autem ob rem non defenſam ſtipulationis clauſula.

Ad l. Si defunctus 15.

Ratio dubitandi. Mandatum reuocatur morte ſi res ſit integra. *lege inter cauſas 26. lege ſi præcedente 58. in principio manda.* Atqui eo qui conſtituit procuratorem defuncto ante litem conteſtatam omnia ſunt integra, quia non ſit procurator dominus litis ante conteſtationem. *lege procuratoribus 22. & ſequent. Codice hoc titulo.* Ergo quamuis dominus ſatiſdederit pro ſuo procuratore iudicatum ſolui, ſi tamen defunctus ſit ante litem conteſtatam, non eſt cogendus procurator vt iudicium pro eo accipiat.

Ratio decidendi. Hæc nimirum ratio & aliæ plerǽque faciunt, vt totam hanc legem Triboniani non Vlpiani eſſe ſcripſerim. lib. 12. Coniect. cap. 16. In qua ſententia etiamnum perſiſto. Eſt enim huius legis ſententia aliena planè à ratione iuris, & magis conueniens ei iuri, quod hodie obtinere refert. *Iuſtin. in tit. de ſatiſdat.*

1 ¶ Qui ad communi diuidundo iudicium datus eſt ad agendum: Item & ad defendendum videbitur datus, duplici cautela interponenda [a].

Ad §. 1. Qui ad communi.

Ratio dubitandi. Sunt iſta penitus contraria conſtitui quem procuratorem ad agendum, & conſtitui ad defendendum, quoniam & illa prorſus oppoſita ſunt agere & defendere, Actorem & reum eſſe, nec quiſquam poteſt actor ſimul & reus eſſe. *lege ne cum filiofamilias 16. de furt.* Ergo qui conſtitutus eſt procurator ad agendum iudicio communi diuidundo, non poteſt videri conſtitutus etiam ad defendendum: diligenter enim cuſtodiendi ſunt fines mandati *lege 5. in principio mandat.* ne iniunctum officium mandatarius egredlatur. *lege ſi procurator. 10. Codice hoc titulo.*

Ratio decidendi. Iudicium communi diuidundo eſt duplex, vt & duo alia iudicia familiæ erciſcundæ & finium regundorum, dicuntúrque etiam actiones mixtæ, quod in iis vterque litigantium ſit & actor & reus propter mutuas adiudicationes & condemnationes, quas in his iudiciis fieri neceſſe eſt. *lege in tribus 13. infra de iudic. lege ſecunda. paragrapho in familiæ. infrà familiæ erciſcundæ. lege iudicium 10. fin. regund. lege actionis 37. paragrapho mixta: de obligat. & action.* Ergo quiſquis procurator datus eſt ad agendum vno ex iſtis iudiciis, idem quoque ad defendendum procurator datus intelligitur, quia quoties aliquid mandatur, ea quoque omnia tacitè mandata intelliguntur, ſine quibus id quod expreſsè mandatum fuit expediri nullo modo poteſt. *lege ad rem mobilem 56. cum ſeq. leg. ad legatum. 62. ̅j. h. tit. leg. 2. ſuprà de iuriſdict.*

a *Duplici cautela interponenda.* Hanc adiectionem Triboniani eſſe non Vlpiani, oſtendimus eo cap. 16. lib. 12. Coniect. vbi vide.

16. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

ANte litem conteſtatam libera poteſtas eſt vel mutandi procuratoris, vel ipſi domino iudicium accipiendi.

Ad l. Ante litem 16.

Ratio dubitandi. Contractus omnes ſunt ab initio voluntatis ex poſtfacto neceſſitatis vulg. *lege ſicut 5. Codice de obligat. & action.* Ergo quemadmodum ſuſceptum mandatum implere cogitur mandatarius. *lege ſi mandauero 22. §. vltimo mandat.* Ita & in electione procuratoris ſemel facta perſtare cogendus eſt is qui mandauit, cùm ſit contractus vltrò citróque obligatorius, & nominatus, in quo contractuum genere certum eſt non eſſe locum pœnitentiæ. Id enim dumtaxat receptum eſt in contractibus innominatis, & quidem antequàm implementum ex vtraque parte ſecutum ſit. *lege ſi pecuniam 5. infrà de condi. cauſ. dat.*

Ratio decidendi. Mandatum non contrahitur principaliter vt mandator mandatario obligetur, ſed tantùm vt mandatarius mandatori, ad implendum ſcilicet mandatum quod ſemel ſuſceperit. Quod verò nihilominùs mandator mandatario & procuratori ſuo obligatur non fit niſi per conſequentias, ne in damno moretur is qui amici officium bona fide expleuit: ideóque contraria dicitur actio quæ mandatario competit contra mandatorem non directa. Atqui nihil intereſt mandatarij quandiu res integra eſt vt mandatum reuocetur, cuius reuocatio potiùs ei commoda & vtilis futura ſit, vtpote per quam liberabitur à neceſſitate implendi mandati quod ſuſceperat. Ergo ante litem conteſtatam libera poteſtas eſt & eſſe debet, mandatori, eidémque domino vel mutandi procuratoris vel iudicium accipiendi. *lege tertia. Codice mandat.* Dico cum Paulo *ante litem conteſtatam* quia poſt litem conteſtatam aliud eſt, vt ſcribitur in *leg. ſeq.* Aliud item eſt in procuratore in rem ſuam. *l. procuratore 55. ȷ. eod.*

17. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

POſt litem autem conteſtatam reus, qui procuratorem dedit, mutare quidem eum, vel in ſe litem transferre à viuo procuratore, vel in ciuitate manente, poteſt: cauſa tamen priùs cognita.

Ad l. Poſt litem. 17.

Ratio dubitandi. Mandatum finitur finita voluntate non minùs quàm morte *lege ſi verò 12. §. penultimo mandat. lege ſi cùm Cornelius 82. de ſolut.* Ergo ſiue ante ſiue poſt litem conteſtatam liberum eſt mandatori reuocare procuratorem, cùm nihil interſit mandatarij vt proximè diximus: multò magis transferre in ſe iudicium, quamuis viuo adhuc procuratore & manente in ciuitate,

Ratio decidendi. Poteſt quidem reuocari mandatum pro arbitrio mandantis, ſed quandiu res eſt integra. *lege 3. Codice mandat.* litis autem conteſtatio facit vt non ſit integra, cùm per eam procurator fiat dominus litis *lege procuratoribus 22. cum lege ſequenti. Codice hoc titulo.* tametſi is qui procuratorem conſtituit, maneat dominus rei & negotij: ex quo enim procurator factus eſt dominus litis, iam eius intereſt vt non mutetur ſine cauſa, cùm ea mutatio ipſius pudorem & exiſtimationem oneret quodammodo. *lege qua omnia 25. infrà eodem.* Intereſt etiam aduerſarij qui cum procuratore litem conteſtando videtur cum eo, quaſi contraxiſſe. *lege tertia. paragrapho idem ſcribit de peculio.* Intereſt denique prætoris apud quem facta eſt conteſtatio, & ad cuius autoritatem maximè pertinet, ne quam ſemel conſtituto iudicio mutationem ſine cauſa fieri patiatur: omnis enim mutatio ſicut Platoni periculoſa eſt in republica, ita & magiſtratui & litigatoribus ipſis in iudicio ſemper ſuſpecta & importuna. Planè cauſa cognita etiam poſt litem conteſtatam procuratoris mutatio permittitur.

1 ¶ Non ſolùm autem ipſi, qui dedit procuratorem, hoc permittitur: ſed etiam heredi eius, & cæteris ſucceſſoribus [a].

Ad §. 1. Non ſolùm.

Ratio dubitandi. Non eſt nouum vt à defuncti voluntate non poſſit heres recedere, quam tamen defunctus ipſe ſi hodie viueret poſſet immutare, vt in ſpecie. *lege cùm hic ſtatus 32. §. ait oratio de donat. int. vir. & vx. lege cùm de in rem verſo 9. infrà de vſur. lege 1. §. vltimo. de bon. libert.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt conſtitutum à defuncto procuratorem poſſit heres ipſius mutare quòd defunctus ipſe potuerit, etiam poſt litem conteſtatam.

Ratio decidendi. Heres ſuccedit in omne ius quod habuit defunctus, cuius & perſonam in omnibus ſuſtinet *lege heres 22. de vſucapion. lege hereditas 62. de regulis iur.* Quod ergo licuit defuncto etiam heredi licere hac parte debet, vt poſt litem quoque conteſtatam poſſit, vel mutare procuratorem, vel iudicium in ſe transferre, ſed cauſa cognita. Sanè ſi velit reuocare tantum procuratorem, nec alium eius loco ſubſtituat, nec iudicium cum procuratore cœptum in ſeipſum transferat, non eſt ei permittendum, quod nec defuncto permiſſum fuiſſet, quia id citra fraudem & captionem aduerſarij fieri non poſſet, neque citra iniuriam prætoris, ex cuius autoritate facta conteſtatio cum legitimo procuratore inutilis & eluſoria redderetur.

a *Et cæteris ſucceſſoribus.* Siue heredis heredes ſint (nam & heres heredis dicitur eſſe heres teſtatoris. *lege vltima. Codice de heredum inſtitutionè.*) ſiue bonorum poſſeſſores aut fideicommiſſarij, aut alij, ſi qui ſunt ſimiles, qui quamuis heredes non ſint, heredum tamen loco habentur. *l. 2. de bonor. poſſ. §. reſtituta. inſt. de fideic. l. 2. ad SC. Trebell.*

2 ¶ In cauſæ autem cognitione non ſolùm hæc verſantur, quæ ſuprà diximus in procuratore non compellendo ſuſcipere iudicium: verùm & ætas [b].

Ad §. 2. In cauſa.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad §. *vlt. lege 8. ſuprà eodem.* Nam quæ ratio facit vt procurator non ſit cogendus accipere iudicium, eadem facit vt permitti debeat domino mutare procuratorem, ne alioqui eum procuratorem inuitus retinere cogatur, per quem nihil poſſit agere eorum quæ agi velit, & quorum maximè gratia vſus procuratorum comparatus fuit. *l. 1. §. vſui 3. eod.* E contrario quæ ratio facit vt procurator cogatur accipere iudicium, eadem facere debet ne mutari aut reuocari poſt litem conteſtatam ſine cauſa poſſit.

b *Aut ætas*, Ratio dubitandi. Imputare ſibi debet is qui iam ſeniorem procuratorem conſtituit ad litem tractandam argument. §. *penultimo. inſtitut. quibus modis re contr. oblig.* cùm officium illud exigat vt plurimum hominem, memorem, diligentem, expeditum: quorum omnium vix quicquam eſt quod ſenex homo, præſtare poſſit. Non igitur ei promittendum eſt vt ob ætatem ſui procuratoris eum mutet poſt litem conteſtatam. Ratio decidendi. Intelligendus eſt hic locus de ætate quæ poſt datam procurationem ingraueſcente cœperit, vel cumulatis annis, vel ſuperueniente vi & numero morborum: non etiam ſi ætas eadem penè fuerit tempore iniunctæ procurationis, ſi modò eam ætatem dominus procuratorem conſtituens non ignorabat.

18. MODESTINVS libro 10. Pandectarum.

AVt religionis beneficium.

Ad l. Aut religionis 18.

Ratio dubitandi. Religio præcipua eſt & laudanda, tenere fidem, eámque præſtare, quam qui violat cùm perfidus ſit erga hominem quem videt, via eſt vt religionem vllam colere poſſit, aut Deo ipſi fidelis eſſe quem non videt ſuperueniens, ergo cauſa religionis non ſufficit ad faciendum vt mandatum à procuratore ea bona fide ſuſceptum aut negligi poſſit, à procuratore, aut à mandante reuocari.

Ratio decidendi. Sacerdotio obueniente procuratori excuſandus ille eſt ſi ſuſceptum officium implere nolit, quia hoc non tantùm honori perſonarum indulgemus, ſed etiam maieſtati Dei, cuius ſacris vacare illum oportet *leg. non diſtinguemus* 32. *paragrabo ſacerdotio de recept. qui arbitr.*

19. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

ITem ſi ſuſpectus ſit procurator: aut in vinculis [a]: aut in hoſtium [b], prædonúmve poteſtate.

Ad l. Item ſi ſuſpectus 19.

Ratio dubitandi. Suſpectus dicitur procurator hoc ipſo quod operam ſuam vult ingerere inuito, & qui ſibi adſerit procurationem, vt loquitur Vlpianus in *lege qua omnia* 25. ĵ. *eod.* Ergo ſemper erit in arbitrio eius qui conſtituit procuratorem vt eum reuocet tanquam ſuſpectum: qui vel procurator conſentiet reuocationi, & ita effectum habebit, vel nolet conſentire, & hoc ipſo faciet ſe ſuſpectum.

Ratio decidendi. Suſpectum hîc intelligere debemus ex alia cauſa quàm quod nolit procurator pati reuocationem: putà quod aliqua dederit indicia colluſionis & prævaricationis quam facturus ſit ſi non reuocetur. Alioqui non vtique ſuſpectus ſit qui poſt litem conteſtatam non facilè patitur vt careat ea lite quam conteſtando ſuam & propriam fecerit, ſi modò purgare ſuum pudorem velit potius quàm aliena negotia inuito domino tractare, vt ſcriptum eſt in *d. l. qua omnia.*

a *Aut in vinculis.* Nec enim qui in vinculis eſt aliena aut ſua negotia per ſe tractare poteſt.

Ratio dubitandi, Qui in vinculis eſt non eo minus procuratorem conſtituere poteſt & adire prætorem per procuratorem, vt de eaule ſcriptum eſt in *lege Papinianus* 20. *de minor.* Atqui procurator poſt litem conteſtatam poteſt alium ſubſtituere procuratorem, tanquam qui per conteſtationem factus ſit dominus litis. *lege nulla dubitatio* 23. *Codice hoc titul.* Ergo quamuis ſit in vinculis non eo minùs procurator manere debet.

Ratio decidendi. Remanet quidem procurator etiam is qui in vinculis eſt, ſed cùm per ſeipſum litem tractare non poſſit, & in procuratore conſtituendo plerumque induſtria perſonæ eligatur, non poteſt negari quin iuſta ſit hæc cauſa mutandi procuratoris, ſicut & iuſta cauſa eſt concedendæ reſtitutionis, ſi quæ actio perierit ei qui in vinculis ſiue priuatis ſiue publicis fuit *lege ſuccurritur* 9. *infrà ex quibus cauſis maior.* ſiue habuerit procuratorem ſiue non, argument. *lege ſed etſi* 26. §. *vltimo eodem.*

b *Aut in hoſtium prædonúmve poteſtate.* Ratio dubitandi. Qui in hoſtium poteſtate eſt, ſi quando ab hoſtibus redeat ſemper in ciuitate fuiſſe intelligitur per poſtliminij fictionem. *leg. poſtliminium* 19. *& paſſ. de capt. & poſtlim.* Ergo non eſt iuſta hæc ratio reuocandi poſt litem conteſtatam procuratoris, non magis quàm ſi is qui captus fuit ab hoſtibus nunquam captus fuiſſet.

Ratio decidendi. Poſtliminij fictio non pertinet ad ea quæ ſunt facti *leg. in bello* 12. §. *facti eodem titulo. leg. denique* 19. *ex quib. cauſ. maior.* facto autem & quidem præſenti opus eſt in perſona procuratoris, qui nec aliam ob cauſam conſtituitur, quàm vt pro alio faciat quod alius ille per ſe facere non poteſt. Non igitur fictio poſtliminij poteſt impedire procuratoris mutationem vel reuocationem, quia licèt captiuus redeat ab hoſtibus, non ideò tamen facta in ciuitate reperientur quæ feciſſet ipſe tanquam procurator ſi in ciuitate manſiſſet. Denique qui capitur ab hoſtibus fit ſeruus hoſtium, ſeruus autem non poteſt eſſe procurator præſertim ad lites tractandas: vnde ſolent etiam ſerui manumitti vt procuratores fiant *l. ſi collactaneus* 13. *de manum. vindict.*

c *Prædonúmve.* Ratio dubitandi. Qui à prædonibus capitur non fit ſeruus nec amittit aut libertatem aut ciuitatem. *lege poſtliminium* 19. *paragrapho à piratis, lege hoſtes* 24. *lege latrones* 27. *de capit. & poſtlim.* Ergo poteſt remanere procurator ſaltem poſt litem iam ab eo conteſtatam.

Ratio decidendi. Licèt neque amittat libertatem neque ciuitatem, tamen potentiore vi opprimitur, ne quid facere poſſit niſi quod iis placeat à quibus detinetur: & vt dicam breuiter libertatem iure quidem non amiſit, ſed facto amiſit, vt conſtat ex definitione libertatis poſita in *l. 4. in prin. de ſtat. hom.* ideóque ſolet ei perinde ſuccurri edicto prætoris. Ea *quib. cauſ. maior.* atque iis ſuccurritur qui ab hoſtibus capti fuerunt. *l. ſuccurritur 9. ex quib. cauſ. maior.* Perinde igitur iuſta hæc cauſa eſt reuocandi & mutandi procuratoris.

20. PAVLVS libro 8. ad Edictum.

VEl iudicio publico, priuatóve: vel valetudine, vel maiore re ſua diſtringatur.

Ad l. Vel iudicio 20.

Ratio dubitandi. Qui iudicio ſiue publico ſiue priuato diſtringitur, non ideò infamis eſt, quouſque ſit conuictus & damnatus *lig. infamem* 7. *de publ. iudic.* idcircóque teſtis eſſe poteſt *lege* 3. §. *lege Iulia de teſtibus.* Ergo & procurator eſſe poteſt.

Ratio decidendi. Poteſt quidem adhuc eſſe procurator cùm nondum ſit infamis, ſed vt poſſit reuocari aut mutari ſufficit, quod quis priuato nomine huiuſmodi aliquo iudicio diſtringitur, via eſt vt aliena negotia benè & diligenter tractare poſſit. Adeò cuilibet à natura inſitum eſt vt magis curet ſua, quàm aliena *l. & magis* 4. *de ſolut.* & malit ſibi benè eſſe quàm alteri.

d *Vel valetudine.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg.* 9. *ſuprà.*

21. GAIVS

21. Gaivs lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

V El exilio: vel ſi latitet [a]: vel inimicus poſteà fiat [b].

Ad l. Vel exilio 21.

Ratio dubitandi. Etiam exul poteſt conſtituere procuratorem *leg. Papinian. exuls 20. de minorib.* Atqui procurator qui litem conteſtatus eſt, cùm ſit factus dominus litis poteſt alium ſubſtituere *leg. nulla 23. Codice hoc titulo.* Ergo non eſt hæc iuſta cauſa mutandi procuratoris.

Ratio decidendi. Qui procuratorem conſtituit, eligit induſtriam perſonæ, vt dixi ad *legem 19. verſ. aut in vinculis ſuprà eodem.*

a *Vel ſi latitet.* Cùm enim latitare dicatur is qui nec per ſe, nec per amicum defenditur, & ſe occultat *lege Fulcinius ſeptima. paragrapho latitare.* & paſſim *quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat.* quomodo poteſt fieri vt alterius procurator ſit, ſiue ad agendum, ſiue ad defendendum?

b *Vel inimicus poſteà fiat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. 14. ſ. eod.*

22. Pavlvs lib. 8. ad Edictum.

A Vt adfinitate aliqua aduerſario iungatur: vel heres ei exiſtat [a].

Ad l. Aut adfinitate 22.

Ratio dubitandi. Adfinis non prohibetur ex ratione iuris quominus procurator aut aduocatus ſit aduerſus adfinem. Poteſt autem procurator eſſe quiſquis non prohibetur, cùm edictum De procuratoribus ſit prohibitorium *lege mutus 45. §. 1. ſ. hoc titulo.* Ergo ſuperueniens adfinitas, maxime poſt litem conteſtatam, non eſt iuſta cauſa mutandi procuratoris: præſertim cùm dici ſoleat. Multa durare facta, quæ fieri prohibentur, vulg. *l. patre furioſo 8. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.*

Ratio decidendi. Adfinis non prohibetur aliqua iuris ratione, ſed adfectu & humanitatis & publicæ etiam honeſtatis veneratione *lege humanitatis 23. Codice de excuſ. tut.* Si enim nemo cogendus eſt coram ſuſpecto iudice litigare *lege aperiiſſimi 16. Codice de iudic.* multò minus cogendus quiſpiam eſt ſuſpectum procuratorem retinere.

a *Vel heres ei exiſtat.* Nulla hîc occurit apta ratio dubitandi. Nam cùm heres perſonam eius induat & repræſentet, cuius heres eſt *l. heres 22. de vſucapio. l. hereditas 62. de reg. iur.* eſſet hîc procurator contra ſeipſum, ſi procurator maneret, quod abſurdum & impoſſibile eſt *leg. ne cum filiofamilias 16. de furt.* ſicut & vt quis ſit debitor idem & creditor *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. iunct. l. ſi duo 92. de ſolut.*

23. Vlpianvs lib. 9. ad Edictum.

A Vt longa peregrinatio, aut aliæ ſimiles cauſæ impedimento ſint:

Ad leg. Aut longa 23.

Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad *legem nonam. ſuprà eodem.*

24. Pavlvs lib. 8. ad Edictum.

M Vtari debebit: vel ipſo procuratore poſtulante [a].

Ad l. Mutari debebit 24.

a *Vel ipſo procuratore poſtulante.* Ratio dubitandi. Nunquam debet eſſe in poteſtate illius qui obligatus eſt ad aliquid dandum vel faciendum, vt facto ſuo liberet ſe ab obligatione *l. 6. ſeruum 91. § nunc videamus de verb. oblig. leg. nec ei 17. §. 1. de adoptio.* Atqui procurator ex quo mandatum ſuſcepit, obligatus eſt ad illud implendum iudiciúmque accipiendum *l. ſi mandauero 22. §. vltim. ſ. mand. l. filiusfamilias 8. §. vlt. ſ. h. titul.* ac multò magis vbi per litis conteſtationem quaſi contraxit cum aduerſario, factúſque eſt dominus litis. Ergo non poteſt ipſe poſtulare vt mutetur, præſertim ex ſupradictis cauſis, quæ voluntariæ magis quàm neceſſariæ reperiuntur, qualis illa eſt, ſi ſacerdotium impetrauerit, ſi malo aliquo more ſuſpectum ſe fecerit, ſi latitet, ſi cum aduerſario ineat adfinitatem, & aliæ huiuſmodi.

Ratio decidendi. Sicut ſuperiores omnes cauſæ iuſtæ ſunt, propter quas inuitus procurator mutari poſſit à conſtituente, ita & propter quas poſſit & debeat cogi is qui procuratorem conſtituit, vt procuratorem mutet. Nec enim cogendus eſt procurator, vt officium, quod vltro tanquam amicus ſuſcepit, implere cogatur, ſi aliquod ex eo damnum vel incommodum paſſurus eſſe videatur. Nec enim debet ei officium ſuum eſſe damnoſum *leg. ſed etſi 7. ſ. de neg. geſt. quem. aper.*

25. Vlpianvs lib. 8. ad Edictum.

Q Væ omnia non ſolùm ex parte rei [a], ſed etiam ex perſona actoris obſeruabuntur. ¶ Sed ſi aduerſarius, vel ipſe procurator dicat, dominum mentiri: apud prætorem hæc finiri oportet [b]: nec ferendus eſt procurator [c], qui ſibi adſerit procurationem: nam hoc ipſo ſuſpectus eſt [d], qui operam ſuam ingerit inuito: niſi fortè purgare magis conuicium [e], quàm procurationem exequi maluit: & hactenus erit audiendus, ſi dicat ſe procuratione quidem carere velle: ſed ſi id in læſa exiſtimatione ſua fiat. Cæterùm ferendus erit pudorem ſuum purgans. ¶ Planè ſi dicat, in rem ſuam ſe procuratorem datum [f], & hoc probauerit [g]: non debet carere propria lite. ¶ Item ſi retentione aliqua procurator vti velit [h], non facilè ab eo lis erit transferenda.

26. Pavlvs lib. 8. ad Edictum.

N Iſi dominus ei ſoluere paratus ſit.

Ad l. Quæ omnia 25.

a *Non ſolùm ex parte rei.* id eſt, ſiue rei, ſiue actoris procurator quis eſſe proponatur. Ratio dubitandi. Eſt in arbitrio & poteſtate actoris, quem procuratorem conſtituere velit, ſicut & quando agere velit *l. purè 5. §. vlt.* de

de doli mali except. Minus ergo ei permittendum eſt procuratorem mutare, quàm reo qui plerunque ſicuti actionem excipere cogitur, vbi & quando nollet, ita nec tantùm temporis ſpatium habet ad eligendum procuratorem.

Ratio decidendi. Solent quidem rei in pleriſque fauorabiliores eſſe quàm actores *l. Arrianus* 47. *de obligat. & action. l. fauorabiliores* 125. *de regulis iuris.* Sed hac parte omnium eadem ratio eſt, quia tam rei quàm actoris procurator officium amici præſtat & liberum & gratuitum, & eadem de cauſa.

b *Apud prætorem hoc finiri oportet.* Nam cùm mutatio aut reuocatio procuratoris poſt litem conteſtatam non fiat niſi cauſa cognita *leg. poſt litem* 17. *ſuprà eodem.* cauſæ cognitio in duobus conſiſtit. In hoc primùm vt prætor examinet an cauſa quæ ſiue à domino, ſiue à procuratore allegatur ſit iuſta, quæ diſceptatio iuris magis quàm facti eſt. In eo deinde vt examinet an ſit vera quæ quæſtio facti eſt non iuris: quod & in concedendis in integrum reſtitutionibus ſeruatur *l. 3. ℑ. de in integr. reſtit.* in cæteris omnibus cauſis quæ plenam cognitionem requirunt.

c *Nec ferendus eſt procurator.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. ante litem* 16. *ℑ. h. tit.*

d *Hoc ipſe ſuſpectus eſt.* Ratio dubitandi. Etiam inuiti nedum ignorantis cuiuſque meliorem conditionem facere poſſumus *lege ſoluendo* 39. *de negot. geſt. lege ſolutione* 23. *de ſolut. lege etiam* 32. *de acquirendarum rerum dominio. lege ſeruum vetante* 62. *d. verborum obligatione. leg. melior* 133. *de regulis iuris.* Ergo non ob id poteſt quis ſuſpectus videri quòd operam ſuam ingerat ei à quo fuit conſtitutus procurator, præſertim cùm id aliquando ipſe voluerit licèt nunc nolit.

Ratio decidendi. Poteſt quidem conditio noſtra fieri melior per alium etiamſi nolimus, ſed non cogimur pati vt alius inuitis nobis res noſtras tractet, nec facilè euenit vt quis bona mente velit inuitis nobis tractare quæ ad nos pertinent: Adeò verum eſt, Malle quemque ſibi benè eſſe quàm alteri, præſertim cùm dici ſoleat quod & verum eſt, Inuito beneficium non conferri *l. inuito* 69. *de reg. iur.*

e *Niſi fortè purgare magis conuicium.* Ratio dubitandi. Iuris executio neque conuicium, neque iniuriam habet *leg. iniuriarum* 13. §. 1. *de iniur.* nec iniuriam comminiſcitur qui ius ſuum tuetur. Atqui cùm is qui procuratorem conſtituit eum mutat, facit pro ſuo iure. Siquidem mandatum finitur finita voluntate *lege ſi verò* 12. §. *penultimo mandat.* Non eſt ergo quod cauſetur procurator ad impediendam reuocationem aut mutationem, aliquam ſibi ex eo iniuriam irrogari, præſertim cùm ex iis cauſis, propter quas poteſt mutari vel reuocari procurator, multæ ſint quæ non onerant exiſtimationem.

Ratio decidendi. Iniuria eſt ſi procurator qui poſt litem conteſtatam non poteſt reuocari ſine cauſæ cognitione reuocetur ſimpliciter, & nulla cauſa allegata nec probata. Hoc ipſo enim fit quodammodo ſuſpectus quod in dubio præbet ea res pleriſque materiam ſuſpicandi quod in re aliena tractanda fuerit malè verſatus: Maximè vero ſi nulla euidenter appareat interuenire cauſa ex iis quæ faciunt vt procurator illæſa exiſtimatione poſſit mutari vel reuocari. Etſi autem non eò magis fieret infamis qui ſine cauſa mutaretur, vel reuocaretur, intereſt tamen illius valdè, ne qua ex parte ipſius exiſtimatio apud bonos & graues viros lædatur *leg. 2. de obſeq. parent. & patron. præſt. l. 4. §. aduerſus. de doli mali except.*

f *In rem ſuam procuratorem ſe datum.* Ratio dubitandi. Etiam procurator in rem ſuam agit nomine alieno & ex perſona illius qui eum conſtituit *leg. qui ſtipendia* 9. *Cod. hoc titulo. leg. illam* 33. *Codice de donat.* Ergo perinde poteſt reuocari ne pro altero inuito agere videatur.

Ratio decidendi. Agit quidem alieno nomine, ſed ad ſuum & proprium commodum *dicta lege qui ſtipendia.* & ideò nec litis conteſtatione, nec alio vllo remedio indiget vt fiat dominus litis, nec poſſit reuocari, Tranſmittit enim ius ſuum ad heredem etiamſi moriatur ante litem conteſtatam *dicta leg. illam.* Nec finitur huiuſmodi mandatum morte mandantis, licèt ſine herede defuncti, quin ſaltem vtilis actio procuratori danda ſit. *leg. 9. Codice de obligat. & action.* Denique etiam illi ipſi qui eum conſtituit præferendus eſt nedum alij eius procuratori, quia poſt reſcriptum Diui Pij habet etiam proprio ſuo nomine vtiles actiones *lege ſi cum emptore* 16. *ſuprà de pact. leg. emptor* 5. *leg. poſtquam* 7. *& ſeq. Cod. de hered. vel act. vendit. lege procuratore* 55. *infrà hoc titulo.* Idque eſt quod hic Vlpianus ait, non debere illum carere propria lite. Iunge *l. 34. ℑ.*

g *Et hoc probauerit.* Quiſquis enim alterius procurator eſt ſicut ex aliena perſona agit, ita & alieno commodo agere intelligitur, & tanquam ſimplex procurator niſi probet ſe in rem ſuam conſtitutum fuiſſe.

h *Item ſi retentione aliqua procurator vti velit.* Ratio dubitandi. Si quid procurator impenderit in rem domini, certum eſt habere illum hoc nomine contrariam mandati actionem ad repetitionem *l. idémque* 10. §. *idem Labeo. leg. ſi verò* 12. §. *contrario ℑ. mandat.* Nec eſſe ſimilem illis qui retentiones ſolas habent, de quibus in *l. heres* 21. *ad Senatuſconſultum Trebellianum. lege ſi in area* 33. *de condict. indebit.* Ergo non poteſt hæc iuſta eſſe cauſa propter quam procuratoris reuocatio vel mutatio impediatur, præſertim cùm mandati actio ſiue directa ſiue contraria nullum habeat priuilegium tacitæ hypothecæ ſed tantùm ſit actio perſonalis.

Ratio decidendi. Sicut intereſt noſtra non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere. *leg. 3. de compenſ. leg. ſi ſtipulatus* 15. *de fideiuſſ.* ita & per retentionem nobis conſulere potiùs quàm per actionem. Qui enim retinet ſibi ipſi quodammodo ſoluit quod poteſt fieri ſine actione *leg. ſi pupilli* 6. §. *vltimo de neg. geſt. leg. quotiens* 9. §. *& generaliter. de administratione tutoram.* denique cui damus actionem multò magis exceptionem & retentionem dandam eſſe conſtat *leg. inuitus.* 156. §. *cui damus. de regulis iuris. leg. 1. §. ſi autem. de ſuperfic. leg. 1. in fin. principij de pignor.* Planè ſi dominus quicquid ei debet ſoluere ſit paratus, nihil iam erit, quod de retentione tractari poſſit, vt ſubiicitur ea Paulo in *lege ſequenti.* cùm ea retentio non detur niſi ad indemnitatem conſequendam *lege ei apud quem* 5. *depoſit. leg. furt.* 6. §. *vltimo. ſuprà titulum primum.* iunct. *leg. Paulus* 16. §. 1. *quibus modis pignor. vel hypot. ſoluit.* Idque non per modum pignoris, ſed per modum reputationis *dicto paragrapho idem Labeo.* Non enim ſicut vbicunque pignus ibi & retentio eſt *dicta l. 1. de pign.* ita è contrario pignus neceſſe eſt eſſe vbicunque retentio eſt, vt conſtat ex *d. l. heres & d. l. ſi in area.*

27. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

IN cauſæ cognitione etiam hoc verſabitur, vt ita demum transferri à procuratore iudicium permittatur, ſi quis omnia iudicij ab eo transferre paratus ſit; cæterùm ſi velit quædam transferre, quædam relinquere: iuſtè procurator hanc conſtantiam recuſabit. Sed hæc ita, ſi mandato domini procurator egit: cæterùm, ſi mandatum non eſt: cùm neque in iudicium quicquam deduxerit [a], nec tu ea comprobaſti [b], quæ inuito te [c], acta ſunt, tibi non præiudicant, ideóque tranſlatio earum litium non eſt tibi neceſſaria, ne alieno facto onereris [d]. ¶ Hæc autem cognitio procuratoris mutandi, prætoris eſt [e].

Ad l. In cauſa 27.

Ratio dubitandi. Non debet cui licet quod plus eſt, quod minus eſt non licere *l. non debet cui 21. de reg.* Ergo qui poteſt omnia iudicij à procuratore ſuo in ſeipſum aut in alium procuratorem transferre, multò magis audiendus eſt ſi velit quædam transferre, quædam relinquere. Plus enim eſt totum iudicium quàm iudicij partem transferre.

Ratio decidendi. Inconſtantia & leuitas nimia eſt, procuratorem quem ſemel in ſolidum conſtitueris reuocare velle, nec niſi pro parte, poſteaquam factus ſit dominus litis in ſolidum per conteſtationem. Nam nec ille ab initio mandatum ſuſcepiſſet tractandi pro parte negotij & incidendi in communionem negotiationis. arg. *l. ſi quis aliam 46. de ſolut. l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. de condict. indebit.* Sic in *leg. cùm quæritur 16. de admin. tut. l. nam abſurdam 7. de bon. liber. l. ſi ita 39. §. 1. de oper. libert.* Nihil tamen vetat eius negotij quod à procuratore geſtum ſit partem tantùm ratam haberi *l. cum debitore 17. & ſeq. rat. rem hab.* licèt nihil ea res proſit ad pœnam euitandam *l. 4. §. Cato. in fin. de verb. oblig.*

a *Cùm neque in iudicium quicquam deduxerit.* Litem ſcilicet conteſtando: qui enim procurator non eſt, nec mandatum vllum habet, etiamſi litem conteſtetur, rem tamen in iudicium deducere non poteſt.

b *Nec tu ea comprobaſti.* Si enim ſecuta eſſet ratihabitio aliud eſſet.

Ratio dubitandi. Ratihabitio ſubſequens non facit, quominùs verum ſit litem conteſtatam fuiſſe ab eo qui mandatum nullum habuit, ac proinde qui rem in iudicium deducere non potuit. Ergo nec facere poteſt vt iudicij translatio neceſſaria ſit.

Ratio decidendi. Ratihabitio æquiparatur mandato *leg. vero procuratori 12. in fin. de ſolut. leg. vltim. Cod. ad Senatuſconſult. Maced.* Proinde facit vt mandatum præceſſiſſe videatur.

c *Inuito te*, id eſt, ignorante. Nec enim contradictio vlla hoc caſu requiritur *l. 8. §. inuitus. ſupr. eod.*

d *Ne alieno facto onereris.* Melior enim conditio noſtra per alium fieri poteſt, deterior non poteſt *l. ſoluendo 39. ff. de neg. geſt. leg. 1. in principio de alien. iud. mut. cauſ. fact. leg. melior 133. de regulis iuris.* Fieret autem conditio mea deterior per falſum procuratorem ſi neceſſe mihi eſſet transferre ab eo in me iudicium quod ille ignorante aut inuito me accepiſſet, ne alioqui ex eius perſona, vel potiùs in eius perſona condemnarer. Denique tranſlatio iudicij præſupponit iudicium aliquod eſſe, quod conſtitutum fuerit à falſo procuratore, qui tamen nullum vtique potuit conſtituere.

e *Prætoris eſt.* Ratio dubitandi. Hæc cognitio facti eſt magis quàm iuris *leg. poſt litem 17. §. 1. & ll. ſeqq. ſuprà eodem.* Atqui alienum eſt à dignitate prætoris, vt cognoſcat de facto & de eo pronunciet. Fuit enim toto iure vetere hic ritus iudiciorum, vt de quæſtione facti non cognoſceret prætor, ſed tantùm iudices daret, vſque ad *legem ſecundam Cod. de pedan. iudic.* vt dixi ad *titulum de iuriſdict.* Ergo non debet hæc cognitio prætoris eſſe, ſed iudicis.

Ratio decidendi. Erant tamen pleraque, de quibus licèt in facto conſiſterent, ſolius prætoris erat cognoſcere & pronunciare, ea ſcilicet quæ maiore priuilegio ac fauore digna videbantur cuiuſmodi erant quæſtiones ſtatus *lege non diſtinguemus 32. paragrapho de liberali de recept. qui arbitr.* reſtitutiones minorum itémque maiorum ex generali clauſula, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, lege 1. de minor. lege 1. ex quibus cauſis maior.* Eæque cognitiones dicebantur non iudicationes aut iudicia *lege ex cauſa 13. lege quod ſi minor 24. paragrapho vltimo de minor. toto titulo de var. & extr. cognit.* Talis autem fuit cognitio mutandi procuratoris, ideò fortaſſe, quod ipſius quoque prætoris autoritas, contemni lædíque videatur, ſi procurator qui apud prætorem litem conteſtatus eſt, atque ita dominus litis factus fuit, ſine cauſa reuocetur. Præſertim cùm nec niſi ex autoritate prætoris tranſlatio iudicij fieri poſſit, quemadmodum ex ſolius prætoris autoritate iudicia omnia & accipiuntur & conſtituuntur.

1 ¶ Si ex parte actoris litis tranſlatio fiat: dicimus committi iudicatum, ſolui ſtipulationem [f] à reo factam: ídque & Neratius probat, & Iulianus & hoc iure vtimur: ſcilicet ſi dominus ſatis accepit. ¶ Sed & ſi procurator ſatis accepit, & transferatur iudicium in dominum: verius eſt, committi, & ex ſtipulatu actionem [a] à procuratore in dominum transferri. ¶ Sed & ſi à domino, vel à procuratore in procuratorem iudicium transferatur [b], non dubitat Marcellus, quin committatur ſtipulatio: & hæc vera ſunt. Et licèt procuratori commiſſa ſit ſtipulatio, tamen domino erit danda vtilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda.

Ad §. 1. Si ex parte.

f *Dicimus committi iudicatum ſolui ſtipulationem.* Ratio dubitandi. Cùm verus procurator litem conteſtatur, & rem in iudicium deducit, reus qui præſtat cautionem iudicatum ſolui, de eo iudicato ſentire intelligitur, quod ſequetur in perſona eiuſdem procuratoris, ſiue dominus ipſe, ſiue procurator is ſit, qui cautionem accipit. Refertur enim hæc ſtipulatio ſicut ad præſens iudicium, ita & ad eam perſonam quæ iudicium dictauit. Tranſlatione igitur iudicij facta à perſona procuratoris ſiue in dominum ſiue in alium procuratorem, noua ſtipulatione opus eſt, ſicuti dicimus cùm defenſor abſentis cautionem iudicatum ſolui præſtitit, & in dominum poſtea iudicium transfertur, fideiuſſores ob rem iudicatam quos defenſor dedit non teneri, nec pignora quæ dederunt *leg. 1. in fin. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.*

Ratio decidendi. Stipulationes prætoriæ & iudiciales qualis iſta eſt, non interponuntur, niſi vt iudicium ratum fiat *lege prima de præt. ſtipulat.* Atqui tranſlatio iudicij, licèt perſonam mutet, non tamen mutat iudicium. Idem enim iudicium eſt quod fuit antea, transfertúrque cum omnibus ſuis qualitatibus, alioqui noua conteſtatione opus eſſet, neque iam iudicium acceptum transferri quàm nouum conſtitui videretur. Non ergo poteſt ea tranſlatio adimere domino commodum ſtipulationis iudicatum ſolui, nec ſi procurator à quo iudicium transfertur ſatis acceperit, multò minus ſi ipſe dominus, Ne alioqui tranſlationis faciendæ non modò libertas, ſed etiam neceſſitas huius incommodi metu impediatur. Longéque alia ratio eſt cautionis præſtitæ à defenſore abſentis. Ea namque licèt etiam propter iudicium ipſum vt ratum fiat, interponatur, tamen non iam à reo aut pro reo ipſo abſente interponitur quàm à defenſore abſentis ob propriam perſonam, & ratione illa quod abſentis defenſor idoneus nemo ſit ſine ſatiſdatione *lege minor 51. §. vltim. cum ll. ſeqq. ff. h. tit.* Abſens enim ſi præſens eſſet ac ſe defenderet non cogeretur ſatiſdare *l. hæc autem 5. §. vlt. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Cui conſequens eſt vt tranſlato iudicio à defenſore abſentis in reum ipſum qui præſens eſſe cœperit, quamuis idem iudicium ſit, perſonæ tamen mutatio perimat ſtipulationem, quia neque fideiuſſores à defenſore dati, neque pignora quæ ipſi dederunt, pro reo ipſo, ſed pro defenſore ſolo interuenerunt, qui porro per iudicij tranſlationem ſicut à iudicio eximitur ita & ab omni obligatione contracta ex ea cauſa. Noua

igitur

igitur cautione & ſtipulatione opus eſt, quam ſi actor non interpoſuit eo tempore quo iudicij tranſlatio facta eſt, ſibi debet imputare. Proinde multum intereſt quod ad cautionem hanc Iudicatum ſolui pertinet. An tranſlatio iudicij fiat ex parte actoris vt in hoc paragrapho an ex parte rei, vt apud Papinianum in *dicta lege* 1. §. *vltim. quib. mod. pig. vel hyp. ſoluit.*

a *Et ex ſtipulatu actionem.* Ratio dubitandi. Stipulatio non poteſt committi alij quàm ipſi procuratori qui cautionem accepit. In ſtipulationibus enim ſemper inſpiciendum eſt quæ perſona ſtipulata eſt, & quæ promiſerit, quoniam alia perſona numquam extrinſecus intelligitur, niſi expreſſa ſit, *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus in fin. de verb. oblig.* Atqui non poteſt actionem ex ſtipulatu habere alius, quàm ille ipſe cui commiſſa eſt ſtipulatio. Quiſquis enim agit ex ſtipulatione debet probare commiſſam eam eſſe, & quidem ſibi non alij *l. qui Romæ* 122. §. *Agerius eod. leg. nuda* 5. *C. de contr. & committ. ſtipulat.* Ergo non poteſt fieri vt ſtipulatio aut actio ex ſtipulatione commiſſa ipſi procuratori in dominum transferatur. Atqui ſtipulatio de qua agimus procuratori ipſi commiſſa eſt, vt Vlpianus hic ſubiicit. Noua igitur ſtipulatione opus eſt vt actionem habere dominus poſſit.

Ratio decidendi. Procuratori quidem non domino committitur ſtipulatio, vt ait Vlpianus, ideóque nulla actio directa domino competit, ſed vtilis tantùm, Niſi ponas coactum procuratorem domino cedere & præſtare actionem ſibi ex ea ſtipulatione quæſitam ad quod ſanè cogi poteſt mandati actione *lege poſſeſſio* 49. §. *vltimo de acquirend. poſſeſſ.* tamen placet. Sed tamen placuit Triboniano ex æquitatis prætextu & circuitus, vt puto euitandi gratia dare domino vtilem etiam ſine ceſſione actionem, quaſi ſtipulatio à procuratore tanquam procuratore interpoſita hoc ipſo ad domini potiùs quàm ad procuratoris perſonam & vtilitatem referenda ſit, argument. *lege penultima. ſuprà ſi quis cautiom. lege quoties quis alium* 81. §. 1. *de verborum obligatione.* Dico ſic placuiſſe Triboniano non Vlpiano, quia ex iuris ratione nulla poteſt actio quæri domino ex ſtipulatione procuratoris, id eſt, ne vtilis quidem, *l.* 1. *C. per quas perſon. nob. acquir.* niſi cùm procuratori præſentis domini cautum fuit *lege ſi procuratori* 79. *eod.* aut cùm procurator ex re domini mandato non refragante ſtipulatus eſt *lege quod procurator* 68. *infrà hoc titulo.* vbi dicam. Et Triboniani manum inſcitiámque produnt manifeſtè verba illa vltima huius paragraphi. *directa penitus tollenda.* Qua enim auctoritate potuiſſet Vlpianus tollere actionem directam ipſo iure competentem? Potuit tamen Tribonianus agens vt ſolet agere Imperatorem & reſpiciens ni fallor ad Iuſtiniani conſtitutionem in *l.* 2. *C. per quas perſon.* vbi tamen quod dicitur non fuiſſe neceſſariam olim ceſſionem non ad actionem ex ſtipulatu pertinet, ſed ad certi condictionem ex mutuo, quæ nobis acquiritur per procuratorem, ſi is pecuniam noſtram noſtro nomine mutuam dederit, quia nimirum ex re naſcitur ea actio, non etiam ſi fuerit ſtipulatus *l.* 2. *Cod. ſi certum petat.* Scripſi latiùs *libr.* 2. *Conieciur. cap.* 4. Niſi quod eo loco verba dumtaxat illa vltima Triboniano adſcripſi, cui nunc totum hunc paragraphum puto adſcribendum ſiue priora illa intueor *ſtipulationem à reo factam*, ſiue tam multos caſus cumulatos iámque anxiè conquiſitas Iureconſultorum auctoritates adiectis etiam illis verbis *& hoc iure vtimur*, mox iſtis *& verius eſt.* ruſſum illis *& hæc vera ſunt:* itémque repetitis, ſed etſi iunge quæ dicam ad *l. ſeq.*

b *Sed etſi à domino vel a procuratore in procuratorem iudicium transferatur.* Intellige quod fuerat priùs conſtitutum vel cum ipſo domino, vel cum alio eius procuratore nunc mutato. Hic verò caſus dubitabilior eſt, quia difficilius videtur vt procuratoris vnius ſtipulatio committatur iudicio tranſlato in alium procuratorem, quàm ſi tranſlatum eſſet in dominium. Siquidem facilius eſt vt procuratoris factum pro facto domini accipiatur, quam pro facto alterius procuratoris. Sed reſponderi pro Triboniano poteſt diuerſos eiuſdem domini procuratores pro eodem haberi poſſe, quia vnius domini perſonam repræſentant.

28. IDEM libro 1. Diſputationum.

SI procurator meus *indicatum ſolui* ſatis acceperit: mihi ex ſtipulatu actio vtilis eſt, ſicuti iudicati actio mihi indulgeretur [a]. Sed & ſi egit procurator meus ex mea ſtipulatione, me inuito [b], nihilominùs tamen mihi ex ſtipulatu actio tribuitur [c]: quæ res facit, vt procurator meus [d], ex ſtipulatu agendo, exceptione debeat repelli [e]: ſicuti eùm agit iudicati [f] non in rem ſuam datus [g], nec ad eam rem procurator factus. ¶ Per contrarium autem, ſi procurator meus iudicatum ſolui ſatiſdederit [h], in me ex ſtipulatu actio non datur. Sed & ſi defenſor meus ſatiſdederit, in me ex ſtipulatu actio non datur: quia nec iudicati mecum agi poteſt.

Ad l. Si procurator 28.

a *Mihi ex ſtipulatu actio vtilis eſt, ſicuti iudicati actio mihi indulgeretur.* Ratio dubitandi. Ex procuratoris ſtipulatione nulla poteſt actio quæri domino ſine ceſſione *l. poſſeſſio* 49. §. *vlt. de acquir. poſſeſſ. l.* 1. *Cod. per quas perſon. nobis acquir. niſi in caſu l. quod procurator* 68. ⁊. *hoc tit. l. ſi procuratori* 29. *de verb. oblig.* Ergo ex ſtipulatione iudicatum ſolui à procuratore interpoſita non poteſt domino actio dari.

Ratio decidendi. Stipulatio iſta iudicatum ſolui, cùm ſit prætoria, recipit interpretationem ex mente prætoris *lege in conuentionalibus* 52. *de verb. oblig. l. in prætoriis* 9. *de præt. ſtipul.* Prætor autem non alia de cauſa iubet eam interponi quàm vt iudicati executio ſit paratior. Ergo vt ei competat actio ex ſtipulatione, cui competeret actio iudicati. Atqui ex iudicato daretur actio domino, non procuratori ad iudicium dato, niſi in rem ſuam datus ſit *l. item eorum* 6. §. *vlt.* ⁊. *tit. prox.* quia licèt per conteſtationem factus ſit dominus litis, non tamen dominus eſt rei in litem deductæ, ideóque nec ei ſolui poteſt *leg. hoc iure* 86. *de ſolut.* Ergo nec mirum eſt vtilem actionem ex ea ſtipulatione acquiri domino, cuius ſolius res agitur & vtilitas ſpectatur *leg. penultima* ⁊. *ſi quis cautiom.* Non tamen erit bona conſecutio, ſi è contrario inferas. Nullam igitur ex huiuſmodi ſtipulatione actionem competere procuratori, cui nec actio iudicati daretur. Plus enim iuris habet quod ad actionem ex ſtipulatu procurator, qui ſtipulatus eſt, quàm quod ad actionem iudicati, quia in ſtipulatione factum eius verſatur, in iudicato verò non item, ſed factum ſolius iudicis, qui porrò pronunciat de iure non procuratoris, ſed domini.

b *Sed etſi egit procurator meus ex mea ſtipulatione, me inuito.* Ratio dubitandi. Directa actio quæ poſſit procuratori competere, penitus nulla eſt, vt apparet ex poſtremis verbis legis præcedentis. Atqui nemo agit ſine actione *leg. ſi pupilli* 6. §. *vlt. de negot. geſt.* Ergo non poteſt meus procurator agere ex eiuſmodi ſtipulatione, præſertim me inuito.

Ratio decidendi. Non poteſt fieri, vt qui vtiliter ſibi ſtipulatus eſt, non acquirat ſibi ex ea ſtipulatione actionem directam. Aut enim ſtipulatio non valet, aut vt ea quæratur ſtipulatori actio neceſſe eſt. Atqui valet ſtipulatio iudicatum ſolui interpoſita per actoris procuratorē,

eáque

eáque ſic interponi debet, vt procurator ſibi, non domino ſtipuletur. Alioquin eſſet omnino inutilis ſtipulatio procuratoris, quæ in domini perſonam collata eſſet, *l.1. Cod. per quas perſonas nobis acquir.* Fieri ergo nequit vt non habeat procurator directam ex ea ſtipulatione actionem, nec proinde vt non poſſit ex ea agere, ſi velit, etiam me inuito, quia quominus vtatur quis actione ſibi iure ipſo competente, prohiberi à nemine poteſt. Hincque apparet tantò manifeſtius verum eſſe quod *ad l.praeced.* adnotauimus, Triboniani eſſe, non Vlpiani poſtrema illa verba, *directa penitus tollenda*, quæ ſanè penitus tollenda ſunt.

c *Nihilominùs tamen mihi ex ſtipulatu actio tribuetur* ſcilicet vtilis, de qua initio legis.

Ratio dubitandi. Etſi eadem ſtipulatio interdum poteſt pluribus acquirere actionem etiam directam, vt in duobus correis ſtipulandi, non ideò tamen fit vt ex ea plures agere poſſint, ſed primi occupantis melior conditio eſt, & vnius actio alterius actionem conſumit, *l.2. & 3. §.1. de duob.reu.* Idémque eſt pluribus procuratoribus in ſolidum ſimul datis, *l. pluribus 32. infr.hoc tit.l.ſi Titius 9. de verb. oblig.* Nec enim vna ſtipulatio ſæpiùs committi poteſt, *l. cùm quærebatur 13.l.vltim.iudic.ſolui.* multóque minùs eadem actio ſæpius exerceri, cùm neceſſe ſit eam conſumi per conteſtationem propter nouationem, quam conteſtatio inducit, *l.vltim Cod.de exec.rei iud.l.delegare 11.§.1.l.aliam 29.de nouat.l.3.C.eod.* Ergo fieri nequit vt ſi procurator meus ex ea ſtipulatione egerit me inuito, nihilominùs ex eadem ſtipulatione actio vtilis mihi tribuatur.

Ratio decidendi. Bona eſſet ratio, ſi directa illa actio, quæ competit meo procuratori, etiam me inuito, efficax eſſet. Atqui non eſt efficax, quia ſummoueri poteſt & debet per exceptionem doli mali, vt ſequitur apud Vlpianum. Etſi enim ſemel tantùm committitur, tamen eodem inſtanti quo directa actio naſcitur procuratori, vtilis etiam naſcitur domino, quæ per directam inutilis fieri nec poteſt nec debet.

d *Quæ res facit vt procurator meus.* Ratio dubitandi. Actio directa maior & plenior eſt quàm vtilis, & ideò nunquam damus vtilem ei qui habet directam, *l.ſi hæres 70.in princip ad S.C.Trebell.* Atqui maior obligatio ſemper tollit minorem, *l.ſi reus 13.de duobus reis l.ſi duo 93. de ſolut.* Ergo directa quæ competit procuratori tollit vtilem domino dandam.

Ratio decidendi. Plenior quidem & maior obligatio tollit minorem cùm vtraque concurrit in vnam eandémque perſonam, vt ſi reus fideiuſſori, vel fideiuſſor reo hæres extiterit, *l. cùm reus 14. de fideiuſſ.* vel fideiuſſor creditori, vel reus, aut contrà, reo vel fideiuſſori creditor, *l.hæres à debitore 21.eod.* Sed cùm directa actio eſt in perſona vnius, vtilis verò in perſona alterius, ſemper vtilis præferenda eſt directæ, quia directam inutilem & inefficacem eſſe nihil prohibet, vtilem verò inutilem eſſe implicat contradictionem, *leg. procuratore 55. infr. hoc tit.* Sic iam olim quoties dominus bonitarius concurrebat cum quiritario, bonitarius præferebatur, vt eſt apud Vlpianum in fragmentis, *tit.19.de acquiſit.rer.*

e *Exceptione debeas repelli.* ſcilicet doli, & ita demum ſi agat domino inuito. Dolo enim facere videtur qui ex ea ſtipulatione agit, ex qua ſi ei ſoluatur non poſſit liberatio contingere ſoluenti, vt in *l. ſi cum emptore 16. de pact.l. ſi pecunia 77. de legat. 1.*

Ratio dubitandi. Non facit dolo qui iure ſuo vtitur, *l.nullus videtur 55. de reg.iur.* Atqui procurator hic ſuo iure vtitur, cùm agit directa actione competente ſibi ex propria ſtipulatione. Ergo non eſt repellendus doli exceptione.

Ratio decidendi. Vtitur quidem ſuo iure procurator, qui agit huiuſmodi actione directa ex propria ſtipulatione, ſed facit contra naturalem æquitatem qui per occaſionem iuris ciuilis velit exto: quere ſolutionem ab eo quem liberare non poſſit, ac proinde qui ſi ei ſolueret manſurus eſſet in damno. Quæ res doli exceptionem ſolet inducere, *l.1.de doli mal.except.*

f *Sicuti cum agit iudicati.* Mallem legere *non agit.* Nam procurator qui nec in rem ſuam procurator datus, nec in eam rem ſpecialiter procurator factus eſt, non poteſt agere ex iudicato, *leg. hoc iure 86. de ſolut.* nec iudicati actio ei ex edicto datur, *l.item eorum 6.§.vlt.infr.tit prox.* Nullus ergo exceptioni doli locus eſſe poteſt, cùm exceptio quælibet præſupponat actionem, *l.1. 2. & paſſ. de except.* Iunge quæ dixi ad princip.huius legis.

g *Non in rem ſuam datus.* Ratio dubitandi. Sententia ferri debet inter eos qui litem conteſtati ſunt, *l. de vnoquoque 47. de re iudic.* Atqui litem conteſtatus eſt procurator non dominus, & ex eo tempore factus eſt dominus litis, *l.procurat. 22 & ſeq.C.hoc tit.* Ergo contra ipſum procuratorem aut pro ipſo procuratore ſententia ferri debet, & conſequenter dari ei actio iudicati, non domino. aut ſaltem non minùs quàm domino.

Ratio decidendi. Conteſtatio facit procuratorem dominum litis, ſed non negotij: lis autem finitur per ſententiam, *l.1. & 2.de iureiur. l. poſt rem iudicatam ſup. de tranſact.* Ergo iudicati actio ex ſententia non poteſt competere procuratori, niſi ad hoc ſpecialiter datus ſit aut in rẽ ſuam, quo poſteriore caſu, ideò poteſt agere iudicati, quia non tantùm litis, ſed etiam ipſius rei in litem deductæ, totiúſque negotij dominus inuenitur, *l.hoc iure 86. de ſolut.* iunct. *l.qui abſente 4. & l.qui ſtip.9. C.hoc tit.*

h *Si procurator meus iudicatum ſolui ſatiſdederit.* Ratio dubitandi. Contrariorum eadem ratio eſſe ſolet, *l. C.de cupreſſ.lib.11.tit. vlt.* Atqui ſi procurator meus iudicatum ſolui ſatis acceperit mihi actio ex ſtipulatu ſaltem vtilis tribuenda eſt, vt diximus initio huius legis. Ergo per contrariũ, ſi procurator meus iudicatũ ſolui ſatiſdederit in me ex ſtipulatu, actio ſaltẽ vtilis dari debebit. Eſt enim multò facilius, vt ex promiſſione mei procuratoris tenear ego qui ei mandaui, quàm vt ex ipſius ſtipulatione actio aliqua ſiue directa, ſiue vtilis mihi acquiratur.

Ratio decidendi. Hac nimirum ratione motus puto abundare negationem in illis verbis, *in me ex ſtipulatu actio non datur.* Nam Vlpianum noſtrum idem iuris vtroque caſu conſtituere voluiſſe indicat illa connexio. *per contrarium autem.* Deinde ratio iuris manifeſta hoc euincit. Nam cùm procurator meus ſatis accepit iudicatum ſolui, danda ideò mihi eſt vtilis actio ex ſtipulatu, quoniam actio iudicati mihi datur, & quidem directa non vtilis, quia ſoli mihi datur, non etiam meo procuratori. Eadem igitur ratione, cùm procurator meus iudicatum ſolui ſatiſdedit danda eſt in me vtilis actio ex ſtipulatu quia & directa actio iudicati contra me ſolum competere poteſt, non etiam contra meum procuratorem, niſi in caſu, *l.31.infr.* ſicuti nec competit contra tutorem, *l.2.de adm.tut.* cuius tamen perſona magis repræſentat, vt ita dicam, pupilli perſonam quàm procuratoris perſona repræſentet perſonam domini. Interpretem fefelliſſe videtur, vt hanc negationem adderet, quod ſubiicitur ſi defenſor meus ſatiſdederit actionem ex ſtipulatu in me non dari: ſed euidens eſt ratio diuerſitatis inter defenſorem, & procuratorem. Nam cùm defenſor meus condemnatus eſt, iudicati actione mecum agi non poteſt ne vtili quidem. At procuratore meo condemnato, iudicati agi mecum poteſt, quia procuratoris mei factum quodammodo meum reputatur, non etiam defenſoris mei, *l.procurator 11. de doli except.* Habet enim procurator meus mandatum à me, defenſor meus non habet: ideóque ex promiſſione defenſoris mei qui iudicatum ſolui ſatiſdedit nulla in me actio ex ſtipulatu danda eſt ne quidem vtilis, at ex promiſſione mei procuratoris danda eſt in me non directa quidem, ſed vtilis. Quare nec placet vt ſic legamos, *ſed etſi defenſor meus*, at potius *ſed ſi.* Addita enim fuit coniunctio, vt credibile eſt, ab eo ipſo

qui addit negationem, cùm putaret ille procuratoris & defenſoris eandem hac parte rationem eſſe, quæ apertè diuerſa eſt, vt conſtat ex *l. ſi ad defendendum* 10. *iudic. ſolui.l. Plautius.* 61. *infra hoc tit.*

29. IOAN lib. 9. ad Edictum.

SI actor malit dominum potiùs conuenire, quàm eum, qui in rem ſuam procurator eſt: dicendum eſt ei licere.

Ad l. Si actor 29.

Ratio dubitandi, procurator in rem ſuam omnimodo præferendus eſt domino in agendo, *l. procuratore.* 55. *infra hoc tit.* Ergo & in defendendo vt eadem ſit ratio contrariorum.

Ratio decidendi. Præfertur procurator in rem ſuam domino ad agendum, *d. l. procuratore.* Ne alioqui fiat ei iniuria ſi domino poſtponatur, cùm rem ſuam perſequatur. Præſertim cùm neque ex eo deterior fiat conditio rei, cuius nihil intereſt à quo conueniatur aut cui ſoluat ſi modò liberetur. Sed in excipiendo non eſt omnimodo præferendus inuito actore, vt cogatur ille in procuratorem potiùs quàm in dominum experiri, quoniam id fieri non poſſet citra iniuriam actoris, cuius poteſt intereſſe vt contra dominum agat potiùs quàm contra procuratorem. & cui tamen non potuit nocere debitor conſtituendo procuratorem, vt nec aliud quicquam faciendo, *l.* 27. *ſup. eod. l.* 1. *de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l.* 2. *quod vi aut clam.*

30. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

ACtoris procurator non in rem ſuam datus [a] propter impenſas, quas in litem fecit, poteſt deſiderare, vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat [b], ſi dominus liti ſoluendo non ſit [c].

Ad l. Actoris 30.

a *Non in rem ſuam datus.* Nam qui in rem ſuam procurator datus eſt, non poteſt impenſas quas fecit repetere. Earum namque impenſarum repetitionem quis habere debet, quas in rem alienam fecit, non quas in rem ſuam: nec enim verendum eſt ne per huiuſmodi impenſas vnus ex alterius damno locupletetur, quæ tota ratio eſt concedendæ repetitionis expenſarum, *l. planè* 38. *de petit. hered.*

b *Poteſt deſiderare vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat.* Ratio dubitandi. Nulla actio pro expenſarum repetitione competit, niſi contraria mandati, *l. idémque* 10. §. *idem Labeo. l. ſi verè* 12. §. *contrario mandat.* Atqui contraria mandati actio nullum habet priuilegium tacitæ hypothecæ, quod nec habet directa. Non igitur poteſt deſiderare procurator, vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat potiùs quàm ex aliis rebus, ſiue dominus ſoluendo ſit, ſiue non ſit.

Ratio decidendi. Poteſt deſiderare vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat, non quaſi iure tacito pignoris verè obligata ſint ei vel generaliter bona domini, vel ſpecialiter commoda iudicationis, ſed quia vtrumque mandati iudicium & directum & contrarium bonæ fidei eſt. Bona verò fides poſtulat, vt eo ſaltem caſu quo dominus ſoluendo non eſt, indemnitatem conſequatur procurator ex iudicatione, non quidem eo tempore quo iudicati executio iam facta ſit, eiúſque commodum in bonis domini eſſe cœperit, (nec enim id fieri poſſet citra iniuriam aliorum creditorum etiam chirographariorum) ſed ante ſecutam executionem, & eo tempore quo æquius eſt indemnitatem ex iudicatione conſequi procuratorem quàm vel dominum quem ponimus ſoluendo non eſſe, vel alios creditores, qui in pecunia, quæ ex iudicati executione ſperatur, nihil vnquam iuris habuerunt, quique licet omnia ſi voles debitoris ſui bona titulo pignoris obligata habuerint, & conſequenter actionem ipſam quam procurator exercuit, hunc tamen actionis effectum & fructum nunquam habuiſſent, niſi procurator impenſas feciſſet, quas nunc vult repetere. Fructus enim cuiuſque rei intelliguntur deductis impenſis ad eos percipiendos, factis etiam in perſona prædonis. *l. ſi à domino* 36. *vlt. de hæred. petit. l. quod in fructus* 36. *de vſur.* Nec debent cæteri creditores ægrè ferre, quòd iis præferatur procurator, cuius pecunia ſaluam fecit totius pignoris cauſam. Nam & hæc ratio datet procuratori priuilegium prælationis aduerſus cæteros omnes hypothecarios creditores, etiam poſt iudicationis commodum debitori eidemque victori acquiſitum, ſi fieri poſſet vt ius prælationis in pignore haberet is qui nihil de pignore conueniſſet, *l. huius* 6. *qui potior. in pign. hab. iunct. l.* 3. *quarum pign. obl. poſſ.* Ratio ergo bonæ fidei facit, vt quamuis nullum pignus hîc reuera ſit, tamen quaſi pignus aliquod conſtitutum videatur, vt in *l. Iulianus* 13. §. *offerri. de action. empt.*

c *Si dominus litis ſoluendo non ſit.* Semper enim cauendum eſt quantum fieri poteſt, ne periclitetur propter debitoris inopiam is cui indemnitatem præſtari æquum eſt. Alioqui actionem ei ſuam adimis, cùm facis vt ea per debitoris egeſtatem inanis & illuſoria reddatur, *leg. nam is* 6. *de dolo.*

Ratio dubitandi. Cùm dominus ſoluendo non eſt, non tam intereſt domini quàm creditorum ne procuratori ex iudicatione ſatisfiat, cum tanto minùs futurum ſit in bonis debitoris vnde indemnitatem conſequatur. Atqui non debet fauor procuratoris trahi ad aliorum iniuriam, cùm debeat ille ſibi imputare cui mandatum ſuſceperit, non autem ſimiliter poſſit imputari cæteris creditoribus cur eorum debitor hunc conſtituerit procuratorem. Minor igitur ratio eſt, vt procuratori non ſuccurratur cùm dominus ſoluendo non eſt, quàm ſi ſoluendo eſſet, quo caſu neque creditorum neque domini quicquam intereſſet.

Ratio decidendi. Satisfit procuratori ex iudicatione antequàm redacta ſit pecunia, quæ cœperit eſſe in bonis debitoris, & rurſum eo æquitatis iure, quòd non habuiſſent creditores paratam executionem, niſi laboribus & ſumptibus procuratoris parta fuiſſet, vt proximè diximus, arg. *l. minor annis* 40. *de minor.* iunct. *l. quod ſi minor* 24. §. *Scæuola eod.* Nec eſt contrarium quod ab initio non poſſet procurator paciſci, vt pars aliqua eius quod ex ea lite datum eſſet ſibi præſtaretur, *leg. litem* 15. *C. hoc tit.* Aliud enim eſt paciſci de quota parte litis, quod eſt prohibitum, aliud verò de conſequenda ſumptuum & ſalariorum indemnitate ex euentu, & emolumento victoriæ, quod vtique licet, *l. ſumptus* 53. *ſupr. de pact. leg. ſalarium* 7. *mandat.* Quanquam & nos eum caſum tractamus quo pactum præceſſerit: quæ res facit vt tantò magis procuratori ſuccurri oporteat, qui nullum niſi in bona fide ſibi putauit quærendum auxilium.

31. VARIANVS

31. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

SI quis, cùm procuratorio nomine condemnatus eſſet, hæres extiterit domino litis [d]: iudicati actionem non rectè recuſabit, hoc ſi ex aſſe, ſin autem ex parte hæres extiterit [e], & totum ſoluerit: ſi quidem ei mandatum eſt hoc quoque, vt ſoluat, mandati actionem aduerſus cohæredes habebit: ſi non ſit mandatum, negotiorum geſtorum actio datur.

¶ Quod eſt, & ſi heres [f] procurator non extiterit, & ſoluerit.

Ad l. Si quis cùm 31.

Ratio dubitandi. Iudicati actio aduerſus condemnatum naſcitur ex ipſo inſtanti condemnationis, licèt executio humanitatis gratia in certum vſque tempus, quod condemnato indulgeri placuit, differatur, *l. vlt. C. de exec. rei iud. l. cùm militis 16. §. 1. de compenſat.* Ergo non aduerſus alium poteſt dari executio iudicati quàm contra quem dari deberet ipſo die ſententiæ. Atqui non poſſet dari eo die contra illum qui non niſi procuratorio nomine condemnatus fuit, ſicut nec procurator qui obtinuit iudicati agere poteſt, *l. 28. ſupr. eod. l. hec iure 86. de ſolut.* Ergo neque ex poſtfacto dari debet, etiamſi procurator hęres extiterit domino: non enim ſuperueniens caſus mutat formam ſententiæ aut iuriſdictionis, ſicut nec ſtipulationis in ſpecie, *l. ſi ante 7. iudic. ſolui.*

Ratio decidendi. Cùm procurator hæres extitit domino, cenſetur non tantùm procuratoris iure, ſed etiam domini in cuius locum & iura ſucceſſit. Atqui dominus non poſſet recuſare, quamuis non fuiſſet ipſe condemnatus, ſed ſolus procurator: ergo multò minùs procurator, qui & condemnatus eſt, & domini perſonam repræſentat, arg. *l. poſtulante 44. verſ. cæterum ad SC. Trebell.* Nam nec alius hæres quilibet recuſare poſſet. Alia ratio eſt ſtipulationis iudicatum ſolui. *d. l. 7.*

d *Domino litis.* Puto abundare dictionem *litis.* Nec enim lis vlla eſt poſt rem iudicatam, & ob id nec dominus quiſquam litis. Qui ſi aliquis eſſet is ſanè eſſet procurator, qui factus fuit dominus litis per conteſtationem, *l. procuratores 22. & l. ſeq. C. hoc tit.* Semel enim factus dominus litis non poteſt deſinere quandiu lis ſubeſt.

e *Sin autem ex parte hæres extiterit.* Ratio dubitandi. Inter cohęredes comparatum eſt iudicium familiæ erciſcundæ ad mutuas omnes præſtationes, *l. 1. & tot. tit. famil. erciſc. D. & C.* Nihil ergo eſt quod hîc de mandati vel negotiorum geſtorum actione tractari debeat.

Ratio decidendi. In iudicio familiæ erciſcundæ veniunt ea tantùm quæ hæredes ſibi inuicem debent ex cauſa hæreditaria, & tanquam hæredes, vt puta ſi quis ex hæredibus communi omnium cohæredum nomine id fecerit, ſine quo non potuiſſet partem ſuam adminiſtrare & expedire, *l. ex part. 39. in princip. famil. erciſc.* At in propoſito caſu nihil tale eſt. Nec enim hic procurator idémque ex parte hæres cogebatur totum ſoluere, aut quicquam ſupra partem ſuam, cùm actiones omnes hæreditariæ ipſo iure, & per legem 12. tabul. diuidantur inter cohæredes omnes pro hæreditariis portionibus, *l. 1. C. ſi cert. pet.* Neceſſe igitur eſt vt indemnitati ſuæ conſulat, vel per actionem mandati ſi mandatum interceſſit, vel per actionem negotiorum geſtorum nullo mandato interueniente, *l. filia cuius 18. in fi. l. in fam. 20. C. fam. erciſc.*

f *Quod eſt & ſi hæres.* Senſus eſt idem iuris eſſe cùm procurator nulla ex parte hæres eſt, qui totum ſoluit, diſtinguendum ſcilicet eſſe an aliquod mandatum interuenerit, necne, vt priore caſu habeat mandati actionem in hæredes. Poſteriore verò actionẽ negotiorum geſtorũ.

Ratio dubitandi. Fuerat ille condemnatus quamuis procuratorio tantùm nomine. Ergo præſumendus eſt ſuo nomine ſoluiſſe non alieno, & conſequenter nullam debet habere repetitionem: quia quod quis ſuo non alterius nomine ſoluit non liberat debitorem, *l. ſi qui poſſeſſor 31. de hæred. petit. l. Papinianus 28 mandat.*

Ratio decidendi. Ea ſolutio non proficit procuratori qui nihil debuit cùm ex iudicati actione non potuerit conueniri, quique etiamſi per iuris aut facti errorem debere ſe putaſſet, non tamen poſſet repetere à creditore qui ſuum recepiſſet, ex reg. *l. repetit. 44. de condict. indeb.* Proficit ergo hæredibus condemnati, quibus ſaltem per doli exceptionem ſuccurritur ſi victor qui ſolutionem à procuratore conſecutus eſt aduerſus eos agere pergat. Quæ res parit ei actionem non ſolùm mandati ſi mandatum interuenerit (de quo dubitari non poteſt) ſed etiam negotiorum geſtorum ſi mandatum nullum interceſſit. Neque enim dubitari poteſt quin alterius negotia vtiliter geſſerit is, qui ei quæſiuit exceptionem doli aduerſus creditorem, arg. *l. procurat. 8. §. 1. rat. rem haber. l. quo enim 12. §. penultim. in fin. eod.*

1 ¶ Vnius litis plurium perſonarum plures dari procuratores, non eſt prohibitum.

Ad §. 1. Vnius litis.

Ratio dubitandi. Quoties de eadem re plures litigant neceſſe habent vnum eundémque procuratorem dare, ne defenſio per plures ſciſſa incommodo aliquo actorem afficiat, *l. iam tamen 5. §. penul. iudic. ſolui.* Idem ergo dici debet pro reo ſi plures ſint actores, ne melioris conditionis ſit actor quàm reus, contra *l. non debet cui 41. l. fauorabiliores 125. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Melior eſt hac parte conditio plurium actorum quàm reorum, aut vt dicam melius quàm plurium eiuſdem rei fideiuſſorum, vel hæredum, de quibus agitur in *d. §. pen.* Plures enim vnius rei ſiue fideiuſſores ſiue hæredes vnius tantùm perſonæ loco habentur, cuius obligatio fuit indiuidua, quique ad ſe vnum defendendum diuerſos procuratores dare non potuiſſet. Nec igitur ipſius fideiuſſoribus aut hęredibus id permittendum erit, ne defuncti obligatio ex perſonis hæredum aut fideiuſſorum immutetur, *l. 2. §. ex his, de verbor. oblig.* Nec enim quiſquam dixerit boni viri arbitrio defendi reum, ſi ita defendatur, vt durior actoris conditio fiat, certum autem eſt fieri duriorem, ſi in plures diuidatur defenſio. Ergo vnus tantùm procurator ab omnibus dari debet, vt & in *l. ſi familia 48. famil. erciſc. l. quòd ſi nolit 31. § ſi plures de ædil. edict.* ne in plures aduerſarios diſtinguatur, qui ab initio vnum duntaxat habuerit aduerſarium, *l. 2. de exercit. act. l. vlt. in fin. rem pup. ſalu. for.* Actorum alia ratio eſt. Nunquam enim plures actores vnius vicem ſuſtinent, quotieſcunque & proprio nomine & ad proprium commodum ſinguli agunt. Nec cauent de re petenda quomodo reus de re defendenda, ſed agunt quando & quomodo volunt, cùm ſatis dura ſit actoris cuiuſlibet conditio hoc ipſo, quod actoris partes ſuſtinet, *l. ſi priuſquàm 15. in fin. de oper. noui nunciat.* Proinde cogendi non ſunt, vt litigent per vnum procuratorem. Quid ergo ſi ab initio plures ſint rei vnius litis? Vix ſanè eſt vt non tot lites eſſe videantur, quot ſunt rei. Sed etiamſi vna lis eſſet, ſi tamen poneres ſingulos reos cauiſſe de re defendenda per ſtipulationem iudicatum ſolui, nec vnam pro omnibus cautionem ſufficere, plures quoque procuratores ab iis dari poſſe poſſe non dubitarem, ex hoc §. vnitas igitur aut multiplicitas cautionis illa eſt ex qua æſtimari debet.

2 ¶ Iulianus ait, eum, qui dedit diuerſis temporibus procuratores duos: poſteriorem dando, priorem prohibuiſſe videri.

Ad §. 2. Iulianus.

Ratio dubitandi. Nihil vetat plures procuratores ſimul in ſolidum dari, ita vt occupantis melior conditio ſit, nec poſterior ſit in eo quod petiit prior procurator, vt Paulus ſcribit in *l. ſeq.* Ergo & ſi diuerſis temporibus duo procuratores dati ſint, non videbitur dominus poſteriorem dando priorem prohibuiſſe.

Ratio decidendi. Multum intereſt an plures procuratores ſimul dentur, an diuerſis temporibus. Si ſimul non poteſt videri vnus ante alium conſtitutus, aut per alium reuocatus, cùm ſinguli tantundem iuris habeant, vt dici ſolet, cùm plures obligationes pares & æquales in vnã perſonam concurrunt, non poſſe ſciri vtra per alteram perimatur, *l. ſi reus* 13. *de duob. reis*. Sed cùm diuerſis temporibus conſtituti ſunt, & quidem in ſolidum ſinguli, apparet manifeſtè voluntatem conſtituentis eam fuiſſe, vt prior non eſſet amplius procurator cùm fieri nequeat, vt plures ſint procuratores in ſolidum ex quo vnus occupauit, aut vt meliùs dicam ex quo ſciri cœpit vter debeat præferri alteri. Atqui ſicut certum eſt eum præferri debere, qui occupauit ſi plures eodem tempore in ſolidum fuerint conſtituti, ita & potiorem illius cauſam eſſe qui poſterior conſtitutus fuit, quoniam in iis quæ ambulatoriam admittunt hominis voluntatem poſterior actus ſemper vincit priorem, vt in teſtamentis, codicillis donationibus cauſa mortis, mandatis & ſimilibus, *l. 4. de adem. l. cùm hic ſtatus* 32. *§. pœnitentiam de don. int. vir. & vxor. l. ſi quis in princ.* 25. *de lega.* 3. vt è contrario in cæteris quæ voluntatis mutationem, & pœnitentiam non recipiunt prior actus ſi ſit validus, ſemper vincit poſteriorem, *l. ſicut* 5 *l. ſiquidem* 8 *C. de oblig. & action.* Prior igitur procurator per poſterioris conſtitutionem reuocatus intelligitur, quia mandatũ finitur quacũque contraria voluntate, *l. ſi verò* 12. *ſup. pen. mand.* Et ob eam cauſam hodie qui iam conſtituto aliquo procuratore alium conſtituunt ſubiicere clauſulam, *ſine prioris reuocatione*, quæ clauſula facit, non vt plures ſint eiuſdem hominis in eadem re in ſolidũ procuratores, quod fieri poſſe iam negauimus, ſed vt prior non intelligatur per ſolam poſterioris conſtitutionem reuocatus, ita vt occupando poſſit facere ne poſterior in eo negotio in quo prior occupauerit, conſtitutus videatur. Vno enim occupante deſinit alius eſſe procurator, vt ſcriptum eſt in *l. ſeq.*

32. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

PLuribus procuratoribus in ſolidum ſimul datis, occupantis melior conditio erit a: vt poſterior non ſit in eo, quod prior petit, procurator.

Ad l. Pluribus 32.

Ratio dubitandi. Non poteſt fieri vt procuratores plures ſimul nominentur, ſed alium priorem, alium poſteriorem nominari neceſſe eſt. Atqui dominus nominando poſteriorem procuratorem, hoc ipſo videtur prohibuiſſe priorem, vt diximus in *§. vlt. l. præced.* Nunquam ergo fieri poteſt, vt pluribus procuratoribus ſimul & in ſolidum datis potior eſſe non debeat is qui poſterior nominatus fuit, *l. quoties* 34. *de vſufr. l. generaliter* 24. *§. quid ergo de fideic. libert. l. ſi quis habens* 24. *qui & à quib. manũ.*

Ratio decidendi. Solus ordo ſcripturæ non poteſt immutare rationem iuris ac voluntatis, *l. cùm pater* 77. *§. fidei tua de legat.* 2. Cùm ergo voluntas eius qui plures procuratores ſimul, & in ſolidum conſtituit, ea ſit, vt omnes & ſinguli ſint procuratores, non poteſt melior eſſe conditio eius qui poſterior, quàm qui prior nominatus fuit, ne fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiſcitur. Et quamuis ſimul nominari non poſſint, non ideò tamen diuerſis temporibus nominati intelliguntur, ſed illi demum qui ſeparatim, & in quos ſolos cadit quod ſcriptum eſt in *l. præced.*

a *Occupantis melior conditio erit.* Ratio dubitandi. Voluntas domini ea fuiſſe proponitur, vt eſſent ſinguli in ſolidum procuratores, non vt occupantis melior eſſet conditio. Atqui mandatum ex voluntate proficiſcitur, non ergo in poteſtate alterutrius procuratorum eſſe debet, vt occupando tollat ius alterius, qui æquè procurator conſtitutus fuit. Nemo enim facto ſuo ius alterius lædere poteſt, *l. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. Creditor* 71. *§. penul. de fideiuſſ.*

Ratio decidendi. Non eſt in domini arbitrio & poteſtate, vt plures ſint in eodem negotio & eiuſdem hominis in ſolidum ſinguli procuratores, non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum domini, *l. 5 §. ſi duobus vehiculum commod.* cùm procurator quaſi dominus conſtituatur, adeóque verè dominus litis fiat per conteſtationem, *l. procuratoribus* 22. *& ſeqq. C. hoc tit.* Alterutrum igitur neceſſe eſt inuito quoque domino euenire, vt vel mutuo ſe impediant, vt in *d. l. quoties* 34. *in princip. de vſufr. l. qui ſoluendo* 42. *cum l. ſeq. de hered. inſtit. l. huiuſmodi* 84. *§. vlt. de l.* 1. vel melior ſit conditio occupantis, vt in *l. ſi quis à multis* 14. *de noxal. act. l. ſi Titius* 9. *de verb. oblig. l. 2. l. 3. §. 1. de duob. reis.* Atqui prior ſententia eſſet abſurda quæ faceret vt procuratorem nullum haberet is, qui plures conſtituiſſet. Neceſſariò igitur poſterior ſequenda eſt. An non ergo fieri poteſt, vt quis eodem tempore plures habeat procuratores? Imò poteſt, ſed ita vt coniunctim omnes ſint procuratores, nec quidquam ſit quod per vnum ex procuratoribus ſine aliis expendi poſſit: at non etiam vt ſinguli ſint procuratores in ſolidum, niſi hactenus vt ſinguli poſſint in ſolidum occupare.

33. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

SEruum quoque, & filiumfamilias, procuratorem poſſe habere aiunt, & quantum ad filiumfamilias, verum eſt a: in ſeruo ſubſiſtimus b: & negotia quidem peculiaria ſerui poſſe gerere aliquem, & hoc caſu procuratorem eius eſſe admittimus: quod & Labeoni videtur: actionem autem intendere vetamus c.

Ad l. Seruum quoque 33.

a *Et quantum ad filiumfamilias verum eſt.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. 8. in princ. ſupr. eod.*

b *In ſeruo ſubſiſtimus.* Ratio dubitandi. Seruus nihil proprium habere poteſt, nullúmque negotium quod ſit ſuum, cùm pro nullo habeatur, nec aut ciuili aut prætorio iure aut extra ordinem computetur, *l. quod attinet* 32. *de reg. iur. l. nullo modo* 7. *ad l.* Cornel. *de falſ.* Ergo non poteſt dare procuratorem ex definitione procuratoris poſita in *l. 1. ſupr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Seruus nulla quidem propria negotia habere poteſt, ſed habet tamen peculiaria & dominica, quæ ſicuti per ſeruum ipſum quantumuis legibus

inco

incognitum adminiſtrari poſſunt, quia adminiſtrare, & gerere negotia facti eſt non iuris, ita & per procuratorem à ſeruo datum, quia in peculio ſeruus pro aliquo habetur, ſicut & peculium ſerui proprium ipſius patrimonium eſſe intelligitur, *l. peculium 39. de pecul.* Ergo in ſerui negotiis peculiaribus procuratorem ab eo dari poſſe fatendum eſt, indéque vel maximè apparet dationem procuratoris non eſſe actum legitimum, alioqui nõ poſſet per ſeruum expediri qui legibus, vt dixi, omnino incognitus eſt. Sane procurator ab alio fieri ſeruus non poteſt, & ideò ſi quando dominus velit eum procuratorẽ habere, debet manumittere *l. ſi coll. 13. de manum. vind.*

c *Actionem autem intendere vetamus.* Ratio dubitandi. Multa negotia ſunt quæ ſine actione expediri non poſſunt. Ergo quemadmodum ſeruo permittitur, vt negotia peculiaria gerat, ita & vt poſſit agere ſi aliter expediri negotium non poſſit, arg. *l. 1. de iuriſdict.* Tantò magis quod vſus procuratorum ad hoc inductus eſt, vt per aliũ facere quis poſſit quod per ſe facere, vel nolit vel non poſſit, *l. 1. §. vſus ſupr. hoc tit.* Atqui non poteſt ſeruus per ſe agere, quia nec conuenire, nec conueniri poteſt, *l. quoties 13. ſi quis cantion.* Ergo permittendum eſt ſeruo, vt poſſit agere per procuratorem.

Ratio decidendi. Aliud eſt gerere & adminiſtrare negotia, aliud verò actionem intendere. Hoc iuris, illud facti eſt: eorum quæ iuris ſunt, prorſus ſunt incapaces ſerui, non etiam eorum quæ ſunt facti, *l. nec ſeruus 41. de pecul. l. qui heredi 44. de condit. & demonſt.* Nec eò magis tamen poteſt ſeruus ea quæ iuris ſunt peragere per procuratorem. Abſurdum enim eſſet quod per ſe facere non poſſit ob incapacitatem, & iuris prohibitionem vt per alium id facere ipſi liceat. Nam quod ſcriptum eſt in *d. §. vſus*, non ad iuris, ſed ad facti, vt ita dixerim impotentiam referendum eſt. Neque enim conſulendum fuit perſonis prohibitis, & omnino incapacibus, ſed neceſſitate rerum impeditis, *leg. non enim 16. ex quibus cauſ. maior.*

Vetamus. Verbum hoc Imperatoris eſt magis quàm Iureconſulti, & ideò ſuſpicor facilè Triboniani eſſe, vt & præcedentia illa *ſubſiſtimus, admittitur* Vix enim vſpiam alibi videas ſic loqui Iureconſultos. Sententia tamen loci non diſplicet. Nam quod ſcriptum eſt in *l. ab hoſtibus 15. ex quibus cauſ. maior.* eum qui in ſeruitute detinetur non poſſe habere procuratorem, non pertinet ad negotia peculiaria, nec ad ſeruum qui habeat peculium, ſed qui ab hoſtibus captus ſit.

1 ¶ Eum verò, qui de ſtatu ſuo litigat, procuratorem habere poſſe non dubitamus, non ſolùm in adminiſtratione rerum: ſed etiam in actionibus [d], quæ ei, vel aduerſus eum competant: ex poſſeſſione ſiue ſeruitutis, ſiue libertatis de ſuo ſtatu litigat. Ex contrario quoque eum procuratorem dari poſſe manifeſtum eſt.

Ad §. 1. Eum verò.

d *Sed etiam in actionibus.* Ratio dubitandi. Prius quærendum eſt de perſona quàm de iure, *l. quidam referunt 14. de iur. codicill.* Ergo cùm dubitatur de ſtatu perſonæ priùs eſt, vt ſciatur an liber ſit an ſeruus, quàm vt procuratorem dare poſſit ad agendum, cùm certi iuris ſit ſeruum, neque agere, neque conueniri poſſe, *l. quoties 13. ſi quis cantion.* neque in eam rem, aut dare, aut fieri procuratorem, vt proximè diximus.

Ratio decidendi. Fauor libertatis facit ne quiſquis de ſuo ſtatu litigat, interim conſtituatur in poſſeſſione libertatis, *l. lite 14. C. de liber. cauſ.*

e *Ex poſſeſſione, ſiue ſeruitutis, ſiue libertatis de ſuo ſtatu litigat.* Malo legere cum Haloandro *ſiue ex poſſeſſione ſeruitutis.* Senſus enim eſt, ſiue is de cuius ſtatu litigatur ex poſſeſſione ſeruitutis ſe vindicet in libertatem, ſiue ex poſſeſſione libertatis ab alio vindicetur in ſeruitutem habere interim eum ius dandi procuratoris, ſiue ad agendum, ſiue ad defendendum, adeóque contra illum etiam qui ſe dominum eſſe dicit, quoniam ordinata liberali cauſa is liberi loco habetur, *l. ordinata 24. infr. de liber. cauſ.*

Ratio dubitandi. Qualis quiſque eſt eo tempore quo lis incipit in eius ſtatus poſſeſſione retineri debet pendente lite quouſque alium ſe probauerit, & conſequenter remanere debet in poſſeſſione ſeruitutis, ſi in ea fuit tempore litis cœptæ, *l. mancor 4. C. ſi ſeruus export. vent.*

Ratio decidendi. Ordinata liberali cauſa in poſſeſſione libertatis conſtituitur is de cuius libertate agitur. & interim pro libero habetur, *d. l. ordinata. l. lite 14. C. eodem.*

ſed quod ad eam cauſam attinet dumtaxat non etiam quoad ad cætera, ideoque ſi interim aliquid acquirat, & poſteà ſeruus pronuncietur, acquirit domino etiam à quo poſſeſſus non fuit, *l. ſi cui 25. §. vlt. infr. eod. ult. tit.* Sed & hodie peculia eorum qui ex poſſeſſione ſeruitutis ſuper libera cõditione litigant in tuto pro diſpoſitione iudicis collocari, hoc eſt, ſequeſtrari voluit Iuſtin. *l. 1. §. ſuper peculio. C. de aſſert. tollend.* Notandum autem eſt quod Vlp. noſter ita ſcribit. *Ex poſſeſſione ſiue ſeruitutis*, non autem *in poſſeſſione*. Qui enim fuit in poſſeſſione ſeruitutis tempore litis cœptæ, is ex poſſeſſione ſeruitutis litigat, non etiam in poſſeſſione ſeruitutis, ſed in poſſeſſione libertatis, *leg. is autem 12. inf. ex quib. cauſ. maior.*

f *Eum quoque procuratorem dari poſſe.* Ratio dubitandi. Non habetur pro libero is de cuius ſtatu litigatur niſi propter fauorem debitum libertati, & vt in dubio potiùs pro eo quàm contra eum pronunciatur, *l. 3. §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Ergo quantum ad ipſius commodum attinet non quantum ad alios. Atqui vt procurator detur, ad alterius non ad ipſius vtilitatem pertinet. Ergo ſi ante liberalẽ cauſam ordinatã fuit hic in poſſeſſione ſeruitutis, non eſt ferendũ vt ab alio procurator dari poſſit.

Ratio decidendi. Quæ ad ſtatum & conditionem perſonæ ſpectant, eadem ſunt in omnibus & quod ad omnes, quia fieri nequit, vt eadem perſona diuerſo iure cenſeatur, *l. ex ea cauſa 9. ſupr. de poſtul. l. de ætate 43. infr. de minor.* Qui ergo in libertatis poſſeſſione eſt etiam contra dominum, multò magis quod ad alios omnes pro libero interim haberi debet, præſertim cùm ex eo quod procurator conſtituitur, nulla cuiquam fiat iniuria.

2 ¶ Publicè vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi [g], nam & in capitalibus iudiciis defenſio datur [h]. ¶ Vbicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt, & ordinarium admittere, quod ex reſcripto Imperatoris noſtri apparet.

Ad §. 2. Publicè.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. 1. §. vſus.*

g *A quibuſcunque defendi.* Supple potius quàm a nemine, *l. exigendi 12. C. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Non quilibet admittitur ad alterius defenſionem, etiamſi maximè velit, *l. minor. 51. in princ. & §. vltim. cum ll. ſequentib. infr. hoc titul.* ſicut nec quilibet poteſt eſſe procurator, *l. filiusfam. 8. §. veteranus. ſupr. eod. l. qui abſente 4. qui ſtipendia 9. C. eod.* Ergo non eſt publicè vtile abſentes à quibuſcunque defendi, alioqui ius illud eſſet conſtitutum aduerſus publicam vtilitatem.

Ratio decidendi. Intereſt publicè abſentes à quibuſcunque defendi, quoniam eorum qui non defenduntur bona ex edicto à creditoribus poſſidentur, & publicè venduntur. quæ res inurit notam infamiæ, ſaltem apud bonos & graues viros, *tot. tit. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat. & tit. De rebus autor. iudic. poſſid. l. paterfamilias* 28. iunct. *tit. Inſtit. quibus ex cauſ. manum. non licet. in princip.* Ea res igitur facit, vt quilibet ad defenſionem alterius admittatur, niſi ſi quis tanquam minùs idoneus prohibeatur, idéque hoc edictum, De procur. & defenſor. prohibitorium, non permiſſorium eſt, *l. mutus* 43. §. 1. *infr. d. l. exigendi* 12. *C. eod.* & impersonaliter conceptum, ideò eſt edictum Prætoris, de quo in *l.* 5. §. *fin. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

h *Nam & in capitalibus iudicijs defenſio datur.* Ratio dubitandi Publicè intereſt delicta puniri, ne maneant impunita, *leg. ita vulneratus* 51. §. *vltim. ad legem Aquiliam l. ſi à reo* 70. §. *vltim. de fideiuſſor.* Non ergo publicè intereſt in capitalibus iudiciis abſentis defenſionem permitti, præſertim cùm præſumptio faciat contra abſentem potiùs quàm pro abſente.

Ratio decidendi. Imò ob hoc ipſum permittendum fuit legibus publicorum iudiciorum, vt rei quoque capitalium criminum abſentes per procuratorem defendi poſſent, *leg.* 3. *Cod. de accuſat.* vt & citiùs & tutiùs poſſent condemnari ſi nocentes reperirentur. Nec enim quiſquam inauditus & indefenſus condemnari debet. Ergo nec abſens, *l.* 1. *de requir. reis. leg. abſentem* 5. *de pœn.* vbi ratio redditur, quia ſatius eſt impunitum relinqui factum nocentis, quàm innocentem damnari. Caue tamen ne abſentium nomine paſſim intelligas etiam contumaces, *dict. l. abſentem.* Contumacia enim pro præſentia eſt, *Auth. qua in prouincia. Cod. vbi de crimin. agi oport.* Sed in propoſito abſentem etiam pro contumace accipi debere conſtat, cùm hic loquatur Vlpianus de abſente qui damnari abſens & indefenſus poteſt. Nemo enim ſic damnatur niſi qui ſit contumax, *d. l. abſentem.*

Ratio dubitandi. Contumax habetur pro confeſſo, videtúrque ſua quodammodo ſententia damnatus, *leg. de ætate* 11. §. *qui tacuit. de interrogat. in iur. faciend.* & dici ſolet iura omnia clamare aduerſus contumaces. Ergo non eſt eis indulgendum, vt per alios defendi poſſint: nec enim merentur qui & legum & magiſtratuum autoritatem negligunt.

Ratio decidendi. Tantus fauor eſt defenſionis & innocentiæ purgandæ, vt cuiuſlibet auxilium admittat, etiam in criminibus publicis, non quidem ad plenam defenſionem, ſed ad excuſationes abſentium allegandas, vt ſi iuſtam rationem habeant, ſententia differatur: ſic enim hic locus accipi debet, vt conſtat ex *lege* 10. & *l. penultim.* §. 1. *de public. iudic.* & ex his verbis Vlpiani, *& innocentiam excuſantem.* Nec alius ſanè pro contumace habetur, quàm qui neque omnino reſponderit, neque qui ſe defenderet habuerit, *leg. vltim. in princip. de requir. reis.* Vnde eſt quod etiam ſeruo condemnato permittatur appellare, ſi neque dominus, neque alius quiſquam pro eo appellet, *leg. ſerui* 15. *de appellat.* quamuis ſerui omnes pro mortuis aut potiùs pro nullis iure noſtro habeantur, *leg. nullomodo* 7. *de falſ. leg. quod attinet* 32. *de regulis iuris.* Imò & quilibet pro quolibet etiam inuito *lege non tantùm* 6. *de appellat.* Moribus tamen noſtris aliud obſeruatur: nemo enim ad purgandam per procuratorem innocentiam ſuam in capitalibus cauſis admittitur. Tantum abeſt, vt audiri debeat, qui contumacis defenſionem vltrò ſuſcipere velit. Vide tamen Iulium Clar. §. *vltim. qu.* 32.

3 ¶ Ait prętor: *Cuius nomine quis actionem dari ſibi poſtulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: & ei, quo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdet.*

4 ¶ Æquum prętori viſum eſt, eum, qui alicuius nomine procurator experitur, eundem etiam defenſionem ſuſcipere.

Ad §. 3. Ait prætor. & Ad §. 4. Æquum.

Ratio dubitandi, Actus non poſſunt, nec debent operari vltra intentionem agentium, *l. non omnis* 19. *ſi certum petatur.* Ergo qui accedit ad agendum pro alio, non eſt arctandus, vt eum defendat, cùm aliud omnino ſit actionem intendere, aliud defendere, nec ſemper qui ad agendum inſtructus eſt, æquè inſtructus ſit ad defendendum. Idque apertè ſcriptum eſt in *l. inuitus* 17. *C. hoc tit.* procuratorem non eſſe compellendum ſubire abſentis defenſionem, cùm fidem ſuſceptam implere ſufficiat. Difficilior ſiquidem eſt defenſio quàm actio, & ideò fauorabilior, quia non eſt in poteſtate rei quando aut de quo, aut à quo conueniatur, *leg. purè* 5. §. *vlt. de doli mali exceptione l. petendæ* 6. *C. de temp. in integrum reſtit.* Et verò cum publicè interſit poſſe quemlibet agere per procuratorem, *l.* 1. §. *vſus ſup. hoc tit.* non debuerunt ij qui alieno nomine actionem ſibi dari poſtulant, deterreri & impediri ne hoc officium præſtent, metu coactionis imminentis, vt eum, cuius nomine agere velint, defendere compellantur.

Ratio decidendi. Æquum prætori viſum eſt eum, qui alicuius nomine tanquam procurator experitur, eiuſdem etiam defenſionem ſuſcipere. Nimirum ne alioqui melioris conditionis ſit is qui per alium agit, quàm qui per ſe ipſum. Quis enim dubitet eum qui per ſe agat, ſi quid ab eo viciſſim petatur, cogendum eſſe ſeipſum defendere? adeóque apud eundem iudicem, apud quem agit, tametſi alioqùin eſſet alibi conueniendus, *l. qui non cogitur* 22. *infra de iud.* Ergo quod contrà ſcriptum videtur in *d. leg. inuitus*, accipiendum eſt de eo procuratore non qui agit pro abſente, ſed qui egit, & ſententiam obtinuit, aut condemnatus prouocauit, quod prima legis pars oſtendit. Senſus enim eſt eum qui procurationem ſuſcepit ad agendum, & egit, non eſſe poſtea cogendum vt abſentem defendat, cùm ſufficiat quod ſuſceptam fidem impleuerit. Aliud eſt in eo procuratore qui eodem tempore & agit & reconuenitur.

5 ¶ Si quis in rem ſuam procurator interueniat: adhuc erit dicendum, debere eum defendere: niſi fortè ex neceſſitate fuerit factus.

Ad §. 5. Si quis in rem.

Ratio dubitandi, Qui agit tanquam procurator in rem ſuam, licèt alieno agat nomine, agit tamen ad proprium commodum, *l. qui ſtipendia* 9. *C. hoc titu.* Ergo non eſt cogendus inuicem eum defendere, à quo mandatas habet actiones, ne alioqui noceat ei factum alienum.

Ratio decidendi. Ex qua perſona quis agit, eius factum præſtare debet, non ſolùm ſi lucratiuam cauſam habeat, de quo loquitur *l. ex qua perſona* 149. *de reg. iur. ſed & ſi oneroſam.* Nemo enim plus iuris in procuratorem ſuum aut in alium transferre poteſt, quàm ipſe habeat, vulg. *l. nemo plus iuris* 54. *eod.* Debétque ſibi imputare cur agat alieno nomine, non proprio, ſi ex perſona ſua vtiles habuit actiones. Nam in eo qui procurator in rem ſuam conſtitutus agit proprio nomine, non alieno.

&

& actione vtili non directa, proculdubio aliud eſt, vt dicam ad *l. ſeq.*

a *Niſi ex neceſſitate fuerit factus.* Semper enim ſuccurritur ei qui ex neceſſitate aliquid facit, niſi ſeipſum conſecerit in eam neceſſitatem, *l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria. ſuprà qui ſatiſd. cog. l. cùm reus 14. de fideiuſſ. l. 3 de ſeparat.* Is demum autem dicitur factus procurator in rem ſuam ex neceſſitate, non qui ex cauſa onéroſa factus eſt, vt vulgò malè interpretantur, ſed qui non aliter ſuum conſequi potuit, quàm accipiendo in ſolutum mandatas à debitore ſuo actiones, vt interpretati ſumus *lib. 12. Coniectur. c. 10. vbi vide.* Iunge quæ dicam ad *l. pater 70. inf.*

34. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

SI quis in rem ſuam procuratorio nomine [a] agit, veluti emptor hæreditatis: an debeat inuicem venditorem defendere? & placet, ſi bona fide, & non in fraudem eorum [b], qui inuicem agere vellent, geſtum ſit negotium: non oportere eum in vicem defendere.

Ad l. Si quis in rem ſuam 34.

a *Procuratorio nomine.* Legendum omnino eſt. *procurator proprio nomine.* Eſt enim hæc lex de procuratore dato quidem in rem ſuam, ſed agente proprio, non alieno nomine, & actione vtili non directa. Alioqui pugnaret euidenter hæc lex non tantùm cum *§. vltim. leg. praced.* Sed etiam cum manifeſta iuris ratione, vt pluribus docui lib. 12. Coniecturarum. *cap. 10.*

Ratio dubitandi. Etiam procurator qui proprio nomine agit, & vtili actione quam habet poſt Diui Pij reſcriptum, non ab alio ius habet, quàm ab eo ipſo cuius eſt procurator. Ergo factum eius præſtare debet, & conſequenter viciſſim eum defendere.

Ratio decidendi. Habet quidem vtiles actiones ob negotium quod cum eo geſſit, cuius eſt Procurator ſed non tam ex ipſo tamen contractu, quàm ex reſcripto Diui Pij, de quo in *l. ſi cum emptore 16. de pactis.* Ideóque non cogitur eum defendere, cùm neque ipſius nomine agat, neque ex ipſius perſona. Cætera explicauimus in Coniecturis.

b *Et non in fraudem eorum.* Nunquam enim prætor ratum habet quod in fraudem alterius, & malo more geſtum reperitur. *toto titul. quæ in fraud. credit.*

35. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

SEd & hæ perſonæ procuratorum debebunt defendere: quibus ſine mandatu agere licet: vt putà liberi, licèt ſint in poteſtate: item parentes [a], & fratres, & affines & liberti.

Ad l. Sed & hæ perſonæ 35.

Ratio dubitandi. Nemo poteſt agere ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. de negot. geſt.* Nec rurſus actionem alij competentem exercere ſine mandato, *l. ſi procurator 10. C. hoc titul.* Mandatum porrò cùm ſit facti, nunquam præſumitur niſi probetur. Ergo neque liberi, neque parentes, neque affines, neque liberti audiendi ſunt ſi pro alio quantumuis coniuncto velint agere citra mandatum, & conſequenter non poteſt locus eſſe quæſtioni. An eum pro quo agunt debeant inuicem defendere.

Ratio decidendi. Coniunctio & affectio perſonarum facit vt poſſint hi omnes agere ſine mandato, non quaſi poſſint agere nomine alterius vel ignorantis vel inuiti, ſed quia præſumendi ſunt habere tacitum mandatum, tacitamque eius, pro quo agunt, voluntatem. Cui enim meliùs quàm perſonæ tam coniunctæ actionem mandarent? *l. exigendi 12. l. maritus 21. C. hoc titulo.* Itaque dicimus perſonas iſtas minimè cogi habere mandatum ſcilicet expreſſum, *Pomponius 40. §. vlt. inf. eo.* Id eſt, non cogi probare, *d. l. exigendi.* Quia ſufficit quòd pro ſe habent iuris præſumptionem. Neque tamen hoc ita accipiendum eſt, vt ſint verè procuratores. Quod enim eis agere permittitur ex edicto prætoris non facit eos procuratores, *l. 3. §. ſed etſi fortè, infr. iud. ſol.* Ideóque coguntur cauere de rato, *d. l. exigendi, & d. l. maritus.* ad quod non cogitur quiſquis certum, & indubitatum profert mandatum, *l. 1. C. eo. hoc titulo.*

a *Parentes.* Maſculi ſcilicet. Nam matri non idem pro filio permittitur, *l. alienam 18. C. hoc tit. l. liberto 31. §. pen. inf. de neg. geſt. niſi cauſa cognita l. 41. inf. hoc tit.*

1 ¶ Patronus libertum & per procuratorem vt ingratum, accuſare poteſt: & libertus per procuratorem reſpondere.

Ad §. 1. Patronus.

Ratio dubitandi. Accuſatio ingrati liberti quoties iuſta probatur, tanti momenti eſt vt libertum retrahat in ſeruitutem, *l. 2. 3. & 4. C. de liber. & eor. liber.* Ergo non aliter tractanda eſt quàm quomodo ij actus fiunt per quos datur libertas, vt eadem ſit ratio dandæ & reuocandæ libertatis, arg. *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.* Atqui non poteſt dari libertas per procuratorem, quia manumiſſio per quam libertas datur, eſt actus legitimus, per procuratorem fieri nequit, *l. actus legitimi 77. iunct. l. nemo alieno 123. eod. tit.* Ergo nec per procuratorem reuocari poteſt, quomodo tamen reuocaretur ſi accuſatio ingrati per procuratorem inſtitui poſſet.

Ratio decidendi. Libertas non reuocatur per accuſationem ipſam ingrati, ſed per ſolam ſententiam ſuper eiuſmodi accuſatione redditam. Nec enim ſicut datio libertatis pendet ex ſola dantis voluntate, ita & reuocatio ex ſola voluntate reuocantis, cùm nec alio vllo caſu, id eſt, extra cauſam ingratitudinis reuocari poſſit libertas, quæ ſemel competiit, & extra caſum, *l. Papinianus 8. §. vlt. cum l. ſeq. de inof. teſt. l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. & l. ſeq. de minor.* Mirum igitur non eſt accuſationem ingrati liberti per procuratorem tractari poſſe, *l. 4. de obſeq. parent. & patr. præſt.*

2 ¶ Non ſolùm autem ſi actio poſtuletur à procuratore, ſed & præiudicium, vel interdictum, vel ſi ſtipulatione legatorum, vel damni infecti velit caueri: debebit abſentem defendere in competenti tribunali [a], & eadem prouincia [b]. Cæterùm cogi eum etiam in prouinciam de Roma abire [c], vel è contrario: vel à prouincia in aliam prouinciam, & defendere: durum eſt.

Ad §. 2. Non ſolùm.

Ratio dubitandi, Verba edicti non loquuntur niſi de illo qui alterius nomine actionem ſibi dari poſtulauit, *l. ſeruum 37. §. ait prætor. ſuprà eodem.* Atqui neque præiudicium

iudicium, neque interdictum, neque ſtipulatio legatorum vel damni infecti propriè actio eſt, cùm & de præiudiciis, & de interdictis, & de ſtipulationibus legatorum vel damni infecti propria ſit cognitio & iuriſdictio prætoris, qui tamen nunquam ipſe cognoſcit de actione, ſed iudex pedaneus quem dat ille hoc ipſo quod dat actionem. Opponuntur enim iſta ex diametro *actio & cognitio. l. in cauſa* 13. *§. interdum l. quòd ſi minor* 24. *§. vltim. de minoribus, & toto titulo de extraordin. cognitio l. 2. Cod. de pedaneis iudicibus.* Ergo hoc edictum prætoris non pertinet ad eum, qui pro alio poſtulauit præiudicium, vel interdictum, vel ſtipulationem, ſiue damni infecti nomine, ſiue legatorum.

Ratio decidendi. Actionis appellatione generali omnia iſta continentur, *l. actionis verbo* 37. *inf. de obligationib. & actio.* Vbi dicitur actionum inſtar ſtipulationes iſtas obtinere, & vicem actionum repræſentare, vt ſcriptum eſt in *leg. non ſolum* 20. *ratam rem haberi. leg.* 1. *§. cautionales, de ſtipulat. prætor.* Quia nimirum nulla actione impetrata & ex ſolo edicto prætoris perinde cogitur aduerſarius cauere, ac ſi in eam rem actio in ipſum aliqua data eſſet à prætore, & tum quoque cùm non cauit, perinde condemnatur ac ſi caviſſet, *l.* 7. *de dam. infect.* Ergo prætoris edictum ex vi verborum ad iſta quoque omnia porrigi poteſt, præſertim cùm in omnibus eadem ratio iuris & æquitatis locum habeat.

a *Incompetenti tribunali.* Non ergo quodcunque tribunal competens eſt in cauſa conuentionis, etiam competens eſt in cauſa reconuentionis: vt hic locus omnium optimè probat. Contra Interpretes noſtros, qui volunt eam eſſe poteſtatem reconuentionis, vt faciat competentem non modò iudicem, ſed etiam iuriſdictionem: quod ſanè falſum eſt. Nam reconuentio non poteſt tollere incompetentiam iuriſdictionis, licèt tollat incompetentiam iudicis dati, quando incompetentia ex eo ſolo naſcitur, quod iudex ad actionem datus non ſimiliter datus eſt ad reconuentionem, vt in ſpecie *leg. cùm Papinianus* 14. *Cod. de ſentent. & interlocut. omnium iudicum.* Non autem cùm incompetentia iudicis naſcitur ex incompetentia iuriſdictionis, id eſt, ex eo quod iudex datus ſit ab eo qui non habeat ius dandi iudicis, aut etiam per ſe cognoſcendi de ea re quæ in reconuentionem deducitur. De quo ſcribemus in Decadibus noſtris de *error. pragmat. & ad legem qui non cogitur* 22. *inf. de iudic.*

b *Et eadem prouincia.* Hinc ſimiliter infero de bonis quæ in alia prouincia ſint, quàm in qua agitur non poſſe actionem in rem eadem in prouincia exerceri, ne quidem per viam reconuentionis. Alioqui non eſſet quærendum. An qui pro alio agit, poſſit pro eo reconueniri in alia prouincia. Eſſet enim ſemper commodius ei qui conuenitur, vt procuratorem ſiue defenſorem abſentis reconueniret in eadem prouincia, ſi facere id poſſet.

c *Cogi eum etiam in prouinciam de Roma abire.* Ratio dubitandi, Quamvis durum ſit eum qui pro alio agit cogi in prouinciam de Roma abire, vel è contrario, vel ab vna prouincia in aliam prouinciam, vt defendat eum, cuius nomine reconuenitur, ſibi tamen debet imputare qui ſe in eam neceſſitatem vltrò coniecerit, ideóque nulla iuris aut æquitatis ratio, patitur vt ei ſubueniatur, *leg. ſi fideiuſſor* 7. *§. ſi neceſſaria. qui ſatiſd. cog.*

Ratio decidendi. Qui abſentis nomine actionem inſtituit vt boni amici aut parentis aut etiam optimi ciuis officium impleat, cùm faciat rem publicè vtilem, laudandus magis eſt, quàm ex ea cauſa incommodo aliquo iniuſto afficiendus, argum. *leg.* 1. *§. vſus. & leg. ſeruum* 51. *§. publicè ſupra eodem.* Atqui magno incommodo afficeretur, ſi cogeretur in prouinciam de Roma abire, vel è contrario, vel ab vna prouincia in aliam. Non eſt igitur ad hoc cogendus ne tam dura interpretatione ad id tandem adigatur, vt officij ſuſcepti eum non pœniteat. Nemini enim officium ſuum debet eſſe damnoſum, *l. ſed ſi quis* 7. *teſtam. quemadmodum aperiantur. leg.* 3. *§. vltim. de teſtib. leg. quod niſi* 20. *§.* 1. *de oper. libert.*

5 ¶ Defendere autem eſt, id facere quod dominus in litem faceret, & cauere idoneè, nec debebit durior conditio procuratoris fieri, quàm eſt domini: præterquàm in ſatiſdando. ¶ Præter ſatiſdationem procurator ita defendere videtur, ſi iudicium accipiat a. Vnde quæſitum eſt apud Iulianum, an compellatur, an verò ſufficiat, ob rem non defenſam, ſtipulationem committi, & Iulianus ſcribit libro tertio Digeſtorum, compellendum accipere iudicium b: niſi & agere cauſa cognita recuſauerit, vel ex iuſta cauſa remotus fuerit. Defendit procurator etiam, qui patitur quod dominus pateretur. ¶ Defendere videtur procurator, & ſi in poſſeſſionem venire patiatur cùm quis damni infecti ſatiſdari, vel legatorum deſideret.

Ad §. 1. Defendere.

Ratio dubitandi. Defendere eſt eandem vicem quam reus ſubire, *leg. minor* 51. *§. defendere, infra eodem.* Atqui reus non cogitur cauere & ſatiſdare, ſi per ſe litem defendat. Ergo neque procurator aut defenſor eius cogi debet, vt caueat & ſatiſdet, ne incommodo afficiatur is qui boni ciuis & amici optimi officium vltro implet, vt ad proximum paragraphum dicebamus.

Ratio decidendi, Non debet quidem durior fieri conditio procuratoris quàm domini, ſed ſubiicienda exceptio eſt, *præterquàm in ſatiſdando.* Qui enim alium aut rem alienam defendit, nunquam locuples habetur, etiamſi locupletiſſimus ſit, *dict. leg. minor* 51. *§. vltim. & leg. ſequenti infra eodem. leg. qui rem alienam* 166. *de regulis iuris.* Hactenus enim ei imputandum eſt, quod alienæ rei & ad ſe nihil pertinenti ſe immiſcere velit, in quo etiam culpa eſſet, *lege culpa* 36. *eodem.* Niſi publica vtilitas aliud induxiſſet. Eaque petenda eſt ratio diuerſitatis inter reum & eius defenſorem. Reo enim non poteſt imputari cur ſit reus, cùm inuitus iudicium accipere compellatur, *leg. inter ſtipulantem* 83. *§. primo. de verborum obligation.* At imputari poteſt procuratori & defenſori, cur procuratoris & defenſoris officium ſuſceperit, cùm non cogeretur: quod ſciebat aut ſcire debebat non poſſe ſuſcipi niſi hac lege & conditione. Dicam ad *dictam legem* 51. *§. vltim. infra eodem.* Iunge *leg. vnic. Cod. de ſatiſd.*

a *Ita defendere videtur ſi iudicium accipiat.* Ratio dubitandi, Iudicium accipere is demum poteſt & debet, qui & condemnationem & condemnationis executionem pati poſſit. Nec enim iudicia in alium finem comparata ſunt, *lege prima. & toto titulo Cod. de executione rei iudicatæ. leg. à Diuo Pio* 15. *de re iudicata.* Atqui actio iudicati non datur in procuratorem, niſi in caſu, *leg. ſi quis cùm* 31. *ſupra eodem.* Ergo non eſt cogendus accipere iudicium procurator, multò minus defenſor qui mandatum nullum habet.

Ratio decidendi. Et procurator & defenſor iudicium accipere cogitur, ſed diuerſa ratione. Procurator quidem ex edicto prætoris, quia mandatum ſuſcepit & paſſus eſt pro ſe ſatiſdari à domino iudicatum ſolui, *leg. filiusfamilias* 8. *§. vltim. ſupra eodem.* Licèt iudicati actio in eum non detur, ſed in dominum, quia id fit ſine noua lite,

& ſine nnuo iudicato. Defeoſor verò quia & vltro interuenit, & iudicati actio in eum datur, non in dominum, quem abſentem defendit, *leg. ſi procurator* 28. *in fine.* Vnde etiam eſt quod cogitur ſuo nomine ſatiſdare iudicatum ſolui, *l. ſi ad defendendum* 10. *ratam rem haber. l. Plautius* 61. *infra hoc titul. l.* 5. *§. vltim. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

b *Compellendum accipere iudicium.* Ratio dubitandi. Accipere iudicium facti eſt. Atqui nemo cogitur ad factum præciſè, ne ciui Romano vis aliqua & impreſſio fiat, ſed in locum obligationis faciendi ſuccedit præſtatio eius quod intereſt, tum quoque cùm obligatio eiuſmodi naſcitur ex ſtipulatione, *leg. ſi quis ab alio* 13. *§. vltim. de re iudicata. l. ſtipulationes non diuiduntur* 72. *l. quoties* 81. *de verborum obligat.* Ergo non eſt cogendus procurator accipere iudicium: præſertim cùm abundè ſufficere debeat actori, eidémque ſtipulatori quod habiturus ſit actionem ex ſtipulatione iudicatum ſolui ob rem non defenſam, quæ vna eſt ex tribus clauſulis eius ſtipulationis, *l. iudicatum* 6. *l. vlt. & paſſ. iudic. ſol.*

Ratio decidendi. Qui litem conteſtari & iudicium accipere recuſat, is non tantùm aduerſario iniuriam facit, ſed etiam prætori, cuius auctoritatem contemnit, ad quam pertinet vt lite conteſtata iudicem det, & iudicium dictet. Ideóque dicitur is demum non obtemperare ius dicenti, *l. 1. ſi quis dicent. non obtemper.* Cogendus ergo eſt procurator iudicium accipere, *l. filiusfamilias* 8. *§. vlt. ſupra hoc titul.* Non quidem per vim & impreſſionem quam ſemper execratur prætor, ſed pignoribus captis, & pœnarum comminatione, quomodo etiam Senatores olim cogebantur vt in Senatum venirent. Nec quod procuratore nolente iudicium accipere committatur ſtipulatio iudicatum ſolui ob rem non defenſam, facere debet vt eo minùs procurator iudicium accipere compellatur. Satisfaciendum enim eſt prætori non minùs quàm actori, ne prætoris auctoritas impunè contempta videatur.

c *Niſi & agere cauſa cognita recuſauerit.* Ex aliqua ſcilicet iſtarum cauſarum ex quibus ſupra dictum eſt poſſe excuſari procuratorem, ne iudicium accipere cogatur, *l. filiusfamilias* 8. *§. vlt. & legib. ſeqq. ſupra eodem.*

d *Vel ex iuſta cauſa remotus fuerit.* Nam ex quibus poteſt ſe excuſare procurator, ne inuitus iudicium accipere cogatur, ex iiſdem & aliis præterea quibuſdam poteſt inuitus quoque remoueri etiam poſt litem conteſtatam, vt diximus ad *l. poſt litem* 10. *& ſeq. ſupra eod.*

e *Etſi in poſſeſſionem venire patiatur.* Ratio dubitandi. Prætor non aliter iubet venire in poſſeſſionem bonorum abſentis, quàm ſi abſens ille latitet, nec defendatur, *l. Fulcinius* 7. *& paſſim quib. ex cauſis in poſſeſſionem eatur.* Ergo non defendit qui patitur aduerſarium mitti in poſſeſſionem bonorum abſentis.

Ratio decidendi. Multùm refert an mittatur quis in poſſeſſionem bonorum abſentis ex ſolius prætoris auctoritate, an verò ex conſenſu aduerſarij. Priore caſu miſſio pœna eſt latitantis, qui à nemine defenditur: poſteriore verò pro defenſione eſt. Nihil enim vetat ita quem defendi, vt vltro ſubeat eam condemnationem, quam prætor inuito irrogaret, arg. *l. ſi conuenerit* 26. *de re iud.* Et ideo quod hîc dicitur, debet ſic intelligi vt procurator caueat dominum eam miſſionem ratam habiturum, vt ex Paulo ſubiicitur in *l. ſeq.*

f *Cum quis damni infecti ſatiſdari.* Ex edicto námque prætoris, ſi is, cuius ædes ruinam minantur, non ſatiſdet, mittitur aduerſarius in poſſeſſionem earum ædium, vt tædio poſſeſſionis extorqueat cautionem. Idémque eſt ſi legatorum nomine non caueatur ex edicto, vt *legat. nomin. caueat. l.* 4. *§.* 1. *& paſſ. de damno infecto. l. is cui* 5. *vt in poſſ. legat.*

36. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

VEl in operis noui nuntiatione. Sed & ſi ſeruum ex cauſa noxali patiatur duci a, defendere videtur. Ita tamen, vt in his omnibus ratam rem dominum habiturum caueat b.

Ad l. Vel in operis 36.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. non cogendum* 43. *§. vlt. inf. hoc tit. vbi dicemus.*

a *Sed & ſi ſeruum ex cauſa noxali patiatur duci.* Ratio dubitandi. Non ducitur ſeruus ex cauſa noxali, niſi cùm non defenditur, *l. 2. in fin. ſupra ſi ex nox. cauſ. agat.* Ergo non defendit qui ſeruum ex cauſa noxali duci patitur, & ideò ſalua domino eſt quandocunque poſtea defenſio, vt ſcriptum eſt in *d. l. 2.*

Ratio decidendi. Qui patitur abſentis ſeruum duci, ita demum videtur defendere ſi caueat dominum ratam rem habiturum, vt hæc lex ait. Perinde namque eſt ac ſi dominus ipſe ad defenſionem accederet, nec tamen quicquam allegaret aut faceret propter quod ſerui ductio impediretur, putà quia neque delictum eius excuſaret, neque litis æſtimationem pro eo offerret.

b *Ratam rem dominum habiturum caueat.* Ratio dubitandi. Is qui defenſoris partes ſuſtinet, neque cogendus eſt cauere de rato, neque cæteras exceptiones procuratorias timet, *l.* 5. *§. penult. l.* 9. *inf. de oper. nou. nunc.* Ergo cum defenſione nihil commune habet cautio.

Ratio decidendi. Tractat hic locus non de defenſore, qui non ſit procurator, ſed de procuratore qui ob hoc ipſum quod procurator eſt, defendere tenetur. Omnis procurator defenſor eſt, ſed non omnis defenſor eſt procurator. Neque nouum eſt, vt is quoque, qui verus procurator eſt, teneatur aliquando cauere dominum ratam rem habiturum, vt in ſpecie *§. qui procuratorio antep. l.* 5. *de oper. noui nunciat.*

37. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

OMnium autem actionum nomine debet defendere, etiam earum, quæ in hæredem non dantur a.

Ad l. Omnium 37.

a *Etiam earum, quæ in heredem non dantur.* Ratio dubitandi. Procurator non tam repræſentat perſonam domini quàm heres, cuius perſona eadem eſſe intelligitur cum perſona defuncti, *lege cum heres* 11. *de diuerſ. temp. præſcript. lege heres* 22. *de vſucapionibus.* Certè non magis procurator poteſt domini perſonam ſuſtinere, quàm hæres, in eo præſertim, in quo non eſt procurator. Ergo actiones quæ non dantur in hæredem, non ſunt dandæ in procuratorem, vt earum quoque nomine abſentem dominum defendere procurator debeat.

Ratio decidendi. Durius agitur cum procuratore quàm cum herede, quia procurator non niſi viuentis eſt, heres verò defuncti, *l. 1. C. de obligationib. & actionibus, l. 1. infra pro hæred.* Itaque quo tempore procurator agit, actio adhuc viuit & durat, quæ proinde ſicuti contra dominum ipſum exerceri poſſet, ita & contra ipſius procuratorem. At quo tempore iam hæres aliquis eſt, intercidit actio quæ ſui natura non fuit tranſitoria

teria ad hæredem. Proinde nullus quæſtioni locus relinquitur, An hæres debeat defunctum defendere in ea actione quæ amplius nulla ſit. Sic dicimus exceptionem pacti perſonalis à filiofamilias initi prodeſſe etiam patri adeóque patris hæredi quandiu filius viuit, quod tamen hæredi filij prodeſſe non poſſet, *leg. acquirens. 19. §. 1.* iunct. *leg. & hæredi. 21. in principio. & leg. idem 25. §. 1. ſupra de pactis.*

1 ¶ Vnde eſt quæſitum, ſi aduerſarius plures intendat actiones, & in ſingulas ſinguli exiſtant defenſores ſuſcipere parati: videri eum rectè defendi Iulianus ait, quo iure nos vti Pomponius ſcribit.

Ad §. 1. Vnde eſt quæſitum.

Ratio dubitandi. Procurator qui agit vnus tantùm eſt, & quatenus procurator actoris, cogitur eum defendere omnium actionum nomine. Ergo ſolus eum defendere cogitur, nec ſufficit vt in ſingulas actiones ſinguli defenſores exiſtant.

Ratio decidendi, Nihil intereſt rei à quo actor defendatur, an ab actoris procuratore, an ab alio, dummodo defendatur. Et quod dicimus actoris procuratorem debere illum defendere, hactenus verum eſt vt actor, cuius nomine agitur, non defendatur, non vt omnimodo debeat procuratorem defendere, ſi alius ſit, qui defenſionem eius ſuſcipere ſit paratus. Ideóque bene hîc Vlpianus ex Iuliano ſcribit, *videri eum rectè defendi*, non autem *videri procuratorem eum rectè defendere.* Rectè enim defenditur ſi omnium actionum nomine defendatur, licèt ab alio etiam quàm à procuratore.

8. Idem lib. 8. ad Edictum.

NOn tamen eouſque procedendum erit: vt, ſi decem millia petantur, & exiſtant duo defenſores parati in quina defendere [a]: audiantur.

Ad l. Non tamen 38.

Ratio dubitandi. Ei qui alium defendit liberum eſt vel in vnam rem defendere, *l. qui proprio 46. §. 1. infrà hoc tit.* Satis enim abundéque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur, *l. tutori. 20. C. de neg. geſt.* Ergo ſi decem petantur, & exiſtant duo defenſores parati in quina defendere, audiendi ſunt.

Ratio decidendi. Qui defendit alium multùm intereſt an ipſius etiam nomine agat, an non. Priore caſu obtinet quod hîc dicitur: poſteriore verò quod in *d. §. 1.*

a *Parati in quina defendere.* Id eſt, ſinguli in quinque, ita vt ſimul iuncta vtriuſque defenſio tota decem complectatur.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt hoc caſu aduerſarij qui reconuenit in decem, cùm pro integris decem defenſores exiſtant. Nec quod plores ſunt ad rem facit. Nam & cùm plures actiones per reconuentionem aduerſus actorem intenduntur, etiamſi in ſingulas actiones ſinguli defenſores exiſtant, actor tamen rectè defendi intelligitur, vt dictum eſt in lege præcedenti.

Ratio decidendi. Imò intereſt rei actorem reconuenientis ne defenſio per plures ſcindatur, *l. 5. §. pen. l. iudic. ſolui. l. 2. de exercit. action.* Nempe cùm defenſio aptanda eſt ad vnicam dumtaxat actionem. Secus enim eſt ſi plures actiones intendantur, vt in *l. præced.* Non enim ſcinditur defenſio, cùm in ſingulas actiones ſinguli defenſores exiſtunt, ſi quidem vna actio nihil cum alia commune habet: nec eadem eſt ratio ſcindendæ ſummæ quæ tota petatur vnica actione, & ſeparandarum actionum quæ ſimul intendantur. Idque eſt quod hæc lex ait, *non tamen eouſque procedendum erit*, non eſſe ſcilicet bonam comparationem plurium defenſorum, qui in ſingulas actiones defendant, & plurium qui defenſores exiſtant in partes eiuſdem ſummæ per vnam duntaxat actionem petitæ. Neque contrarium eſt quod idem Vlpianus noſter ſcribit, in *leg. quidam 21. de rebus creditis.* Eum à quo decem petuntur, ſi quinque offerat, & pro quinque tantùm velit defendere, audiendum eſſe. Id enim fit fauore diminuendarum litium, vt ea lex ait. At in caſu noſtro multiplicarentur lites, non minuerentur multiplicatis in partes defenſoribus aduerſus vnam duntaxat actionem. Non enim tot poſſunt videri lites, quot ſummæ ſunt, aut quot numeri in ea quantitate quæ vna petitur, quomodo è contrario verum eſt tot eſſe lites quot ſunt actiones quæ in iudicium deducuntur, licèt inter eaſdem actoris & rei perſonas agitentur, *l. ſingulis 6. de except. rei iudic.*

39. Idem lib. 9. ad Edictum.

NOn ſolùm autem in actionibus, & interdictis, & in ſtipulationibus debet dominum defendere: verùm in interrogationibus quoque [2]: vt in iure interrogatus ex omnibus cauſis reſpondeat, ex quibus dominus [a]. ¶ An igitur hæres ſit abſens, reſpondere debebit: &, ſi reſponderit, vel tacuerit, tenebitur [b].

Ad l. Non ſolùm 39.

2 *Verum in interrogationib. quoque.* Ratio dubitandi. Multùm differunt interrogationes ab actionibus, præiudicijs, interdictis, & ſtipulationibus cautionalibus, de quibus dictum eſt, in *l. ſed & hæ 35. §. non ſolum. ſuprà hoc tit.* Nam actionum quidem appellatione de quibus ſolis mentio fit in edicto prætoris, & præiudicia continentur, & interdicta, & ſtipulationes cautionales, quæ actionum vicem repræſentant, vt diximus ad *d. §. non ſolum.* At interrogationes quæ in iure apud prætorem fiunt, neque actiones ſunt, neque præiudicia, neque interdicta, neque ſtipulationes. Ergo ad eas edictum prætoris non poteſt pertinere, ſiue ponas actoris procuratorem qui interrogatur agere, ſiue interrogare.

Ratio decidendi. Interrogationes, quæ in iure fiunt, licèt non ſint actiones, tamen actionum iam competentium præparatoriæ ſunt, adeóque actiones nouas pariunt, quæ ob eam cauſam interrogatoriæ appellantur, de quibus in *l. 1. & tot. tit. de interrog. in iur. fac.* Ideóque non mirum eſt ſi eadem ipſarum quæ actionum ratio conſtituatur.

a *Ex omnibus cauſis reſpondeat, ex quibus dominus.* Ratio dubitandi. Interrogationes non fiunt de iure, ſed de facto, & ideò alius pro alio non debet cogi reſpondere. De ſe enim debet quis interrogari, non de alio, id eſt, de ſuo facto, non de alieno, *l. ſi ſine 9. §. alius. de*

de interrogationib. in iure faciendis. Quoniam alieni facti ignorantiam prætendere quilibet poteſt, *leg. vlt. pro ſuo.* Nec æquum eſſet captioſam eam eſſe procuratori qui interrogatur, multò minùs domino cuius nomine agit: quod tamen eueniret facilè, ſi procurator de facto domini reſpondere compellatur.

Ratio decidendi. Alius pro alio non debet cogi reſpondere, cùm ipſe conuenitur, vt ſcriptum eſt in *d. §. alius.* Secus eſt ſi ipſe pro alio agat. Tunc enim ſicut eum defendere, ita & pro eo reſpondere cogitur, ſed impetrato priùs tempore ad deliberandum, quod ne illi quidem denegatur, qui de proprio facto interrogatur, ne alioqui facilè incidat in captionem, *l. qui interrogatur 5. eo. tit.* Nihil enim vetat procuratorem intra illud tempus certiorem fieri ab eo cuius nomine agit, quid ex rei veritate habeat reſpondendum. Ob eámque cauſam largius tempus ſi petat ad deliberandum præfiniri ipſi æquum eſt, quàm ſi de proprio facto interrogaretur, nempe pro diſtantia locorum & qualitate rerum ac perſonarum, arg. *l. 1. §. 2. it. & l. 3. inf. de iur. delib.*

b *Et ſi re ponderit vel tacuerit tenebitur.* Si reſponderit, tenebitur tanquam ex mendacio, ſi tacuerit, tanquam contumax. Vtrumque ex edicto prætoris, *De interrog. in iur. fac. l. de ætate 11. §. qui tacuit. ill. tit.* Sed an nocebit reſponſio domino, qui non fuit interrogatus? Vtique nocebit, quia procuratoris ſui factum improbare nemo poteſt in eo quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus eſt, in iure apud prætorem quaſi contrahit.

1 ¶ Qui alieno nomine agit quamcunque actionem, *id ratum habiturum eum*, ad quem ea res pertinebit, cauere debet [a]. ¶ Sed interdum, licèt ſuo nomine procurator experiatur [b], tamen de rato debebit cauere, vt Pomponius libro viceſimoquarto ſcribit: vtputà iuſiurandum procuratori retulit: iurauit abſenti dari oportere. Agit hoc iudicio ſuo nomine propter ſuum iuſiurandum: neque enim hæc actio domino competere potuit, ſed debebit de rato cauere. ¶ Sed & ſi procuratori conſtitutum eſt [c], & ex ea cauſa agat: dubitandum non eſt, quin locus ſit de rato cautioni idque Pomponius ſcribit.

Ad §. 1. Qui alieno.

Hic §. pertinet ad interpretationem ſecundæ partis edicti, de quo in *l. ſeruum 33. §. ait prætor. ſupr. hoc tit.*

a *Cauere debet.* Ratio dubitandi. Fruſtra videtur interponi hæc cautio. Nam cùm interponatur ob validitatem iudicij, æquè ratum eſſet iudicium, ſi poſtea dominus quandocunque ratum haberet quod procurator geſſiſſet, etiam nulla interpoſita ſtipulatione. Domino verò volente ratum habere, non facit interpoſita ſtipulatio vt eo magis valeant quæ falſus procurator geſſit. Quòd ſi verus procurator fuit, tantò magis ſuperuacua eſt hæc ſtipulatio. Quid enim opus eſt ratihabitione, vbi adeſt mandatum, cùm nihil aliud facere poſſit ratihabitio, niſi vt mandato æquiparetur, *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. C. ad SC. Maced.*

Ratio decidendi. Is demum cauere de rato debet, qui dicit ſe procuratorem, nec tamen mandatum profert vſque adeò certum, vt de eius fide dubitari non poſſit, *dict. l. 1.* Nam cùm de mandato conſtat, non ſolet neceſſaria eſſe hæc cautio, *l. ſi procuratorem 65. infra hoc titul.* Cùm autem falſus procurator fuit qui egit, nec dominus ratum habere vult, quamvis non eò magis poſſit iudicium ſubſtituere, facit tamen hæc ſtipulatio vt non poſſit dici impunè illuſum auctoritati prætoris, quandoquidem ex ea ſtipulatione tenetur promiſſor ad id omne quod intereſt ſtipulatoris, aut in certam quantitatem, quæ eo nomine deducta ſit in ſtipulationem, vt fieri poteſt & debet ex conſilio Venuleij, in *l. vlt. de ſtipulat. prætor.* Benè ergo prætor prouidit, vt in limine iudicij hæc cautio interponatur à dubio procuratore, id eſt, quem neque indubitatum ſit verum eſſe procuratorem, nec indubitatum ſit eſſe falſum. Hæc autem cautio tanti momenti eſt, vt ſit etiam ex earum numero quæ exigunt ſatiſdationem arbitratu boni viri, vt habent verba edicti, *d. §. ait prætor.*

b *Licet ſuo nomine procurator experiatur.* Ratio dubitandi, Verba edicti non alium procuratorem adſtringunt vt caueat, quàm eum qui agat tanquam procurator, & alieno nomine, *d. §. ait prætor. l. 33. ſup.* Ergo nunquam debet cauere is qui proprio nomine experitur. Et ſanè videntur iſta implicare contradictionem, vt quis agat ſuo nomine, & caueat tamen alium ratum habiturum.

Ratio decidendi. Poteſt interdum, quamvis perrarò fieri vt quis & ſuo nomine experiatur: & tamen tanquam procurator inſpecta totius negotij origine, nimirum ſi actionem in qua proprio nomine experitur, ſibi quæſiuerit quaſi procurator, non habiturus eam ſi procurator non fuiſſet, vt in exemplo quod hic Vlpianus proponit. Finge procuratori tuo agenti tuo nomine relatum fuiſſe ab aduerſario iuſiurandum, eo nimirum caſu quo potuit ille deferre, de quo in *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. de iureiurando.* Eum iuraſſe tibi abſenti dari oportere. Aget vtique hoc iudicio ſuo nomine, non alieno, quia aget propter ſuum iuſiurandum: neque enim potuit hæc actio, quæ ex procuratoris iureiurando naſcitur, competere domino qui non iurauit, & cui non magis actionem potuit acquirere procurator iurando quàm ſtipulando, *l. 2. C. ſi certum petatur.* Imò multò minùs, quia iuſiurandum eſt quid perſonaliſſimum, quod iuratoris animæ adhæret, nec faciliùs poteſt alij non iuranti prodeſſe, niſi per conſequentias, quàm illud fieri vt anima vnius in alterius animam transfundetur. Debebit tamen procurator hoc caſu de rato cauere, quia hoc ipſum quod iurauit, & ex iureiurando ſuo hanc actionem ſibi acquiſiit, fecit tanquam procurator tuus, non ſuo nomine. Obſtare tamen maximè videtur quod ex eodem Vlpiano ſcriptum legimus, in *l. nam poſteaquam 9. §. penult. de iureiurando.* Ex procuratoris iureiurando non ſolùm exceptionem domino acquiri, ſed etiam actionem. Nos ad eum locum dicemus.

c *Sed & ſi procuratori conſtitutum eſt.* Alterum exemplum eſt, in quo procurator agit ſuo nomine, & nihilominùs tanquam procurator. Nempe ſi ei conſtitutum fuerit. Nam cùm poſſit procuratori quoque conſtitui, ſed ita tamen vt promiſſor conſtituat ſe ipſi procuratori ſoluturum, non domino, *l. eum qui 5. §. Iulianus. de pecunia conſtituta.* Apparet non poſſe hanc actionem acquiri domino per procuratorem, non magis quàm actionem ex ſtipulatu, ſi procurator ſtipulatus fuiſſet, & conſequenter ex huiuſmodi conſtituto non poſſe procuratorem agere niſi ſuo nomine. Et tamen nemo negauerit agere illum tanquam procuratorem, cùm agat ex conſtituto, non fuerit ei autem conſtitutum niſi tanquam procuratori. Ergo hoc etiam caſu debebit cauere de rato, ne alioqui videatur dolo facere, ſi ad proprium commodum velit agere inuito domino ex ea conuentione, quam non niſi procuratoris iure interpoſuerit.

2 ¶ Quæritur apud Iulianum, verùm dominum ſolum ratam rem habere debet ſatiſdare, an etiam cæteros creditores,& ait dumtaxat de domino cauendum:nec illis verbis, *ad quem ea res pertinet*, creditores contineri. Nam nec ipſi domino hæc incumbebat cautio.

Ad §. 2. Quæritur.

Ratio dubitandi. Verba edicti non tantùm de domino loquuntur, ſed multò generalius de eo ad quem res pertinet. Sic enim habent, *id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdet*, *l. ſeruum quoque 33. §. ait prætor. infrà eod.* Atqui ea res non tantùm pertinet ad dominum, ſed etiam ad ipſius creditores quorum quippe valdè intereſt ne quid in re domini eiuſdémque debitoris malè fiat. Ergo cauere procurator debet non ſolùm dominum, ſed etiam domini creditores ratum habituros quod procurator fecerit.

Ratio decidendi. Intereſt quidem etiam creditorum, ſed non principaliter, ac tantùm per conſequentias. Non ſolent autem ea valde curari quæ fiunt per conſequentias, *l. 1. de auctorit. tutor.* Et ſanè cùm non debeat alia eſſe conditio procuratoris quàm domini, *l. ſed & hæ 35. §. non ſolùm. ſupr. eodem.* Dominus autem quanticumlibet debitor non poſſit cogi vt caueat creditores ſuos ratum habituros, quia ei proprio nomine, non ipſius creditoribus actio competit. Nulla prorſus ratio eſt vt eius procurator cauere debeat creditores quoque domini ratum habituros, quos etiam difficilius eſſet conſentire, & à quibus neque habet, neque dicit ſe habere mandatum.

3 ¶ Si de dote agat pater, cauere debet ratam rem filiam habituram [d]. Sed & defendere eam debet [e], vt & Marcellus ſcribit.

Ad §. 3. Si de dote.

Ratio dubitandi. Pater cùm de dote agit, non tantùm nomine alieno, id eſt filiæ ſuæ agit, ſed etiam ſuo, quia dotis actio communis eſt Patri & filiæ, nec poſſet filia dotem repetere ſine patre, *l. 2. & paſſ. ſoluto matrim.* Ergo non eſt cogendus pater vt caueat filiam ratum habituram, cùm non alios cogat prætor ad cauendum, quàm qui alieno agunt nomine, *l. ſeruum 36. §. ait prætor ſuprà hoc titul.* Præſertim cùm ad filiæ verecundiam pertineat vt neque patri contradicat, neque contradicere velle credenda ſit, ſi patris perſona ſit honeſta & frugi, nec vllam habeat filia cauſam contradicendi, *d. l. 2. §. vlt. ſolut. mat.* Aut quid ſi filia ſit leuis mulier, vel admodum iuuenis, aut nimia circa maritum non merentem? Cur non debeat prætor potiùs acquieſcere patri, daréque ei ſoli actionem? *l. ſi cùm dotem 22. §. nec non illud. in fin. eod.*

Ratio decidendi. Cùm dotis actio ſit communis patri & filiæ non poteſt pater ſolus ita agere ſuo nomine, vt non agat etiam alieno. Ergo hic quoque caſus ad edictum pertinet. Sufficit enim ex verbis edicti, vt is qui agit, agat quoquomodo nomine alieno. Nec filia præſumitur patri conſentire hoc ipſo quod non contradicit, niſi cùm ſcit patrem agere, *d. l. 1. in fin.* Quo tamen etiam caſu non ſemper filia habenda eſt pro conſentiente. Putà ſi abſens eſſe ideò voluerit, vt patri per abſentiam verecunde contradiceret, aut ſi latitet ne patri fortaſſis probroſo & prodigo conſentire cogatur, *d. l. ſi cum dotem. §. necnon.*

d *Ratam rem filiam habituram.* Ratio dubitandi. Pater tanquam coniuncta perſona præſumitur habere mandatum, nec illud probare cogitur, vt dixi ad *l. ſed & hæ 35. in princ. ſup. eod. ex l. exigendi t 2. C. hoc tit.* Atqui is qui mandatum habet, non cogitur cauere de rato, *l. 1. C. eo.* Ergo nec pater, etiamſi non ſuo nomine agat, ſed tantùm nomine filiæ, multò minùs ſi agat & pro ſe & pro filia.

Ratio decidendi. Permittitur quidem coniuncto agere pro coniuncto, ſed ita tamen vt caueat de rato, quia mandatum, quod habere creditur, dubium eſt & præſumptum dumtaxat non indubitatum. Nec enim edictum prætoris, quod permittit vt agant ſine mandato, facit eos procuratores, *l. 3. §. ſed etſi fortè iud. ſol. Dixi ad d. l. ſed & hæ.*

e *Sed & defendere eam debet.* Ratio dubitandi. Is demum alium defendere tenetur, qui pro alio agit, *l. ſeruum 33. §. ait prætor. ſupra hoc tit.* At qui ponimus patrem agere ſuo nomine. Ergo non eſt cogendus filiam defendere.

Ratio decidendi. Agit quidem ſuo nomine, ſed quaſi ex filiæ voluntate, & tanquam adiuncta ipſius perſona, quoniam nec aliter ei ſine filia agere permitteretur. Atqui ſi pater ageret adiuncta filiæ perſona, cogeretur eam defendere, *l. 3. §. vlt. rer. amot.* Ergo vt cùm ſolus de dote agit ſine filia, eam nihilominùs defendere debet. Non enim duæ ſunt de dote actiones, quarum vna competat patri, altera filiæ, vt de iniuriarum actione ſcriptum eſt in *§. ſeq.* Sed vna tantùm eſt actio, eáque communis patri & filiæ, *d. l. 2. ſolut. matrim.*

4 ¶ Si pater filij nomine, iniuriarum agat: (cùm duæ ſint actiones [f], vna patris, altera filij) ceſſat de rato cautio [g].

Ad §. 4. Si pater.

Ratio dubitandi, Pater qui filij nomine iniuriarum agit, alieno vtique agit nomine. Nec enim patris & filij perſonæ hoc caſu confundi poſſunt prætextu patriæ poteſtatis, cùm Vlpianus hîc dicat duas eſſe iniuriarum actiones, vnam patris, alteram filij. Atqui quoties agit quis alieno nomine, cogitur cauere de rato, *l. ſeruum 33. §. ait prætor. de procurat.* Ergo etiam pater qui filij nomine agit iniuriarum, cogendus eſt cauere, ſicut & cùm agit de dote ſine adiuncta, ſiue abſente filia.

Ratio decidendi. Vlpianus hîc intelligendus eſt de patre qui agit nomine filij, id eſt, ob iniuriam non ſibi ipſi, ſed filio illatam, cæterùm proprio ſuo iure & nomine non ex ipſius filij perſona. Nam cùm duæ ſint actiones, vna patris, altera filij, vt rationis loco ſubijcit Vlpianus, non poteſt hic locus intelligi de ea actione iniuriarum quæ ſit filij, ſed de ea intelligendus neceſſariò eſt quæ ſit patris, ac proinde quam pater proprio non filij nomine exerceat, vt mirum non ſit ceſſare de rato cautionem.

f *Cùm duæ ſint actiones.* Ratio dubitandi. Actio iniuriarum non naſcitur niſi ex iniuria & contumelia, *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. de pact.* Atqui vna tantùm iniuria eſt quæ filio illata fuit. Ergo vna tantùm actio iniuriarum eſſe poteſt.

Ratio decidendi. Cùm filiofamilias iniuria fit, duplex iniuria fieri creditur, vna patri, altera filio, quia poteſt quis pati iniuriam non ſolùm per ſemetipſum, ſed etiam per alium, putà per filium quem habet in poteſtate, aut per vxorem, *§. patitur. Inſtit. de iniur.* Ideóque duplex etiam naſcitur actio iniuriarum, vna patri, altera filio, adeò vt potentior etiam illa ſit quæ patri quàm quæ filio datur, quia actionem filio competentem poteſt pater

remittere,

remittere, non filius eam quæ competit patri, nec rurſus admittitur filius ad agendum iniuriarum proprio nomine, niſi eo demum caſu quo neque pater ipſe agat, nec alius quiſquam patris nomine, *leg. ſed ſi vnius* 17. *§. ait prætor. & ſeqq. de iniur.*

g *Ceſſat de rato cautio.* Ratio dubitandi. Cùm quis iniuriarum agit nomine patris & tanquam ipſius procurator ob iniuriam illatam filio, cogẽdus eſt in præſtanda cautione de rato filij quoque perſonam comprehendere, id eſt, cauere filium quoque eam rem ratam habiturum, *l. ſi ſine ind.* 22. *§. penul infr. rem rat. hab.* Atqui nihil intereſt an pater ipſe agat, an alius eius nomine. Ergo etiam pater iniuriarum agens cogendus eſt cauere de rato.

Ratio decidendi. Nihil intereſt quod ad patrem attinet, an ipſe iniuriarum agat, an ipſius procurator. Sed intereſt quantum ad procuratorem propter rationem poſitam in *dict. §. penul.* Quæ ratio non habet locum in patre, quoniam actio iniuriarum, quam ſemel pater exercuit, conſumit actionem filio competentem, nec ad filium redire vnquam poteſt, adeóque nec ſi patris procurator eam exercuerit, dummodo ſciente patre. Sicut è contrario ſi filiusfamilias iniuriarum egerit, patri actio non competit, *lege ſed ſi vnius* 17. *§. ſi filiusfamilias. pen. de iniur.*

5 ¶ Si ſtatus controuerſiam cui faciat procurator: ſiue ex ſeruitute in libertatem aduerſus eum qui litiget [h], ſiue ipſe ex libertate in ſeruitem petat [i]: debet cauere ratam rem dominum habiturum: (& ita edicto ſcriptum eſt) vt ex vtroque latere quaſi actor habeatur [k].

Ad §. 5. ſi ſtatus.

h *Siue ex ſeruitute in libertatem aduerſus eum quis litiget.* Ratio dubitandi. Procurator hoc caſu reus eſt, non actor. Is enim qui ſe vindicat in libertatem, cùm antea in ſeruitutis poſſeſſione eſſet, actor eſt, aut ſaltem actoris partes ſuſtinet, *l. circa* 14. *de probatio.* Atqui ſolus actoris procurator cogitur cauere de rato. Procurator enim rei ſi nullum mandatum proferat, ſaltem defenſoris loco habetur. Defenſor autem cogitur quidem cauere & ſatiſdare iudicatum ſolui, & quidem proprio nomine, *l. qui in proprio* 46. *§. qui alium, infrà eod.* Sed non cogitur ſatiſdare dominum ratam rem habiturum, cùm iudicati actio in eum proprio nomine detur, *l. ſi procurator* 28. *in fin. ſuprà.* Ergo non eſt hoc caſu procurator ſatiſdare cogendus.

Ratio decidendi. Imò etiam hoc caſu procurator actor eſſe intelligitur, quia is qui ſe vindicat in libertatem, licèt fuerit antea in poſſeſſione ſeruitutis, hoc ipſo tamen conſtituitur in poſſeſſione libertatis ſtatim atque ordinata eſt cauſa liberalis, vt diximus ad §. 1. *l. ſeruum* 33. *ſuprà eod. ex l. ordinata* 24. *infr. de lib. cau.* Tametſi neceſſitas ei incumbat probandi ſtatus ſui propter quod non tam actor eſſe, quam actoris partes ſuſtinere dicitur, in *d. l. circa iunct. l. ſi prius* 15. *infr. de oper. noui nunciat.* Neceſſe igitur habet ſatiſdare vt alius quilibet actoris procurator, id eſt, quiſquis agit alieno nomine.

i *Siue ipſe ex libertate in ſeruitutem petat.* Ratio dubitandi, Etſi hoc caſu certum eſt procuratorem actorem eſſe, tamen videtur fruſtrà & inutiliter interponi ſtipulatio, Ratam rem dominum habiturum. Nam vel is qui ſtatus controuerſia fit, pronunciabitur ſeruus, vel liber. Si ſeruus nulla ei quæſita erit actio, quia nec acquiri potuit, ſed ipſi domino, cuius ſeruus eſt, ſi qua poſſet ei acquiri contra ſeipſum: ſi verò pronunciabitur liber, in infinitum extendetur quantitas ſtipulationis, quæ committitur ad id quod intereſt ſtipulatoris, cùm libertatis æſtimatio ſit infinita, *l. procurator* 8. *§. vlt. infr. ratam rem haber.* Inutilis ergo eſt ſtipulatio.

Ratio decidendi, Vtilis eſt, ſed eo demum caſu quo pronuncietur pro libertate, & ita tamen ſi certa quantitas in ſtipulatione comprehendatur, ne alioqui committatur inutiliter ſtipulatio, cùm libertatis æſtimatio nulla ſit hoc ipſo quod eſt infinita, *d. §. vlt. iunct. l. libertas* 106. *de reg. iur.*

k *Vt ex vtroque latere quaſi actor habeatur.* Nõ eſt igitur verè actor, ſed quaſi actor, nec tamen actoris partes ſuſtinet, niſi eo caſu quo is cui ſtatus controuerſia fit, erat antea in poſſeſſione libertatis, vt dixi ad principium paragraphi. Eſt autem valdè ſingularis hæc ſpecies, in qua etiam is qui conuenitur & in probationibus rei non actoris partes ſuſtinet, in cæteris tamen quaſi actor eſt. Iunge *§. ſeq.*

6 ¶ Eſt & caſus, quo quis eiuſdem actionis nomine & de rato caueat, & iudicatum ſolui, vtputà, poſtulata eſt cognitio de in integrum reſtitutione, cùm minor circumſcriptus in venditione diceretur, alterius procurator exiſtit. Debet cauere hic procurator & ratam rem dominum habiturum: ne fortè dominus reuerſus velit quid petere: item iudicatum ſolui: vt, ſi quid fortè propter hanc reſtitutionem in integrum præſtari adoleſcenti debeat, hoc præſtetur. Et hæc ita Pomponius libro 25. ad Edictum ſcribit.

Ad §. 6. Eſt & caſus.

Ratio dubitandi. Cautio de rato præſtatur ex parte actoris, cautio verò iudicatum ſolui ex parte rei, *l. in cauſa* 27. *§. 1. & l. ſeq. l. ſeruum* 33. *§. an prætor. & paſſim hoc tit.* Atqui non poteſt fieri vt idem ſit & actor & reus, niſi in tribus illis iudiciis, familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, quæ ob eam cauſam mixta appellantur, *l. 10. finium regundo. tit. l. actionis* 37. *§. 1. de obligat. & action.* Ergo nec caſus vllus eſſe poteſt, in quo eadem perſona debet cauere ratam rem haberi & iudicatum ſolui.

Ratio decidendi. Cùm minor qui ſe in venditione circumſcriptum dicit, poſtulauit cognitionem de in integrum reſtitutione aduerſus emptorem, & emptor cauſam agit per procuratorem, propter abſentiam, poteſt fieri vt emptor eiúſve procurator non tantùm pro reo haberi debeat, ſed etiam pro actore diuerſis reſpectibus. Pro reo quidem in eo quod defendit non eſſe minorem reſtituendum, pro actore verò in eo quod cùm reſtitutionis in integrũ mutuas habeat præſtationes & reputationes, *l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Quia reſtitutio ſic facienda eſt, vt ex vtraque parte omnia in priſtinum ſtatum reponantur, *l. quod ſi minor* 24. *§. reſtitutio, l. patri* 27. *§. 1. de minor.* Fieri poteſt vt dominus fortè reuerſus velit aliquid petere ex natura iudicij eo quoque caſu quo minor vicerit, ſi modò victoria ſua vti volet, *l. ſi iudex* 41. *eo. tit.* Et nihilominus aliquid viciſſim debeat præſtare adoleſcenti propter hanc reſtitutionem. Itaque ex qua parte poteſt fieri, vt emptor reuerſus aliquid velit petere, interponenda eſt ſtipulatio Ratam rem haberi, tanquam ex parte actoris. Quatenus verò aliquid viciſſim præſtare adoleſcenti fortaſſe debebit, interponenda eſt ſtipulatio iudicatum ſolui quaſi ex parte rei. Vtrique igitur cautioni locus ideo eſt, quia cognitio de reſtitutione, licèt neq; actio neque iudicium ſit, *d. l. quòd ſi min.* 24. *§. vlt.* Duplex tamen eſſe videtur, nec malè duplicibus illis actionibus comparanda.

7 ¶ Item ait, ſi ſuſpectus tutor poſtuletur, defenſorem eius oportere etiam de rato cauere, ne reuerſus ille velit retractare, quod actum eſt. Sed non facilè per procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur [1]. Quoniam famæ cauſa eſt: niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim: aut ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, prætor erat cogniturus.

Ad §.7. Item ait.

Ratio dubitandi. Defenſoris eſt cauere Iudicatum ſolui, non autem Ratam rem haberi. Defendere ſiquidem nihil aliud eſt quàm eandem vicem quam reus ſubire, *l. minor 51. §. quoniam. infr. hoc tit.* Reus autem ſatiſdat de iudicato ſoluendo, non de rato, ſicut è contrario actor de rato, non de iudicato ſoluendo, vt diximus ad *§. praced.* Ergo in propoſito caſu defenſor non eſt cogendus vt caueat de rato.

Ratio decidendi. Specialis caſus eſt in quo defenſor cogitur cauere de rato, quia non poteſt fieri in eum executio ſententiæ, quam neceſſe eſt ferri de fama, non de pecunia. Hæc enim ſola ratio eſt, propter quam defenſor quamvis agat ſine mandato, non tamen cogitur cauere de rato, quia ſcilicet iudicati executio in eum dari ſulet, non in eum quem ipſe defendit, *l. ſi procurator 28. in fin. ſuprà eodem l. ſi ad defendendum* 10. *iudicatum ſolui.* Et ob id nimirum ſuſpecti poſtulatus tutor, qui abſens defenſus eſt, cùm non ipſe, ſed ipſius defenſor fuerit condemnatus retractare quæſtionem poteſt: quæ res facit vt iudicium inutiliter à defenſore acceptum fuiſſe appareat, niſi de rato cauerit, vt nolente tutore ratum habere poſſit defenſor teneri ad omne id quod intereſt ſtipulatoris.

1 *Sed non facile per procuratorem quis ſuſpectus poſtulabitur.* Atqui loquimur de ſuſpecto tutore qui defenditur, non qui accuſatur, & qui defenditur per defenſorem ſine vllo mandato, non per procuratorem. Inepta igitur eſt hæc adnotatio, & planè Triboniano digna, qui haud dubiè his verbis nihil aliud ſignificare voluit, quàm quòd potuerat & debuerat ſic exprimere. *Sed non facilè poteſt per procuratorem quis defendi, cùm ſuſpectus poſtulabitur.* Idque indicat etiam ratio quæ ſequitur, *quoniam fama cauſa eſt.* Nec enim poſſis ex eo inferre. Non poſſe igitur quem ſuſpecti poſtulari per procuratorem, ſed hoc tantùm, non poſſe quem defendi, niſi conſtet ei à tutore mandatum hoc nominatim fuiſſe, vt ſequitur in textu. Quæ etiam ratio oſtendit non de eo qui per procuratorem ſuſpectus poſtuletur, ſed qui per procuratorem defendatur. Tutor enim ille eſt, qui ſuſpectus poſtulatur, non qui ſuſpectum poſtulat. Deinde ſolet Tribonianus requirere vt nominatim & ſpecialiter quid fiat etiam cùm non eſt neceſſe, aut cùm ineptè dicitur, ſicut in propoſito. Nam cùm tractet Vlpianus de defenſore, quem vult cogendum eſſe vt de rato caueat, quis non videt non poſſe locum hunc intelligi de defenſore; cui tutor ſui defenſionem mandauerit nominatim? Nec enim vnquam euenire poteſt vt de rato cauere debeat is qui probat ſibi aliquid nominatim mandatum fuiſſe, *lege ſi procuratorem* 65. *infrà eod.* Sed nec abſurdi quicquam eſt, etiamſi ſuſpecti accuſatio famæ cauſa ſit, defendi tamen ſuſpectum per procuratorem, imò per defenſorem, qui nec dicat ſe procuratorem, ſi modò caueat de rato, vt in principio huius §. Vlpianus ex Pomponio ſcribit. Ita enim fit vt tutore nolente ratum habere, ſed retractante quod actum eſt, conſequatur tamen accuſator quanti ſua intereſt, quo nomine ſi certa quantitas deducta ſit in ſtipulationem expedita eſt, & euidens vtilitas ſtipulationis. Rurſus quod additur, *aut ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, prætor erat cogniturus*, non habet bonam ſententiam. Etſi enim etiam abſente tutore, ſi nemo eum defendat, prætor æquè cogniturus fuit, & tutorem condemnaturus, idcóque defenſorem quemlibet admittere debet, vt aliquis ſit potiùs quàm nullus, vt in *l. exigendi* 12. *Cod. h. t.* Multùm tamen intereſt an condemnetur tutor indefenſus, an verò habuerit defenſorem. Cùm defenſor aliquis fuit, condemnatur non tutor, ſed defenſor, qui tamen ſuſpectus ipſe eſſe non poteſt: nec proinde vllum ex condemnatione incommodum pati, ſi non cauerit de rato. Cùm verò tutorem nemo defendit, & eo non tantùm abſente, ſed etiam contumace prætor de ſuſpecto cognoſcit ac pronunciat, neceſſe eſt vt ſententia concipiatur in perſonam ipſius tutoris, & habet effectum, licèt de rato cautum non ſit. Quis enim illo caſu cauere poſſet? Ergo quod nemine tutorem defendente prætor æquè cogniturus erat, non facit vt ſi defenſor aliquis appareat, eo minùs cauere debeat de rato, qui tamen nullomodo cogeretur cauere ſi haberet mandatum ſpeciale. Non igitur bene caſus iſti comparantur. Scio Haloandrum locum hunc ita emendaſſe, vt pro *accuſabitur* legerit *excuſabitur*, quæ lectio ſanè minùs mala eſt, ſed tamen nec placere mihi poteſt. Primùm quia cætera quæ diximus ſemper me mouent, vt Triboniani manum agnoſcere mihi videar. Deinde quia non quemadmodum dicimus ſuſpectum quem poſtulari, ita poſſit quis dicere bene ſuſpectum quem excuſari. Excuſatur namque innocentia, accuſatur crimen, aut ſaltem ſuſpicio criminis, *l. ſeruum quoque* 33. *§. publicè, ſuprà eod.* Denique longè aliud eſt excuſari abſentem, aliud verò defendi. In capitalibus iudiciis poteſt abſentis innocentia excuſari, quæ tamen non poſſet per alium etiam procuratorem, & mandatum habentem defendi, *d. §. publicè.* iunct. *l. inter.* 16. *& l. pen. §.* 1. *de publ. iudic.* Non potuit ergo verbum excuſationis vſurpari cum de plena defenſione ageretur. Alioquin excuſari per alium innocentiam abſentis tutoris, qui ſuſpectus poſtulatur, etiamſi famæ cauſa ſit nihil prohibet, cùm in capitalibus quoque cauſis, quæ multò grauiores ſunt, & quæ defenſorem non admittunt, ea tamen excuſatio, quæ per alium pro abſente fit, recipiatur.

40. IDEM lib. 9. ad Edictum.

POmponius ſcribit, non omnes actiones per procuratorem poſſe quem inſtituere. Denique vt liberi, qui in poteſtate abſentis dicuntur, ducantur, interdum non poſſe deſiderare ait: niſi, vt Iulianus ait, cauſa cognita: id eſt, ſi & nominatim ei mandatum ſit, & pater valetudine, vel alia iuſta cauſa impediatur.

Ad l. Pomponius 40.

Ratio dubitandi. Vſus procuratorum introductus eſt, vt qui agere ipſi per ſe vel nolunt vel non poſſunt, per alium poſſint, *lege* 1. *§. vſus. ſuprà eodem.* Ergo indiſtinctè permittendum eſt cuiliber vt actionem quamlibet per procuratorem inſtituere poſſit.

Ratio decidendi. Regulariter quidem id verum eſt, ſed non ſemper. Quid enim ſi agatur de filio ducendo, qui in parentis abſentis poteſtate eſſe dicatur? (Quam in rem competebat olim interdictum De liberis exhibendis,

exhibendis, item ducendis, *l. 1. & paſſ. tot. ill. tit.* Hodie actio extraordinaria in vicem & locum veteris interdicti ſubſtituta, vt habet *titul. De interdic. ſiue extr. action.* Quæ pro his competunt, *& Inſt. eo. tit.*) Non eſt ſanè permittendum cuilibet etiam dicenti & probanti ſe procuratorem patris, in cuius poteſtate filius eſſe dicitur vt filium ducat, ſed cauſa tantum cognita, id eſt duobus iſtis concurrentibus, vt & mandatum ei ſit nominatim, & pater valetudine, vel aliqua ſimili de cauſa impediatur, ne per ſe interdicto experiri poſſit. Nimirum quia res hæc tanti momenti eſt, vt digna ſit quam pater ipſe per ſe expediat ſi facere poſſit, ſiue ius ſui hæredis ſpectes ex perſona illius qui in poteſtate eſt, ſiue ex perſona illius qui habet in poteſtate. Nam ex vtraque parte eſt inæſtimabile, habétque maxima & commoda & incommoda, vt alibi ſcripſi.

1 ¶ Si ſtipuletur procurator damni infecti, vel legatorum debebit de rato cauere.

Ad §. 1. Si ſtipuletur.

Ratio dubitandi. Is demùm cauere de rato cogitur ex edicto qui agit alieno nomine, *leg. ſeruum. 33. §. ait prætor. ſupra eodem.* Atquin is qui ſtipulatur damni infecti vel legatorum nomine non agit. Nec enim ſtipulatio eſt actio, ſed contractus qui verbis perficitur, ex quo naſcitur actio. Ergo ſiue ex his cauſis, ſiue ex qua alia ſtipuletur aliquis, non ideò cauere de rato debet.

Ratio decidendi. Huiuſmodi ſtipulationes & aliæ ſimiles, quas cautionales appellamus, dicuntur habere inſtar actionum, *l. 1. §. cautionales, de ſtipulat. prætor.* Et vicem actionum repræſentant, *leg. non tantùm 50. rat. rem. haber.* Ideóque actionis appellatione continentur, *l. actionis 37. de oblig. & actio.* vt dixi ad *l. ſed & hæ 35. §. non ſolùm. ſupra hoc tit.*

2 ¶ Sed & is, qui, quaſi defenſor, in rem actione conuenitur, præter ſolitam ſatiſdationem iudicatum ſolui, etiam de rato debet cauere. Quid enim, ſi in hoc iudicio rem meam eſſe pronuncietur: reuerſus ille, cuius defenſor extiterat, velit fundum vindicare? nónne ratum non videtur habere, quod iudicatum eſt? denique ſi verus procurator extitiſſet, vel ipſe præſens cauſam ſuam egiſſet, & victus eſſet: ſi à me vindicaret, exceptione rei iudicatæ ſummoueretur: & ita Iulian. lib. 50. Digeſt. ſcribit. Nam cùm iudicatur rem meam eſſe, ſimul iudicatur illius non eſſe.

Ad §. 5. Sed & is.

Ratio dubitandi. Is qui quaſi defenſor conuenitur, ſiue in rem, ſiue in perſonam actione, non ad aliud tenetur quàm vt proprio nomine ſatiſdet iudicatum ſolui, *l. ſi procurator 28. ſupra hoc tit. leg. qui ad defendendum 10. & paſſ. iud. ſol.* Nec enim debet ipſius conditio durior eſſe quàm domini, niſi quod ad illam ſatiſdationem, *l. ſed & hæ 35. §. defendere ſuprà, l. minor 51. §. 1. infra eod.* Ergo non eſt cogendus vt caueat etiam de rato.

Ratio decidendi. Cùm actione in rem conuenitur quis quaſi defenſor & condemnatur, non poteſt iudicato ſatisfacere patiendo ſolam iudicati executionem, nec ſi poſſeſſionem rei, quæ petebatur, transferat in petitorem. Quid enim ſi abſens dominus reuerſus eam ipſam rem, cuius poſſeſſio in actorem tranſlata fuit, vindicare velit? Vtique tam facit contra iudicatum, quàm ſi poſſeſſionem in aduerſarium transferri non pateretur. Hoc ipſo namque quod pronunciatur rem eſſe actoris in ſolidum, pronunciatur quoque non eſſe rei qui defenditur, nec alterius cuiuſlibet, *l. ex ſextante 30. §. vlt. de excep. rei iudic.* cùm non poſſit eſſe duorum, *leg. 5. §. ſi duobus vehiculum. ff. commod.* Non aliter igitur defenſor qui iudicato ſatisfacere omnino cogitur, videri poteſt boni defenſoris partes impleuiſſe, quàm ſi cauerit de rato, quia nec aliter poteſt actor tutus eſſe, qui tamen contra defenſorem iudicium inſtituere compellitur, quandoquidem recuſare non poteſt quominus defenſor admittatur, ſi talis ſit eius perſona, cui nihil poſſit obiici. Sed hoc caſu cautio de rato pars veluti quædam eſt cautionis iudicatum ſolui, in eáque conſiſtit, vt proinde mirum videri non debeat, ſi à defenſore quoque præſtetur contra regulas iuris. Nec ad rem facit, quod dominus ipſe, aut, vt meliùs dicam, poſſeſſor ſi iudicium in rem acciperet, cogeretur tantùm ſatiſdare de iudicato ſoluendo, non etiam de rato *tit. de ſatiſd. Inſt.* Satiſdatio enim de rato in perſona eius qui ſuo nomine conuenitur, & inepta eſt, & inutilis. Inepta, quoniam refertur ſemper ad voluntatem & factum alterius, id eſt domini: hic verò idem eſſet & dominus & qui caueret. Inutilis, quoniam poſſeſſor qui condemnatus aut potiùs victus fuit (neque enim vlla in actionibus in rem fit condemnatio, vt docui, *lib. 15. Coniect. c. 1.*) Si poſtea eandem rem petere ac vindicare velit, repellitur exceptione rei iudicatæ, quod non ſimiliter dici poteſt victo defenſore. Nulla enim, ex eiuſmodi iudicato naſci poteſt actio vel exceptio, niſi contra defenſorem ipſum, qui ſolus iudicium accepit & quidem ſuo nomine, licèt quaſi abſentis defenſor. Secus eſſet ſi verus procurator extitiſſet, quia tunc eo victo ille ipſe, qui eum procuratorem conſtituiſſet victus videretur, eique noceret & actio & exceptio rei iudicatæ. Et tamen verus quoque procurator de rato cauere cogitur, ſed ita ſi de mandati veritate vel validitate dubitetur, non aliter, *l. 1. Cod. h. t.* Eſt verò inutilis ſemper cautio, cùm non poſſit dominus ratum non habere factum veri procuratoris. Nam nec vlla ratihabitione opus eſt, vbi verum mandatum interceſſit. Ergo de falſo non de vero procuratore accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. vlt. de fideiuſſ.* & aliis ſimilibus.

3 ¶ Ratihabitionis autem ſatiſdatio ante litis conteſtationem à procuratore exigitur: cæterùm, ſemel lite conteſtata, non compelletur ad cautionem.

Ad §. 3. Ratihabitionis.

Ratio dubitandi. Ratihabitionis ſatiſdatio prætoria eſt, & interponitur ex voluntate prætoris id agentis quantum poteſt, ne fruſtrà iudicium accipiatur, ne ſcilicet poſtea neceſſe etiam ſit fruſtrà iudicari. Atqui litis conteſtatio facta cum falſo procuratore non impedit quominus æquè fiat irritum & inutile iudicium & iudicatum, ſi dominus ea quæ cum falſo procuratore geſta ſunt rata habere nolit. Æquè igitur hoc etiam caſu interponenda eſt ſatiſdatio ratihabitionis poſt litem conteſtatam, *l. 1. C. de conſort. eiuſd. lit.*

Ratio decidendi. Per litis conteſtationem quaſi contrahitur, *lege 3. §. idem ſcribit de peculio.* Et poſt id tempus non amplius res agitur apud prætorem, ex cuius auctoritate ſtipulationes prætoriæ interponuntur, ſed apud iudicem, ad quem non pertinet vt iubeat caueri de rato: ſibique debet imputare is qui litem conteſtatus eſt non petita huiuſmodi ſatiſdatione. Nec enim id agit prætor vt alteruter litigatorum ſatiſdatione oneretur, ſed tantùm vt caueatur petenti.

Peti autem debet ante litem conteſtatam aut in ipſa litis conteſtatione. Vnde eſt quod exceptio iſta quæ opponitur actori qui ſatis non dedit, dicitur dilatoria. Omnes autem dilatoriæ exceptiones opponi debent ante litem conteſtatam, *leg. exceptionem* 19. *Cod. de prob. l. pen. Cod. de except.* Neque pugnat, *d. l. 2. Cod. de confort. eiuſd. lit.* Ibi enim tractatur de hac exceptione danda non poſt litem conteſtatam, ſed poſt litem ordinatam, quod diuerſum eſt. Conſtituitur per litis conteſtationem: ordinatur verò per ea quæ ſunt præparatoria conteſtationis, *l. ordinata* 24. *de liber. cauſ. l. lite* 14. *Cod. eo.*

4 ¶ In his autem perſonis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum eſt, ſi fortè euidens ſit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interueniunt, debere eos repelli. Ergo non exigimus, vt habeant voluntatem, vel mandatum, ſed ne contraria voluntas probetur, quamvis de rato offerant cautionem.

Ad §. 4. In his autem.

Ratio dubitandi. In hoc tractatu de procurationibus inuitus accipitur is non ſolùm qui contradicit, ſed & qui non conſentit, *l. filiusfamilias* 8. §. *inuitus. ſupra hoc titul.* Ergo nunquam ſufficit aliquem non contradicere, niſi etiam conſentiat, ſiue agamus de illo qui procurator datur, ſiue de illo cuius procuratorem quis ſe dicit.

Ratio decidendi. Ex parte procuratoris quidem hoc verum eſt, Non conſentientem dare procuratorem pro inuito accipiendum eſſe. Sed non ex parte illius cuius procurator quis dicitur. Nam poſſum etiam ignorantis procuratorem me dicere, & eo nomine agere tanquam procurator, dummodo caueam de rato, valebúntque geſta procuratorio nomine, ſi ratihabitio ſequatur, quod non ſimiliter dici poteſt de iis quæ geſta ſunt pro contradicente & vere inuito. Mandatum ſanè aliquod neceſſarium eſt, ſed vel expreſſum, vel tacitum. Tacitum autem duplex eſt, alterum quod ex ratihabitione inducitur, & hoc parum diſtat ab expreſſo, cùm ratihabitio ipſa expreſſa ſit: alterum quod habere intelliguntur coniunctæ perſonæ, quoties agunt pro coniunctis, de quo agitur in hoc §. & in *l. ſed & hæ* 35. *ſupr. eod. l. exigendi.* 12. *C. eod.* Hoc verò cùm non ſit niſi præſumptum, vt qui agit non cogatur exhibere & probare mandatum, proculdubiò ceſſat, cùm appareat euidenter de contraria voluntate. Semper enim præſumptio probationi & veritati cedit, *l. ſi chirographum* 24. *de probat.* Nec oblata cautio de rato quicquam prodeſſe poteſt, cuius ſcilicet nullus vſus eſt, niſi in dubia eius pro quo agitur voluntate, *l. 1. C. eod. hoc tit.*

a *Debere eos repelli.* Ratio dubitandi. Hæ perſonæ non coguntur probare mandatum, *l. exigendi* 12. *C. hoc tit.* Ergo nihil intereſt an pro ſe habeant vel contra ſe voluntatem eorum pro quibus interueniunt.

Ratio decidendi. Vt non cogantur probare mandatum ex eo fit quod tacitam voluntatem habere præſumuntur, cui præſumptioni locus nullus relinquitur cùm de veritate conſtat in contrarium, vt proximè diximus. Nec enim prætoris edictum, ex quo admittuntur ſine mandato, facit eos procuratores, *l. 3. §. ſed & ſi fortè iudicat. ſolui.* Et tamen etiamſi eſſent veri procuratores, haberéntque mandatū expreſſum, deſinerent eſſe procuratores finita voluntate ſaltem ante litem conteſtatam, *l. ante litem.* 17. *ſuprà h. tit. l. ſi verò.* 15. §. *penult. mandat.*

b *Quamvis de rato offerant cautionem.* Ratio dubitandi, Satiſdatio facit vt de indemnitate ſecurus ſit aduerſarius, *lege prima, ſupr. qui ſatiſdare cogantur.* Ergo non eſt repellendus is, qui alieno agit nomine, ſi caueat de rato, quamvis agat contra alterius voluntatem.

Ratio decidendi. Satiſdatio affert quidem indemnitatem, ſed non debet ea res facere vt ſemper & omnimodo audiendus ſit is qui offert ſatiſdationem. Quid enim ſi id ſibi licere velit, ex quo alius iniquè damnum aliquod ſenſurus ſit? An non melius eſt impedire ab initio ne damnum emergat, quàm de indemnitate præſtanda poſtmodum diſputare? Sic in *leg. teſtamento* 57. §. *non omnimodo. de teſtamentaria tutela. l. ſuſpectus* 5. *& ſequent. de ſuſpect. tutor.* Atqui damnum & incommodum nec modicum eſt, quod quis lite vexetur, quam fortaſſis redimere quocunque pretio mallet, adeóque interdum potiùs re ipſa carere, *leg.* 4. *de alienat. iudic. mutand. cauſ. fact.* Melius igitur eſt vt eum vexare prohibeatur is qui alieno tantùm nomine agere vult contra domini voluntatem. Intereſt enim cuiuſque non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. de compenſat. l. ſi ſtipulatus.* 15. *de fideiuſſoribus.* Nec æquum eſt obligari quemquam aut incommodo aliquo affici ob id ſolum, quia poſtmodum recepturus ſit ab alio quod ipſe præſtiterit, ſi alia cauſa non ſit eius obligandi, *l. nemo ideo* 171. *de regul. iur.*

41. Pavlvs lib. 9. ad Edictum.

FOeminas pro parentibus agere interdum permittetur cauſa cognita: ſi fortè parentes morbus, aut ætas impediat nec quemquam, qui agat, habeant.

Ad l. Fœminas 41.

Ratio dubitandi. Alienam ſuſcipere defenſionem virile eſt officium, & vltra ſexum muliebrem id eſſe conſtat, adeò vt neque matri pro filio agere permittendum ſit etiam impubere, cui ob hanc cauſam tutorem potiùs petere ipſa debet, *l. alienam* 18. *C. h. t. l. liberto* 31. §. *pen. ſupr. de neg. geſt.* Ergo multò minùs permittendum vnquam eſt filiæ vt agat pro patre. cùm neque maior poſſit eſſe affectio liberorum erga parentes, quàm parentum erga liberos, neque maior ratio habenda ſit huius affectionis perſonarum, quàm publicæ honeſtatis.

Ratio decidendi. Facilius eſt vt liberis permittatur etiam fœminis agere pro parentibus, quàm vt matri permittatur agere pro liberis etiam impuberibus. Nam impuberibus liberis tutor dari poteſt, ipſa etiam matre id poſtulante, vt *in dict. leg. alienam.* At parentibus prouideri ea ratione non poteſt nec alia vlla, ſi fortè aut abſentes illi ſint, aut valetudine impediantur, nec quiſquam ſit qui eorum nomine agere velit. Non enim ſicut inuitus quis tutor eſſe cogitur, ita & inuitus procurator. Hoc ergo caſu permittendum eſt filiæ vt agat pro patre, ſed cauſa cognita. Nec enim verendum eſt ne quid inhoneſtè fiat, cùm id agitur vt pietatis officia cuſtodiantur, quæ violari publicè priuatímque inhoneſtum ſemper eſt. Eadem ratione puto etiam matri, quanquam difficiliùs, permittendum eſſe interdum cauſa cognita vt agat pro filio, ſi fortè pupillus in ea cauſa ſit vt tutor ei tam citò ad agendum dari non poſſit, quod tamen non niſi perrarò euenire poteſt.

42. Idem lib. 8. ad Edictum.

LIcèt popularibus actionibus procurator dari non poſſit [a], tamen dictum eſt meritò eum, qui de via publica agit [b], & priuato damno ex prohibitione afficitur, quaſi priuatæ actionis

dato

dare poſſe procuratorem. Multò magis dabit ad ſepulchri violati actionem [c] is ad quem ea res pertinet [d].

Ad l. Licèt 41.

a *In popularibus actionibus procurator dari non poſſit.* Ratio dubitandi. Qui populari actione conuenitur, procuratorem ad defendendum dare poteſt, *l. qui populari 5. infrà de popul. action.* Ergo & ad agendum dare poterit is qui eam mouet.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio, vt conſtat ex *dicta lege 5.* Et ratio diuerſitatis eſt, quia contra bonos mores eſſe videtur, vt ei qui populi procurator eſſe noluit ad tuendum ius populi actione populari, licere debeat in eo ipſo negotio procuratorem agere priuati. Quod non idem eſt in procuratore dato ad defendendum. Publicè namque intereſt defendi quoſcunque à quibuſcunque, *l. ſeruum 37. §. publice ſup. eod.* Etiamſi contra populum litigandum habeat aut contra Principem, qui hodie vice populi eſt. Poteſt alia etiam ratio afferri ſumpta non ex perſona procuratoris, ſed ex perſona eius qui dat procuratorem. Qui enim agit populari actione vltrò & voluntariè agit cùm nihil fortaſſe intersit ipſius priuatim, & agit alieno nomine ſcilicet populi, cuius veluti procurator eſſe intelligitur. Siquidem ad tuendum ius populi in quo publica vtilitas verſatur, quilibet è populo cenſendus eſt habere mandatum, non à populo ſolum, ſed à natura ipſa, quæ nos omnes patriæ non minùs quàm nobis ipſis naſci voluit, *l. 1. §. & generaliter de ventr. in poſſ. mitt.* Præſertim cùm ipſe populus agere per ſe non poſſit. Procurator autem alium procuratorem dare non poteſt niſi poſtquàm factus eſt dominus per litis conteſtationem, *l. procuratoribus 22. & ſeq. C. hoc tit.* At is qui conuenitur populari actione propriam rem tuetur, nec procuratoris, ſed domini iure, ideóque procuratorem conſtituere poteſt, perinde ac ſi priuata actione conueniretur, quia nec eius quicquam intereſt an à pupillo ſiue populi nomine, an à priuato ſiue priuati nomine conueniatur.

b *Eum qui de via publica agit.* Ratio dubitandi. Qui de via publica agit de iure populi agit. Via enim publica populi eſt, adeò vt nec populus eam poſſit amittere non vtendo, *l. 2. de via public. & in itin. pub. refic.* Nam & quæcunque publica ſunt ideò ſic appellantur, quaſi, *populica.* Atqui is qui de populi iure experitur non poteſt dare procuratorem, vt proximè dictum eſt. Ergo neque huic qui de via publica agit permittendum eſt vt poſſit procuratorem dare.

Ratio decidendi, de via publica poteſt agi, vel ab eo qui damnum nullum patiatur ex prohibitione, vel ab eo qui è contrario afficiatur damno aliquo ex prohibitione. Primo caſu actio merè publica eſt, §. 1 *ne quid in loc. public.* Et ideò nec procuratorem dare actor poteſt. Poſteriore verò partim publica partim priuata actio eſt, & interdictum illud de via publica quamvis competat omnibus tanquam publicum, tamen non habet condemnationem niſi in id quod intererit actoris, *l. 1. §. vlt. de via publ. & itin. public. refic.* Nihil ergo vetat quominus talis actor procuratorem dare poſſit tanquam in qualibet alia actione rei priuatæ.

b *Ad ſepulchri violati actionem.* Ratio dubitandi. Sepulchri violati actio popularis eſt, *l. 3. §. vl. de ſepulchr. violat.* Atqui in popularibus actionibus procurator dari non poteſt, vt ſuprà diximus. Ergo neque in actione ſepulchri violati.

Ratio decidendi. Actio ſepulchri violati competit quidem omnibus quia popularis eſt, ſed tamen habet interdum admixtam vtilitatem priuatam actoris, nempe quoties ipſius priuatim intereſt, *d. l. 1. §. qui de ſepulchri. & §. ſi is cuius.* Hoc ergo poſteriore caſu non etiam prorſus poterit actor procuratorem dare.

d *Ad quem ea res pertinet*, id eſt, *cuius intereſt.*

1 ¶ Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari poteſt. Nam, & ſi pro publica vtilitate exercetur, priuata tamen eſt.

Ad §. 1. Ad actionem.

Ratio dubitandi. Actio iniuriarum quæ ex lege Cornelia exercetur eſt criminalis, cùm deſcendat ex lege publici iudicij. Atqui criminalis actio præſertim quæ ſit publici iudicij non poteſt per procuratorem exerceri. Et ſolis illuſtribus hoc pro priuilegio datum eſt à Zenone, in *l. vlt. C. de iniur.* Ergo ad eam actionem procurator dari non poteſt.

Ratio decidendi. Etſi duplex actio iniuriarum eſt vna prætoria, quæ ex edicto prætoris deſcendit, altera legitima quæ ex lege Cornelia, *l. 5. in princip. & §. illud quæritur de iniur.* Vtraque tamen ciuilis eſt, & ciuiliter moueri poteſt etiam illa quæ ex lege Cornelia deſcendit, *l. conſtitutionibus 37. §. 1. eod.* Exercetur enim pro publica quidem vtilitate, ſed tamen priuata actio eſt, quoniam actor per eam conſequitur quanti ſua intereſt. Procurator autem non prohibetur dari in alia actione iniuriarum, quàm quæ criminaliter inſtituatur, *d. l. vlt. & §. in ſumma Inſt. eod.*

2 ¶ Ea obligatio, quæ inter dominum, & procuratorem conſiſtere ſolet, mandati actionem parit [a]. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati [b]: ſicut euenit: cùm in rem ſuam procuratorem præſtamus, [c], eóque nomine iudicatum ſolui promittimus: nam ſi ex ea promiſſione aliquid præſtiterimus, non mandati, ſed ex vendito, ſi hæreditatem vendidimus: vel ex priſtina cauſa mandati [d] agere debemus: vt fit, cùm fideiuſſor reum procuratorem dedit.

Ad §. 2. Ea obligatio.

a *Mandati actionem parit.* Directam quidem ex parte mandantis, contrariam verò ex parte mandatarij.

Ratio dubitandi. Qui mandat non ſibi legem dicit, ſed mandatario, quoties ſolius mandantis gratia mandatum contrahitur, *l. 2 mandat.* Solum ergo mandatorem ſibi obligat non ſe mandatario.

Ratio decidendi. Solum mandatarium ſibi obligat principaliter, ſed tamen ſe quoque obligat mandatario per conſequentias, quoniam id ex bona fide eſt, vt dicemus *ad tit. mandat.*

b *Non contrahitur obligatio mandati.* Ratio dubitandi. Quoties mandatum intercedit vtiliter contractus mandati eſt, Atqui ex contractu mandati neceſſe omnino eſt, vt vel mandati obligatio naſcatur, vel prorſus nulla. Nec enim obligationes quæ ex contractibus naſcuntur aliud nomen habere poſſunt, quàm contractus ipſi à quibus naſcuntur, neque rurſus actiones aliud nomen quam obligationes à quibus proficiſcuntur.

Ratio decidendi. Mandatum cùm ita fit, vt ſit contractus per ſe ſubſiſtens nihil niſi obligationem & actionem mandati producere poteſt. At ſi fiat in conſequentiam & executionem alterius negotij principalioris, nullam obligationem aut actionem nouam parit, quia nec neceſſe eſt cùm ſufficiat prior. Nunquam enim ius ciuile

patitur induci nouam obligationem, quæ futura ſit ſuperuacua, quoniam obligatio quælibet aliquatenus odioſa eſt ex qua parte inducit vinculum iuris, *tit. de oblig. Inſtit.* per quod libertas ciuis Romani quodammodo imminui videtur.

c *Sicut euenit cùm in rem ſuam procuratorem præſtamus.* Exemplum ſubiicitur, ſi quis hæreditatem vendat & emptorem conſtituat procuratorem in rem ſuam, vt habeat ille directas actiones ex perſona venditoris, cùm ex ſua & propria non niſi vtiles habiturus eſſet ex reſcripto D. Pij, de quo in *l. ſi cum emptore* 16. *ſuprà de pact.* Ergo ſi venditor hæreditatis emptorem conſtituerit procuratorem in rem ſuam, & pro eo tanquam pro ſuo procuratore iudicatum ſoluit promiſerit (ſtipulatio enim iſta non à procuratore, ſed à domino litis interponi ſolet, *l. ſi ad defendendum* 10. *iudic. ſolui.*) Mox ex ea promiſſione aliquid præſtiterit, non mandati agere debebit, vt indemnitatem conſequatur, ſed actione ex vendito quæ competit hæreditatis venditori contra emptorem, *l.* 2. *C. de hæred. vel actione vend. l.* 2. *infrà eo. tit. tit.*

Ratio dubitandi. Non eſt nouum vt plures actiones eidem pro eadem etiam re dentur, dum ita tamen vt alia per aliam conſumatur, & actor, habeat tantùm electionem vtra agere malit. *l. cùm filius* 76. §. *variis. de legat.* 2. *lege quoties* 41. *de oblig. & action.* Ergo cùm in propoſito & mandatum & venditio interuenerit, vtraque actio competere debet & ex vendito & mandati.

Ratio decidendi. Cùm vtraque actio ſit bonæ fidei & æquè plena, neque neceſſitas, neque vtilitas vlla eſt quæ ſuadeat, vt præter actionem ex vendito actio quoque mandati inducatur: nam neque mandatum hoc caſu interuenit animo nouæ obligationis inducendæ, ſed prioris potiùs implendæ. quæ contracta fuerat per venditionem. Ideóque ne actus operetur vltra intentionem agentis contra, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* Dicendum eſt nullam hîc obligationem aut actionem aliam eſſe quàm venditi.

d *Vel ex priſtina cauſa mandati.* Id eſt, ex priore actione mandati, quæ competebat ex negotio geſto priùs etiam, quàm mandatum in rem mandatarij factum eſſet. Exemplum eſt cùm fideiuſſor reum procuratorem dedit, & pro eo tanquam pro ſuo procuratore interpoſuit cautionem iudicatum ſolui. Nam ſi poſtmodum aliquid ea de cauſa præſtiterit, non eſt neceſſe vt ad conſequendam indemnitatem noua ei naſcitur actio mandati, cùm ſufficiat prior quam habet ex cauſa fideiuſſionis. Neque enim neceſſitatem habuiſſet rei conſtituendi procuratoris in rem ſuam ad ſe defendendum, niſi pro eo priùs fideiuſſiſſet. Quod ergo poſteà factum eſt, à fideiuſſore cùm ob fideiuſſionem factum ſit, debet vtique in eam ipſam actionem venire quæ ex fideiuſſione iam nata erat.

3 ¶ Is, cui hæreditas ex Trebelliano ſenatuſconſulto reſtituta eſt, hæredem iurè dabit procuratorem.

Ad §. 3. *Is cui.*

Ratio dubitandi. Debet eſſet diſtincta perſona domini & procuratoris. Nec enim poteſt fieri, vt quis ſit ſui ipſius procurator. Atqui hæres qui fideicommiſſariam hæreditatem reſtituit etiam poſt reſtitutionem hæres nihilominus manet, §. *reſtituta. inſtit. de fideic. hæred.* & conſequenter dominus, cùm hæredis nomen ipſum nihil aliud ſonet quàm dominum, §. *vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ. l. de hæreditate* 19. §. *pater. de caſtren. pecul.* Non poteſt igitur fieri vt in actionibus hæreditatis exercendis ſit ille fideicommiſſarij procurator. Nam etſi vellet agere fideicommiſſarij nomine non alias quàm vtiles actiones exercere poſſet, quia nec alias habet fideicommiſſarius, *l.* 1. *l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano. & paſſ. ad SC. Trebell.* Atqui iam habet directas tanquam hæres, & ex propria perſona etiam inuito fideicommiſſario, *d.* §. *qui ex Trebelliano. l. ſi hæres.* 70. *eod.* Non poſſunt autem directæ & vtiles in eadem perſona concurrere, quia directæ cùm ſint pleniores & potentiores tollunt ipſo iure vtiles tanquam minores & infirmiores, *d. l. ſi hæres. l. ſi reus* 13. *de duob. reis.* Ergo hæres qui hæreditatem reſtituit, non poteſt fideicommiſſarij procurator eſſe.

Ratio decidendi. Quamvis hæres etiam poſt reſtitutam hæreditatem hæres maneat, fideicommiſſarius autem hæredis loco ſit, *d.* §. *reſtituta. l.* 2. *ad Trebell.* Alia tamen eſt perſona hæredis, alia fideicommiſſarij, cúmque fideicommiſſarius actiones omnes hæreditarias exercere poſſit pro ſuo iure inuito etiam hærede qui ſi directas exercere velit omnimodo ſubmouendus eſt exceptione reſtitutæ hæreditatis, quemadmodum ſi qua actione directa conueniretur poſſet actorem eadem exceptione ſubmouere, *d.* §. *qui ex Trebelliano*, conſequens eſt vt non minùs hæres ipſe, quàm alius quilibet fideicommiſſarij procurator eſſe poſſit, vt ſcilicet actiones exerceat vtiles quæ fideicommiſſario competunt, non vt directas. Nec enim quicquam vetat & directas & vtiles actiones in eandem perſonam concurrere, dummodò diuerſis reſpectibus, putà ſi directas habeat ſuo iure eaſque inutiles, & inefficaces propter auctoritatem ſenatuſconſulti Trebelliani, vtiles verò & efficaces ex perſona fideicommiſſarij ac tanquam ipſius procurator. Sicut è contrario poteſt quis vtiles actiones habere ex propria perſona, directas verò ex perſona alterius ſi factus ſit procurator in rem ſuam ex ea cauſa ex qua vtiles etiam habeat ſuo iure poſt reſcriptum D. Pij, vt in *l. ſi cum emptore* 16. *ſuprà de pact. l. emptor* 5. *l. poſtquàm* 7. *& ſeq. C. de hæred. vel act. vendit.* Et ſanè actiones directæ quæ remanent in perſona hæredis poſt reſtitutam hæreditatem, cùm ſint inutiles & inefficaces propter exceptionem, non poſſunt eam vim habere, vt tollant vtiles, quæ ſemper ſunt efficaces, niſi in caſu, *d. l.* 70. *ad Trebell.*

4 ¶ Sed & dominum pignoris creditor rectè dabit procuratorem ad Seruianam.

Ad §. 4. *Sed & dominum.*

Ratio dubitandi. Creditor quaſi procurator debitoris ſui intelligitur eſſe in pignore: poſſidet enim pignus pro alieno, *l. pignori* 13. *de vſucap.* & poſſidet debitori ad cauſam vſucapionis, *l. ſeruus* 16. *eod.* Ergo non poteſt dominus pignoris, idémque debitor fieri procurator creditoris. Nemo enim procuratoris ſui procurator eſſe poteſt.

Ratio decidendi. Creditor non eſt procurator debitoris, niſi quod ad vſucapionem: Quantum enim ad cæteras omnes cauſas, ipſe poſſidet & quidem ſibi non debitori præſertim quod attinet ad Seruianam, ſcilicet ſoli creditori poteſt competere non etiam debitori, *d. l. ſerui. iunct. l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Quid ergo prohibet, quominus debitor à creditore detur procurator ad Seruianam exercendam? Nam quod pignoris dominus manet non debet obſtare, cùm non iure domini actnus ſit, ſed iure creditoris in ea actione quam quaſi creditoris procurator exercebit.

5 ¶ Porrò

5 ¶ Porrò ſi vni ex reis credendi conſtitutum ſit, iſque alium in conſtitutam pecuniam det: non negabimus poſſe dare. Sed & ex duobus reis promittendi [a] alter alterum ad defendendum procuratorem dabit.

Ad §. 5. Porrò ſi vni.

Ratio dubitandi. Correorum credendi vnum idémque ius eſt, vnúmque debitum quod ipſis debetur licèt diuerſæ ſint eorum perſonæ, *l. 2. & 3. §. 1. & paſſ. de duob. reis.* Ergo non magis fieri poteſt vt correus credendi correi ſui procurator ſit, quàm vt ſui ipſius.

Rat. dec. Etſi plurium correum credendi vna tantùm actio, idémque ius eſt, qui tamen prior agit is totam actionem ſuam facit, & correi ius conſumit. *d. l. 3. §. 1.* itémque is cui conſtituitur. Nam & conſtitutum ſolutionis loco eſt, & ſolutum videtur ei cui fuit conſtitutũ, *l. Idem eſt 10. de pecun. conſt.* Poteſt igitur vnus ex correis debendi ab alio procurator fieri ad petendam pecuniam, ſiue ex priore obligatione, ſiue ex cauſa conſtituti.

a *Sed & ex duobus reis promittendi.* Ratio dubitandi. Cùm vnus ex reis promittendi conuenitur, alius quoque per eum conueniri intelligitur, ſiquidem vnica omnium obligatio eſt, vnáque actio quæ contra ſingulos in ſolidum competit. *d. l. 3. §. 1.* Ergo qui correi ſui procurator eſt ad defendendum, ſui ipſius procurator eſſe intelligitur, quod tamen abſurdum eſt.

Ratio decidendi. Electione vnius ex correis debendi omnes liberantur ex ratione iuris veteris quòd obtinuit vſque ad *l. vlt. C. de fideiuſſ.* Non poteſt igitur qui correi procurator eſt, videri procurator ſui ipſius, qui nec eſt debitor. Sed etſi debitor maneret hodie manet, non eò minùs tamen correi ſui procurator eſſe poſſet. Non enim defenderet tanquam qui eſſet ipſe correus, ſed, tanquam alius quilibet alterius correi procurator. Sic & in *l. paterfamilias 15. §. 1. de adopt.*

6. ¶ Si plures hæredes ſint & familiæ herciſcundæ, aut communi diuidundo agatur: pluribus eundem procuratorem non eſt permittendum dare [b]: quoniam res expediri non poteſt circa adiudicationes [c], & condemnationes, planè permittendum dare, ſi vni cohæredi plures hæredes exiſtant [d].

Ad §. 6. Si plures.

b *Pluribus eundem procuratorem non eſt permittendum dare.* Ratio dubitandi. Cùm plures de eadem re litigant non ſolùm commodius, ſed plerumque etiam neceſſe eſt vnum duntaxat procuratorem dari ne iudicium in partes ſcindatur. Præſertim verò in iudiciis familiæ erciſcundæ communi diuidundo, aut finium regundorum. *l. ſi familia 48. famil. erciſc. l. 3. §. pen. iudic. ſolui.* Nam ſi non eſt abſurdum in iis iudiciis vtrúmque & actorem, & reum eſſe quam ob cauſam duplicia iudicia dicuntur, *leg. actionis 37. §. 1. de oblig. & act. leg. 10. fin. regund.* cur abſurdum videbitur vnum, & eundem ab omnibus conſtitui procuratorem?

Ratio decidendi. Vno tantùm ab omnibus hæredibus, aut condiuiſoribus procuratore conſtituto, nullo modo poſſet res expediri, quia fieri nequit vt expediatur citra omnes adiudicationes & condemnationes, nec rurſus vt in eadem perſona mutuæ illę adiudicationes, & condemnationes fiant, quoniam ita eueniret vt ſibi ipſi quis condemnaretur, quod abſurdum adeóque impoſſibile eſſet. In eóque manifeſta ratio eſt diuerſitatis inter hæredes ipſos aut condiuiſores, & procuratorem ab iis conſtitutum. Etſi enim hæredes & condiuiſores ſinguli actorem & reorum vicem ſuſtinent, alij tamen aliis commodè poſſunt inuicem condemnari, quia re vera & naturaliter diſtinctæ ſunt eorum perſonæ. At vnius procuratoris perſona vna eſt. Nec æquè facile eſt vt vna perſona plures perſonas ſuſtineat. *l. ſi plures 9. ſupr. de pact.* puto vt quis tanquam procurator Titij condemnetur ſibi ipſi tanquam procuratori Sempronij. Neque illud rurſum dici poteſt concipiendas eſſe condemnationes & adiudicationes in perſonis dominorum. Iudicium enim cum procuratore acceptum cum eodem finiri debet, quod non fit per rem iudicatam, quæ proinde dirigenda eſt in perſonam procuratoris non domini. Præterquàm in caſibus quibus contrà expreſſim conſtitutum eſt, vt in *l. vlt. C. de iniur.*

c *Circa adiudicationes.* Legendum puto *citra.* Hoc ſenſu, vt non poſſit expediri iudicium familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo ſine mutuis adiudicationibus & condemnationibus, id eſt, quin mutuæ adiudicationes & condemnationes fiant. *l. item Labeo 22. §. 1. & ſeqq. famil. erciſc.* Sic in *leg. cùm hi 8. vltim. de tranſact. & paſſim.*

d *Si vni cohæredes plures exiſtant.* Ratio dubitandi. Cùm vni cohæredi plures hæredes exiſtunt, etiam inter eos locus eſt iudicio familiæ erciſcundæ. Ergo non eſt iis permittendum vt vnum dent procuratorem ſecundùm ea quæ ſupra diximus.

Ratio decidendi. Poſſunt plures cohæredes iudicium accipere aut communiter tanquam repræſentantes vnã illius perſonam, cuius ſunt hæredes, aut inter ſe vt hæreditas illius cuius hæredes ſunt inter ipſos diuidatur. Priore caſu ſicut plures vnius perſonam repræſentant, ita procuratorem vnum dare non ſolùm poſſunt, ſed etiam debent ne iudicium cum vno acceptum in plura ſcindatur, *l. 3. §. penult. rat. rem haber. l. ſi familia 48. fam. erciſcund.* Nec enim mutuis vllis adiudicationibus, aut condemnationibus inter eos locus vllus eſt, ſicut nec fuiſſet in perſona defuncti. Condemnatus enim fuiſſet cohæredibus non ſibi, & adiudicatum fuiſſet ei aliquid ex portionibus cohæredum non ex portione ipſius. At poſteriore caſu obtinent ea demum quæ diximus initio huius §.

7 ¶ Reo latitante poſt litem conteſtatam, ita demum fideiuſſores eum defendere videbuntur: ſi vel vnus ex his eum pro ſolido defendat: vel omnes, vel qui ex his vnum dederint, in quem iudicium transfertur.

Ad §. 7. Reo latitante.

Ratio dubitandi. Si reo poſt litem conteſtatam latitante, vnus tantùm ex fideiuſſoribus reum defendat, quamuis in ſolidum, tamen verum eſt eos non defendere qui non concurrunt ad defenſionem. Nec enim factum vnius eſt factum alterius, vt ex eo apparet quod condemnato eo ſolo fideiuſſore qui latitantem reum defendit, nemo dixerit in alios fideiuſſores, qui non defenderunt, dandam eſſe iudicati actionem. Ergo etiamſi vnus ex fideiuſſoribus reum in ſolidum defendat, non eò minùs verum eſt committi ſtipulationem iudicatum ſolui ex ea parte qua continet hæc ſtipulatio clauſulam. De re defendenda. *l. iudicatum 6. iudicatum ſolui.* Itémque tractari poteſt, ſi aliqui ex fideiuſſoribus, & non omnes ſimul, vnum dederint procuratorem, in quem iudi-

clum transferatur. Nam quemadmodum non poſſet reus ipſe partim ſe defendere, partim non defendere: ita neque fideiuſſoribus eius permittendum videtur, vt pars fideiuſſorum eum defendat, pars non defendat, ſiquidem omnes vnius tantùm perſonam repræſentare creduntur,& vnius loco habentur.

Ratio decidendi, Stipulatio iudicatum ſolui non ad perſonam aliquam,ſed ad factum ipſum impersonaliter, refertur, vt verba ipſa demonſtrant, *iudicatum ſolui*, ac proinde committitur quod pertinet ad clauſulam,quam continet de re defendenda,non ſi hic vel ille non defendat, ſed ſi res nō defendatur.Ergo è contrario non committitur,ſi res defendatur,ſiue ab hoc, ſiue ab illo, dum tamen in ſolidum defendatur. Non enim defenſionem illud ſcindit,quòd pars fideiuſſorum defendat, pars non defendat, ſi modò pars quæ defendit, in ſolidum defendat. Defenſionem ſcindi non permittitur, ne durior actoris conditio conſtituatur: quæ porrò ſit melior, ſi vnus & ſolus, dummodò in ſolidum,defendere ſit paratus. Quare etſi omnes fideiuſſores abſentem & latitantem reum defendere velint, non aliter ſint audiendi, quàm ſi defendant per vnum procuratorem. Nec enim hac parte quicquam puto intereſſe, an plures eiuſdem debitoris hæredes ſint, an fideiuſſores, & in vtriſque locum habet ratio Vlpiani,in *dicta lege* 3. §. *penult. iudicatum ſolui. l.* 2. *de exercit. action.* Et hoc eſſe puto quod Paulus hic ſcribit, *vel omnes,vel qui ex his vnum dederint.* Non enim ſic accipi debet,vt rectè defendi videatur reus latitans, cuius nomine fideiuſſores omnes iudicium accipere ſunt parati, niſi etiam illud concurrat, vt omnes velint vnum procuratorem dare. Nam quid ſi omnes quidem vellent defendere,ſed per ſeipſum quiſque,non per procuratorem? Incommodo afficeretur actor qui in tot perſonas actionem ſuam ſcindere cogeretur. Itaque quod Paulus ait, *vel omnes*, non ad id referendum eſt quod immediate præcedit, *ſi vel vnus ex his eum pro ſolido defendat*, ac ſi ſcriptum eſſet, *vel omnes defendant*, repetito hic verbo illo *defendat*: ſed ad id quod ſtatim ſequitur, *vel qui ex his*. Diſiunctiua enim poſita eſt inter omnes vel aliquos ex fideiuſſoribus: & ideò verbum *dederint* tam ad verba illa *vel omnes* aptari debet, quàm ad iſta, *vel qui ex his*, ac ſi ſcriptum eſſet, *vel omnes fideiuſſores vnum dederint,in quem iudicium transferatur, vel aliqui ex his*. Quomodo ſi ſcriptum eſſet,nullam res haberet dubitationem.

43. IOHAN lib.9. ad Edictum.

MVtus & ſurdus per eum modum, qui procedere poteſt, procuratorem dare non prohibetur, forſitàn & ipſi dantur [a]: non quidem ad agendum,ſed ad adminiſtrandum.

Ad l. Mutus 43.

Ratio dubitandi,& Muto & ſurdo curator dari ſolet & debet,qui perſonas reſque ipſorum tueatur, *l. vel fundo* 20. *de rebus authoritate iudic. poſſidendis*. non alia vtique ratione quàm quòd ipſi per ſe rebus ſuis supereſſe non poſſint,nec per procuratorem, *l.* 2. *de curator. furioſ.* Nec enim curatore indiget is qui ſuis rebus supereſſe poteſt per procuratorem, *lege prima.* §. *vſus ſupra hoc titulo*. Ergo non licet muto nec ſurdo vt det procuratorem.

Ratio decidendi. Regulariter quidem & eo modo quo poſſunt aliæ perſonæ procuratorem dare,mutus,& ſurdus non poſſunt,ſed tamen poſſunt per eum modum qui procedere poteſt,id eſt,mutus per ſcripturam,ſi literas ſciat,ſurdus verò etiam voce,dummodò ſciat loqui, & quid loquatur intelligere. Si enim ponas eſſe quem ſurdum & mutum à natura, res expedita eſt non poſſe ab eo procuratorem dari,vt nec aliquid fieri,in quo poſſit requiri concluſio & probatio certæ voluntatis. Sed extra hunc caſum nihil vetat eum qui non à natura,ſed ex caſu ſurdus factus ſit,conſtituere procuratorem,itémque eum qui mutus.Nam & alia negotia omnia peragere poſſunt,in quibus ſermone opus non eſt ſufficiente conſenſu, *leg. in quibuſcunque* 48. *de obligationibus & actionibus*. Atqui mandatum per quod procurator quis conſtituitur,eſt ex iſtorum genere.Nihil enim niſi conſenſum requirit, de quo aliter quàm per vocem, putà per literas,conſtare poteſt.Quia tamen minùs commodè poſſunt mutus & ſurdus iſta expedire, vtilius eſt curatorem iis dari,ſiue ipſorum vtilitas ſpectetur,ſiue illorum cum quibus contrahunt. Itaque quod poſſunt & debent habere curatorem,non impedit quo minus poſſint habere procuratorem. Nam & idem euenit in minore annis vigintiquinque,vt & curatorem habere debeat, *leg.* 1. *de minor.* & tamen habere procuratorem poſſit, *l.* 1. *Papinianus* 20. *eod.*

a *Forſitan & ipſi dantur.* Nunquam mihi perſuadebo Paulum adeò dubitanter ſcripſiſſe de ea re, de qua ius certum fuiſſe dubitandum non eſt. Et quamuis probares rationem iuris in hoc dubiam fuiſſe, quod non credo, non ideò tamen euinceres ignoraſſe Paulum quo iure ſuis temporibus Romani hac in re vterentur. Illud verò longè minùs mihi perſuadeam ſurdum vel mutum procuratorem dari poſſe. Non enim maior ratio eſt vt procurator quàm vt tutor vel curator dari poſſit, ſiue ad agendum, ſiue ad adminiſtrandum. Atqui neque tutor eſſe poteſt, neque curator: nec ſolùm ſi de teſtamentario aut datiuo tutore loquamur, ſed nec ſi de legitimo, *l.* 1. §. *pen. & vlt. de tutel. l. pen. in fin. de legit. tutor.* quamuis lex duodecim tabularum deferat tutelam agnato quiſquis ille ſit, etiamſi pupillus qui ipſe indigeat tutore, quod Iuſtin. primus correxit, in *l. vlt. Cod. de legit. tutel.* Fateamur ergo totam adiectionem hanc eſſe Triboniani primùm quidem addubitantis ſuo more, deinde diſtinguentis. Nam poſteàquam dixit dubitanter, *forſitan & ipſi dantur*, mox quaſi pœniteret dubitaſſe ſubiungit diſtinctionem his verbis, *Non quidem ad agendum, ſed ad adminiſtrandum.* Et verò an non eſſet ridiculus & curatore dignus, qui mutum vel ſurdum quem talem eſſe ſciret, vltrò eligeret procuratorem?

1 ¶ Cùm quæreretur,an alicui procuratorem habere liceat: inſpiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare,quia hoc edictum prohibitórium.

Ad §. 1. *Cùm quæreretur.*

Ratio dubitandi. Eius eſt probare qui dicit,non qui negat, *l.* 2. *de probat.* Ergo qui dicit licere ſibi procuratorem dare hoc ipſum probare debet,non qui dicit prohiberi eum ne dare poſſit.

Ratio decidendi. Diſtinguendum eſt inter ea quæ ſunt ex genere permiſſorum, & ea quæ ſunt ex genere prohibitorum. Quæ ſunt ex genere permiſſorum, id eſt, talia quæ permitti neceſſe fuerit vt fieri poſſent ſiue antea eſſent prohibita ſiue etiam quod magis eſt,nec prohibita nec permiſſa,ea niſi permiſſa probentur fieri nullomodo poſſunt, licèt nec prohibita probentur, vt puta ſi quis quærat, Cur filiusfamilias teſtari non poſſit. Nemo bene reſponderit,quia prohibitum ei ſit ne teſtetur, (nulla enim lege id prohibitum eſt) ſed reſponderi debet. Quia non eſt ei permiſſum cùm lex 12. tab. quæ teſtandi ius induxit de ſolo patrefamilias ſit locuta, *l. verbis*

legis

legis 120. *de verb. ſignific.* Idémque eſt ſi quæratur. Quare peregrinus teſtari non poſſit, *l. 1. C. de hered. inſtit.* At quæ ſunt ex genere prohibitorum, id eſt, talia quæ prohiberi debeant, illam è contrario hoc ipſo quod prohibita non ſunt cenſentur permiſſa. Eiuſmodi eſt ius dandi procuratoris; quia edictum prætoris, De procuratoribus eſt prohibitorium. Procuratorem ergo dare poteſt quiſquis prohibitus non eſt. Et generaliter ab ea parte quæ dicit aduerſarium ſuum ab aliquo iure probitum eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione, vel edicto prætoris, id probari oportet, *l. ab ea part. 5. de probat.*

2 ¶ In popularibus actionibus, vbi quis quaſi vnus ex populo agit: defenſionem, vt procurator, præſtare cogendus non eſt.

Ad §. 2. In popularibus.

Ratio dubitandi. Qui agit populari actione is populi ius tuetur & defendit, *l. 1. de popul. act.* Ergo tanquam procurator populi. Atqui quiſquis agit alieno nomine, & tanquam procurator cogitur ex edicto eum defendere cuius eſt procurator, *l. ſeruum 33. §. ait prætor. ſup. hoc tit.* alioqui non eſt audiendus. Hæc enim pœna eſt non defendentis procuratoris vt actio ei denegetur, *§. pœna infr. à hac lege.* Ergo in popularibus actionibus vbi quis quaſi vnus ex populo agit defenſionem vt procurator præſtare cogendus eſt.

Ratio decidendi. Publicè intereſt admitti quemlibet ad ius populi tuendum per actionem popularem citra onus vllius ſatiſdationis præſtandæ, aut defenſionis populi in aliis cauſis ſuſcipiendæ. Præſertim cùm is qui populari actione experitur, tanquam vnus ex populo, non tantum alieno nomine agat, ſed etiam proprio, tanquam qui membrum quoddam ſit eius corporis cuius cauſam tuetur: non quaſi populus ſit idem quod ſinguli, *l. 7. §. 1. infr. tit. prox.* ſed quia populus ex ſingulis conſtat, tanquam ex diſtantibus, *l. rerum mixtura 30. de vſucap.* iunct. *l. proponebatur 76. de iudic.* Denique qui agit populari actione non poteſt verè ac propriè dici procurator populi, cùm neque expreſſum, neque tacitum habeat mandatum ſiue à populi ſiue ab alio, qui vice populi potuerit mandare. Habetur tamen quaſi procurator in quibuſdam, & in eo maximè vt alium procuratorem dare non poſſit, *l. prox. in princip.* vbi dixi *ſupra.*

3 ¶ Is, qui curatorem alicui præſenti petat, non aliter audietur, niſi adulto conſentiente, quod ſi abſenti [a]: ratam rem eum habiturum neceſſe habet dare.

Ad §. 3. Is qui curatorem.

Ratio dubitandi. Adoleſcenti etiam inuito curator dandus eſt, cùm huius ætatis hominibus non ſit permittenda rerum ſuarum adminiſtratio quamuis bene rem ſuam gerentibus, *l. 1. in fin. infr. de minor.* Ergo qui adoleſcenti petit curatorem audiendus eſt etiam ſi adoleſcens nolit.

Ratio decidendi. Curator non datur inuito, nec niſi petenti. *§. item inuiti. Inſt. de curat. l. 2. §. vlt. qui pet. tutor.* quamuis ſi iam habere cœperit tutorem vel curatorem aliquem non ſit ei danda adminiſtratio rerum ſuarum, *d. l. 1.* Facilius enim eſt vt minor in aliena cura in qua reperitur etiam inuitus retineatur, quàm vt inuitus in eam detrudatur.

a *Quòd ſi abſenti.* Ratio dubitandi. Satiſdationum vſus introductus non eſt, præſertim cautionis de rato niſi ad indemnitatem ei præſtandam, qui alioquin ex eo quod fit læderetur, *l. 1. infr. qui ſatiſd. cogant.* Nam nec committitur ea ſtipulatio niſi ad id quod intereſt actoris. *l. ſi commiſſa 13. l. ſi procurator 18. & paſſ. rat. rem haber.* Atqui ex eo quod abſenti curator petitus adeóque datus ſit nemo poteſt damnum ſentire, nec ſi adoleſcens eam petitionem aut dationem ratam habere nolit. Eueniet enim hoc duntaxat vt petitio & datio illa inutilis reperiatur: Ergo qui bona mente ac fortaſſis, vt officio pietatis fungatur petit abſenti & ignoranti curatorem non eſt onerandus ſuperuacua ſatiſdatione, vt nec alius quilibet, *l. hac ſtipulatio 14. in fin. vt legat. ſeu fideic. nomin. caueat.*

Ratio decidendi. Poteſt fieri vt ex ea curatoris datione minor lædatur, nec tantùm minor, ſed etiam alij cum quibus curator datus contraxerit quaſi curator ſi fortè cœperit adminiſtrare incerto eo, an minor ratum habiturus ſit, qui tamen poſteà ratum habere nolit. Cautio igitur neceſſaria eſt, non minùs quàm ſi curatorem abſenti petens ageret ipſius nomine. Etſi enim is qui abſenti curatorem petit non agit, cùm curatoris petitio non ſit actio. Edictum verò cùm iubet caueri de rato loquitur illo qui agit alieno nomine (quæ altera & fortaſſe accommodatior ad hunc locum dubitandi ratio eſt.) Tamen cùm curator non niſi petenti dari poſſit, vt proximè diximus, ferè eſt vt minoris nomine agere videatur ille qui abſenti minori petit curatorem. Debet enim ille ſibi ipſi petere, non alius ei, *leg. 2. §. vltim. qui pet. tutor.*

4 ¶ Pœna non defendentis procuratoris hæc eſt, vt denegetur ei actio.

Ad §. 4. Pœna.

Ratio dubitandi. Pœna debet ſequi ſuos authores. *l. ſi pœna 20. infr. de pœn. l. ſancimus 22. C. eod.* Atqui in propoſito caſu ſi quod delictum eſt, cùm procurator eum cuius nomine agit non vult defendere, procuratoris delictum eſt, non domini: Procurator enim ille eſt qui hac in re peccat contra formam edicti perpetui. Nihil autem refert, an contra edictum, quid fiat an vetante expreſſim prætore, *l. qui vetante 102. de regul. iur.* At pœna illa quæ huic procuratori infligitur, vt actio ei denegetur non ipſius damno cedit, ſed domini abſentis. Maximè ſi ponas actionem fuiſſe temporalem, cuius dies interim exierit; & tamen datum fuiſſe ab abſente procuratorem ob hoc ipſum, vt ageret ne dies actionis exiret. Ergo non eſt pœna hæc iuſta & conueniens.

Ratio decidendi. Non debet latius patêre pœna quàm delictum, & in eo ipſo puniendus quis eſt in quo deliquit, non in cæteris, *l. heres. qui tacitam 11. de his quæ vt indign. l. beneficio 59. ad leg. falcid.* Atqui nullum iſtius procuratoris delictum eſt in eo quod non vult abſentem, cuius procurator eſt, defendere, niſi quatenus procurator eſt. Alioqui conſtat defenſoris officium eſſe omnino & merè voluntarium. Eatenus ergo puniri debet vt non admittatur tanquam procurator, id eſt, vt ei actio denegetur, *l. actionem 5. C. hoc tit.* ita enim fit vt non tam cogitandum videatur de pœna delicto irroganda, quàm ne qua in re deliquerit procurator. Nec verendum eſt ne incommodo aliquo ex ea denegatione actionis dominus afficiatur, ſiue quòd actione mandati obligatum habeat procuratorem, qui non fecerit ea omnia quæ ex officio facere debuit, ſiue quòd imputari ei poſſit cur talem elegerit procuratorem, *l. 3. §. vlt. cùm mandatu 23. in fin. de minor. l. 1. §. item quæritur de ſepar.*

5 ¶ Si

5 ¶ Si procurator agat, & præſens ſit abſentis ſeruus. Atilicinus ait, ſeruo cauendum, non procuratori.

Ad §. 5. Si procurator.

Ratio dubitandi. Seruus non poteſt ſtipulari niſi ex perſona domini*, *tot. tit. de ſtipulat. ſeruor.* Atqui procurator perſonam ipſam domini repræſentat, & quod per procuratorem fit, præſertim ex mandato per ipſum dominum fieri videtur, *l. 1. §. vſus & paſſ. ſupr. hoc tit.* Cùm ergo perſona procuratoris ſit dignior quàm ſerui, quia & liber eſt & mandatum à domino habet cuius nec capax eſt ſeruus, quem ſcilicet conſtat procuratorem fieri non poſſe. conſequens eſt vt ſi procurator abſentis agat & præſens ſit eiuſdem abſentis ſeruus maior ratio ſit vt procuratori, quàm vt ſeruo reus caueat iudicatum ſolui.

Ratio decidendi. Cauendum eſt ſeruo potiùs quàm procuratori, quia id vtilius & commodius eſt domino quippe qui ex ſerui ſtipulatione directam habiturus eſt actionem, quam ex procuratoris ſtipulatione habere non poſſet. Nam ex ſtipulatione procuratoris, vel nulla penitus actio acquiritur domino, ſed ſoli procuratori, qui tamen ſubinde mandati actione ea cedere cogitur. *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. l. 5. C. ſi cert. pet. l. poſſ. 49. §. 1. de acqui. poſ.* vel ſi qua acquiritur ea vtilis tantùm eſt, vt in prætoriis ſtipulationibus, *l. in cauſa 57. §. 1. & l. ſeq. ſupr. hoc tit.* Sic & in *l. vlt. infr. tit. prox.* Nec audiendi ſunt qui volunt ex prætoria ſtipulatione procuratoris acquiri directam actionem domino, ex *leg. 5. de prætor. ſtipul.* Nam quod ibi dicitur ex ſtipulatione procuratoris mei competere mihi actionem cauſa cognita oſtendit, ſatis vtilem duntaxat eſſe illam actionem, quæ tamen competere dicitur, non quia competat ipſo iure, ſed quoniam à prætore datur ſine ceſſione. Idque apertiùs indicat Paulus in exemplo alio quod ſubiicit in eadem lege iis verbis, *Succurrere enim domino prætor debet.* Dicam ad *l. 68. & l. 72. infr.* Acquiritur autem vtilis ex prætoriis ſtipulationibus contra iuris regulam, quia ſtipulationes illæ non tam videntur interponi, vt nouum ius acquiratur quàm vt vetus conſeruetur. *d. l. 75. infr. & l. vlt. infr. tit. 1.* vbi dicam.

6 ¶ Qui non cogitur defendere abſentem, tamen ſi iudicatum ſolui ſatiſdedit defendendi abſentis gratia: cogendum procuratorem iudicium accipere [a], ne decipiatur is, qui ſatis accepit, nam eos, qui non coguntur rem defendere, poſt ſatiſdationem cogi. Labeo, cauſa cognita, temperandum [b]: & ſi, captio actoris ſit propter temporis tractum, iudicium eum accipere cogendum: quod ſi aut affinitas dirempta ſit, aut inimicitiæ interceſſerint: aut bona abſentis poſſideri cœperint [c].

44. VLPIANVS lib. 7. Diſputationum.

VEl ſi longinquo ſit abfuturus, vel alia iuſta cauſa interuenerit.

Ad §. 6. Qui non cogitur, & l. Vel ſi 44.

Ratio dubitandi. Qui ſatiſdedit iudicatum ſolui pro abſente quem defendere non cogebatur non pertinet ad edictum prætoris, quo prætor iudicium accipere cogit procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum, pro quo conſentiente dominus iudicatum ſolui ſatiſdedit, *l. filiusfamilias 8. §. vlt. ſupr. eod.* Ergo non eſt cogendus accipere iudicium.

Ratio decidendi. Quamuis non cogeretur iudicium accipere pro abſente, & eum defendere, tamen poſteaquam iudicatum ſolui ſatiſdedit defendendi abſentis gratia, cogendus eſt, ne decipiatur is qui ſatis accepit, qui alioquin deciperetur. Imputet enim ſibi qui cùm defendere non cogeretur vltrò ſatiſdedit. Nam nec facilè ſuccurri ſolet ei qui ſe in aliquam neceſſitatem vltrò coniecit, *l. ſi fideiuſſ. 7. §. ſi neceſſaria ſupr. qui ſatiſd. cogant.* Defenſor ſiquidem cùm ſatiſdedit, domini loco habendus eſt, *l. Titius 76. infr. hoc tit.* & quemadmodum procurator fit dominus litis per conteſtationem, *l. procuratorib. 22. & ſeq. C. eod.* ita & defenſor ab initio per ſatiſdationem.

a *Cogendum procuratorem iudicium accipere.* Deeſt aliquid ad conſtructionem, niſi repetas ex §. præced. verba illa *Atilicinus ait:* Apparet enim ex ſequentibus Paulum his verbis non ſuam ſed cuiuſdam alterius ſententiam referre mox Labeonis, aliam deinde Sabini planè diuerſam. Ac fortaſſis de Iuliano hic Paulus ſenſit. Extat enim illa Iuliani ſententia, in *lege Titius 76. infra eodem.*

b *Labeo cauſa cognita temperandum.* Id eſt, adhibendam eſſe diſtinctionem, vt ita demum cogatur defenſor qui ſatiſdedit, iudicium accipere ſi alioqui futurum ſit vt actor lædatur putà ſi eius actio tempore peritura ſit, vt in *leg. ſed etiam 12.* vbi dixi *ſupr. eodem.* At non etiam ſi affinitas dirempta ſit quæ moueat defenſorem, vt abſentis defenſionem ſuſciperet. Aut inimicitiæ interceſſerint, aut bona abſentis poſſideri cœperint, vel ſi longinquo ſit abfuturus, vel ſi qua alia noua cauſa interuenerit. Nam ex quibus cauſis ſuccurritur etiam procuratori, qui mandatum litis ſuſcepit defendendæ, vt litem quoque conteſtatam poſſit deſerere ex iiſdem ſuccurrendum etiam eſt defenſori, quem neque ſuſcepta defenſio, neque præſtita ſatiſdatio ad aliud obligare poteſt, quam ad quod procurator verus obligatur, & ex mandato, & ex litis conteſtatione: vterque enim perinde dominus litis eſt, *d. l. Titius 76. infr. hoc titul.*

c *Aut bona abſentis poſſideri cœperint.* Intellige poſtulantibus aliis creditoribus, ita vt videat defenſor periclitandum ſibi de expenſis, quas pro abſentis adeo inopis defenſione ſit erogaturus. Nam etſi mandatum accepiſſet, tamen ex hac cauſa ſuſceptum officium deſerere poſſet. Fideiuſſores tamen ab eo dati vtique tenebuntur, & idcirco non multum ei præſtaret prætor etiamſi illum non cogeret iudicium accipere, *d. l. Titius 76. infr.* Itaque nihil ſimile habet ſententia huius loci cum §. *vlt. l. ſed & ſi 35. ſupr. eod.*

Ratio dubitandi. Contra Labeonem, Omnimodo decipitur actor cui ſatiſdatum eſt ſi defenſor qui ſatiſdedit iudicium accipere non compellatur, vt proximè diximus. Ergo omnimodo & indiſtinctè iudicium accipere cogendus eſt.

Ratio decidendi. Pro Labeone, Non ſolùm actoris cui ſatiſdatum fuit ratio habenda eſt, ſed etiam defenſoris qui bona fide ſatiſdedit, vt amici optimi officium impleret. Dignus enim maximè eſt cui ſuccurratur ex noua cauſa, ne officium ei ſuum ſit damnoſum, *l. ſed ſi quis 7. teſtam. quem. aper.* Scilicet cùm nulla in eo futura eſt captio actoris. Nam nec aliud promittit qui ſatiſdat iudicatum ſolui, niſi rem defendere arbitratu boni viri, *l. pen. infr. l. ex clauſula 17. iudic. ſolui.* Vir autem bonus non arbitratur eum qui iuſtam excuſationem afferat defendere cogendum, vt ſcriptum eſt, in *l. 45. in* .

45. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

NOn cogendum Sabinus autem nullas prætoris partes eſſe [d] ad compellendum defendere: ſed ex ſtipulatu ob rem non defenſam agi poſſe ac, ſi iuſtas cauſas habeat, cur iudicium accipere nolit, fideiuſſores non teneri: quia vir bonus arbitraturus non fuerit, vt, qui iuſtam excuſationem afferret, defendere cogeretur. Sed & ſi ſatis non dedit [e], ſed repromittenti ei creditum eſt: idem ſtatuendum eſt.

Ad l. Non cogendum 45.

d *Sabinus autem nullas prætoris partes eſſe.* Tertia hæc ſententia eſt Sabini exiſtimantis in propoſita ſpecie prætorem ſe interponere debere, non vt cogat defenſorem iudicium accipere, ſed hactenus duntaxat vt in eum det actionem ex ſtipulatu ob rem non defenſam, in qua actione datus iudex poſtea examinare debeat quid vir bonus fuerit arbitraturus.

Ratio dubitandi. Contra Sabinum, eadem eſt quam proximè attulimus contra Labeonem, ſed fortior contra Sabinum, quia euidentius eſt decipi actorem, cui ſatiſdatum fuit ſi non cogatur defenſor iudicium accipere, ne illius quidem actionis nomine quæ tempore ſit peritura.

Ratio decidendi. Pro Sabino, verba edicti ad hunc caſum non pertinent, vt diximus ad initium *§. vlt. l. 43. ſupr.* Nec igitur edictum ipſum, cuius per interpretationem protrahendi, neque vlla neceſſitas eſt, cùm actoris indemnitati poſſit eſſe conſultum per actionem ex ſtipulatu. Alioqui dicendum erit omnes qui ſatiſdederint iudicatum ſolui cogendos eſſe defendere: quod tamen ſi verum eſſet, nunquam ſtipulatio illa ob rem non defenſam committeretur. Eſt igitur non ſolùm ciuilius, ſed etiam expeditius, vt agatur ex ſtipulatu contra defenſorem eiúſque fideiuſſores, quàm vt defenſor inuitus iudiciũ accipere compellatur. Dices eadem ratione poſſe euinci, ne quidem procuratorem pro quo conſentiente dominus iudicatum ſolui ſatiſdederit cogendum eſſe iudicium accipere, cum ſemper poſſit actor agere ex ſtipulatu: quod tamen pugnaret cum verbis edicti, *l. filiusfamil. 8. §. vlt. ſupr.* Sed facilis reſponſio eſt, Prætorem de procuratore cogendo locutum fuiſſe non de defenſore, nec id ſine ratione, quia defenſor ipſe ſatiſdat proprio nomine, & proprio quoque nomine ex ſtipulatu conueniri poteſt, non etiam procurator, pro quo ſcilicet dominum ſatiſdare oportet, *l. ſi ad defendendum 10. iudic. ſolui.* Et ſanè hæc Sabini ſententia & verior & æquior eſt, ideóque Paulus in ea tandem conquieſcit.

e *Sed etſi ſatis non dedit.* Ratio dubitandi. Sola ſatiſdatio facit vt defenſor ſit loco domini, *l. Titius 76. ſupr. hoc tit.* Ergo in eo qui ſatis non dedit, ſed tantùm repromiſit, non idem dicendum eſt.

Ratio decidendi. Cùm is cui ſatiſdari debuit repromiſſione, id eſt, nuda cautione ſine fideiuſſoribus & ſine pignoribus, contentus fuit, repromiſſio pro ſatiſdatione eſt, ſaltémque ſatisfactionis verbum vſurpare licebit, quæ ſi pro ſolutione plerumque eſt multò magis pro ſatiſdatione erit, *l. 1. ſupr. qui ſatiſd. cog. l. ſolutam 49. in fin.* vbi pro *ſatiſdationis*, lego *ſatisfactio 52. de ſolut. l. ſi rem 9. §. omnis de pign. act.*

1 ¶ Qui ita de publico agunt, vt & priuatum commodum defendant: cauſa cognita, permittuntur procuratorem dare, & poſtea aliùs agens exceptione repelletur.

Ad §. 1. Qui ita.

Ratio dubitandi. In popularibus actionibus procurator dari non poteſt, *l. licèt 42. ſupr. hoc tit.* Ergo nec cauſa cognita id permittere prætor debet. Atqui popularis actio eſt, quoties de publico, id eſt, de populi iure agitur *l. 1. de popul. act.*

Ratio decid. Id obtinet in popularibus actionibus quæ ſolum populi ius tuentur, nec priuatam vllam actoris vtilitatem continent, vt dixi ad *d. l. licèt.* Cauſæ igitur cognitio neceſſaria eſt, vt inſpiciat prætor an qui de publico agunt, priuatum quoque commodum defendant. Nam & hi præferuntur cęteris eandem popularem actionem mouere volentibus, *l. 3. §. 1. l. mulieri 7. de popul. act.* Idque eſt quod hic ſequitur, ſi alius poſtea velit eadem actione experiri, eſſe illum repellendum.

2 ¶ Si procuratori opus nouum nuntiatum ſit, íſque interdicto vtatur, *ne ei vis fiat ædificanti:* defenſoris partes eum ſuſtinere, nec compelli cauere ratam rem dominum habiturum Iulianus ait. Et ſi ſatiſdederit, non animaduerto (inquit Iulianus) quo caſu ſtipulatio committatur.

Ad §. 2. Si procuratori.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt an alieno nomine poſtulet quis actionem à prætore an interdictum, *l. ſed & hæ 35. §. non ſolùm & l. non ſolùm 39. in princ. ſupr. eod.* Nam & actionis appellatione interdictum continetur, *l. actionis 37. de oblig. & act.* Atqui is qui alieno agit nomine cogitur cauere de rato, *l. ſeruam quoque 33. §. ait prætor ſupr. eod.* Ergo & procurator, cui tanquam procuratori nouum opus nunciatum eſt ſi interdicto vtatur ne vis fiat ei ædificanti, actoris partes ſuſtinere dicendus eſt, & conſequenter cogendus cauere dominum ratam rem habiturum: non minùs quàm ſi ipſe procuratorio nomine nunciaret. Nam & is ſatiſdare cogeretur, tametſi eſſet verus procurator, alioqnin omnimodo remitteretur nunciatio, *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio de oper. noui nunciat.*

Ratio decidendi. Noui operis nunciatio facit aduerſarium poſſeſſorem, *d. l. de pupillo §. meminiſſe.* Ergo procurator qui pro poſſeſſore interdicto vtitur, ne vis fiat ei ædificanti non niſi defenſoris partes ſuſtinere dici poteſt. Sicut & ſi abſentis nomine remiſſionem nunciationis deſideraret, quem ſimiliter quaſi defenſorem cogi ſatiſdare certum eſt, *d. l. de pupillo §. penult.* Sed ea ſatiſdatio non pertinet ad ratihabitionem, vt ibi Vlpianus ait, ſed ad operis noui nunciationem, vt ſi apparebit eum qui nunciauit ius nunciandi habuiſſe, atque ita remiſſionem non tenere, ex *l. 1. de remiſſ.* nuncianti qui ædificare prohibitus eſt, ſatis cautum reperiatur. Duplici enim remedio poteſt defendi is cui nouum opus nunciatum, nempe ſatiſdationis, vel remiſſionis. Vtroque modo aſſequitur, vt liceat ſibi ędificare interim & pendente lite, in eamque rem habet interdictum, de quo in *l. prætor ait 20. §. deinde de oper. noui nunciat.* & in *d. l. 1. de remiſſ.*

Quid

Quid enim ad cauſam defenſionis prodeſſet, vel ſatiſdediſſe, vel remiſſionem impetraſſe: ſi non etiam interdicto vtetetur procurator, ne vis ei fieret ædificanti? Quamuis ergo aliàs dici ſoleat nihil referre, an interdictum quis poſtulet an actionem, id tamen locum non habet in caſu noſtro io quo petitor interdictum in conſequentiam neceſſariam ſuſceptæ, & inchoatæ defenſioois. Nec ſi procurator ſatiſdederit dominum ratam rem habiturum, vllò tamen caſu poterit vtiliter committi ſtipulatio, cùm non poſſit committi niſi ad id quod intereſt ſtipulatoris, *l. ſi commiſſ.* 13. *& paſſ. rat. rem haber.* nihil aotem poſſit intereſſe ſtipulatoris, cui iam ſatiſdatum fuit vt ædificare liceret, Fortaſſe quem mouerit, quòd ſi procurator ipſe nouum opus nunciauerit, & ſatis acceperit, deinde is cui nunciatum fuit, interdicto aduerſus eum vtatur, ne vis fiat ei quominùs ædificet, intelligitur procurator ſuſtinere partes defenſoris, & ideò cauere iodicatum ſolui, non etiam de rato, *d. l. de pupillo. §. vlt. & duab. ſeq.* Nempe quòd actor ille ſit qui interdicto experitur tametſi nouum opus fuerit ei onnciatum. Quidni ergo ſimiliter dicimus pro actore potiùs quàm pro defenſore habendum procuratorem qui vtitur interdicto, licèt ipſi nouum opus nunciatum proponatur? Nam & in ſpecie, *dict. §. vlt.* æquè dici poteſt eum qui vtitur interdicto poſt ſatiſdationem à ſe præſtitam de opere demoliendo, id facere vt poſſeſſionem ſuam defendat potiùs quàm vt agat. Nos ad eum locum dicemus.

46. Gaius lib. 3. ad Edictum Prouiociale.

QVi proprio nomine, iudicium accepiſſet, ſi vellet procuratorem dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet, ſolemnitérque pro eo iudicatum ſolui ſatiſdatione cauere.

Ad l. Qui proprio 46.

Ratio dubitandi. Qui proprio nomine iudicium accepit quaſi contraxit cum aduerſario litem conteſtaodo, *l. 3. § idem ſcribit de pecul.* Ergo non poteſt niſi ex magna aliqua cauſa iudicium transferre io procuratorem, ſicut nec poſſet transferre in ſe poſt litem à procuratore conteſtatam, niſi cauſa priùs cognita, *leg. poſt litem* 17. *ſup. hoc tit.* Nam ſicuti de qua re & in quo loco iudicium acceptum eſt de eadem re, & in eodem loco finem accipere debet, *l. vbi acceptum* 30. *l. de qua re* 74. *infr. de iudic.* ita & cum eadem perſona cum qua & cœptum fuit, *l. de vnoquoque* 47. *de re iudic.* Noo poteſt autem tractari de iudicio transfereodo niſi qood iam acceptum ſit, nec rurſus de iudicio accipiendo niſi poſt litem conteſtatam, vt ridiculum ſit quod Accurſius, Bart. & alij notant, hunc locum accipiendum de iudicij tranſlatione quam reus velit facere poſt litem conteſtatam, quaſi verò aliqua ſit, quæ antè fieri poſſit.

Ratio decidendi. Tranſlatio iodicij quæ fit in procuratorem permittitur indiſtinctè ac ſine vlla cauſæ cognitione, quoniam aduerſario nec oneroſa nec captioſa eſſe poteſt, cui magis conſulitur interpoſita propter hàc tranſlationem ſatiſdatione iudicatum ſolui, quæ ex perſona procuratoris, ſolemniter, vt hæc lex ait, ioterponenda eſt. Procuratori verò in quem iudicium transfertur etiam honorifica hæc tranſlatio eſt. At cùm à procoratore qui litem conteſtatus fuit transfertur iudicium in doounum, fit iniuria & procuratori & aduerſario cui fideiuſſores procuratoris nomine dati reperentur, niſi tranſlatio à prætore cauſa cognita permitteretur. Dixi ad *d. l. poſt litem.* & ad *l. in cauſa* 17. *§.* 1. *ſupr. eod.*

1 ¶ Ei, qui defendit eum, cuius nomine ipſe non agat [a], liberum eſt vel in vnam rem defendere.

Ad §. 1. Ei qui.

Ratio dubitandi. Defenſio ſcindi non debet ne actor incommodo afficiatur, *leg. 3. §. pen. iudic. ſolui.* Ergo non eſt liberum defenſori abſentem in vnam duntaxat rem defendere.

Ratio decidendi. Defenſori qui ſponte ac ſine mandato ad abſentis defenſionem accedit, ſola & propria voluntas finem adminiſtrationis & officij facit, abundéque ſufficit ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur, *l. tut.* 20. *C. de negot. geſt.* Nnn eſt igitur cogendus ille, qui in vnam tantùm rem defendere paratus eſt, vt in omnes defendat, ne alioqui à ſuſcipiendæ defenſionis ſtudio reuocetur. Nec ob id incommodo vllo actor afficitur. Ponimus enim plurium rerum nomine plures planéque ſeparatas actiones exerceri. non autem vnam quæ ſit indiuidua plurium rerum nomine: hoc enim caſo non poſſet ſcindi defenſio, *dict. §. pen. & leg. rem hereditariam* 66. *de euict.* Ponimus item in ſolidum defendi eam rem pro qua defeoſor iudicium accipere ſit paratus. Nam ſi vellet pro parte defendere non audiretur, quia nec videtur boni viri arbitratu defenſa res, quæ non in ſolidum defenſa ſit, *l. ex clauſula* 17. *rat. rem haber. l. 3. §. vlt. rer. amot. l. in ſtipulatione* 23. *de dam. infect. l. cùm ex cauſa* 139. *de verb. obl.*

a *Cuius nomine ipſe non agat.* Qui enim alieno nomioe agit, omniom actiooum nomine debet eum defendere pro quo agit, *l. omnium* 37. vbi dixi *ſupr. hoc tit.*

2 ¶ Qui alium defendit, ſatiſdare cogitur, nemo enim alienæ litis idoneus defenſor ſine ſatiſdatione intelligitur.

Ad §. 2. Qui alium.

Ratio dubitandi. Superuacua ſatiſdatione onerari nemo debet, *l. hac ſtipulatio* 14. *in fin. vt l. ſeu fideic. nom. caueat.* Atqui ſuperuacua cautio eſt quę à locuplete præſtatur, cùm alia cauſa nulla ſit præſtandæ ſatiſdatioois, oiſi vt aduerſarium ſecurum faciamus datis fideiuſſoribus, *l. 1. ſup. ſatiſd. cog.* Aduerſarius porrò ſecorus eſt quoties incidit in locupletem defenſorem, quo ſcilicet condemnato futurum eſt vt habeat in eum actiooem iudicati, ex eáque cauſa capiat ipſius bona pignori, *leg. ſi procurator* 28. *in fin. ſup. hoc tit. l. ſi ad defendendum* 10. *iudic. ſolui.* iunct. *l. a Diuo Pio* 15. *§.* 1. *& paſſ. de re iudic.* Non ergo cogendus eſt defenſor ſatiſdare, niſi cauſa cognita, id eſt, ita demum ſi appareat, vel minùs idoneas, vel ſaltem ſuſpectas eſſe ipſius facultates. Præſertim cùm publicè intersit defendi abſentes, à quibuſcunque, *l. ſeruum* 33. *§. publicè ſupr. eod.* non autem facilè & obuium ſit cuilibet inuenire fideiuſſorem, *l. omnes* 33. *§. præterea & ſeq. C. de epiſc. & cleric.*

Ratio decidendi. Nemo alienæ litis defenſor ſatis idoneus ſine ſatiſdatione intelligitur, quia nunqoam locoples habetur qui rem alienam defendit, *l. qui rem* 166. iunct. *l. in eo* 110. *§.* 1. *de reg. iur.* etiamſi alioqui locupletiſſimus ſit & conſularis, *l. minor* 51. *§. vlt. & l. ſeq. ſup. h. t.* vbi dicemos. Imò etſi pater ſit, qui abſentem filium defendat, vel filius qui abſeorem patrem, *l. filiusf.* 14. *ſupr. qui ſatiſd. cog. l. vnic. C. de ſatiſd. §. ſi verò reus Inſt. eod. tit.*

3 ¶ Item

3 ¶ Item quæritur, ſi iudicium acceperat defenſor, & actor in integrum reſtitutus ſit: an cogendus ſit reſtitutorium iudicium accipere, & magis placet cogendum.

Ad §. 3. Item quæritur.

Ratio dubitandi. Iudicium reſtitutorium quod exercetur poſtquàm actor in integrum reſtitutus fuit, nouum & aliud iudicium eſt, quàm quod primùm defenſor pro abſente acceperat. Ergo non eſt cogendus defenſor vt iudicium illud nouum ſubeat, non magis quam ſi abſentis defenſionem nunquam ſuſcepiſſet.

Ratio decidendi. Iudicium reſtitutorium nouum quidem eſt, & diuerſum à priore, ſed eiuſmodi tamen quod in locum prioris ſubrogatum videri poſſit & debeat. Eſt enim de eadem re mutata duntaxat forma actionis. Nouum igitur non eſt vt eodem iure cenſeatur quo prius iudicium cenſebatur, arg. *l. ſi eum 10. §. qui iniuriarum ſup. ſi quis caution.* ac proinde, vt quemadmodum defenſor acceptum prius iudicium deſerere nullomodo poterat, ita & reſtitutorium accipere cogatur, quamuis ſi prius iudicium nunquam accepiſſet, illud vt acciperet cogi non potuiſſet, ne quidem poſt præſtitam ſatiſdationem iudicatum ſolui, vt ex Sabini ſententia diximus ad initium legis præcedentis.

4 ¶ Procurator, vt in cæteris quoque negoriis gerendis, ita & in litibus [a] ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite conſecutus erit, ſiue principaliter ipſius rei nomine, ſiue extrinſecus ob eam rem: debet mandati iudicio reſtituere: vſque adeò, vt & ſi per errorem, aut iniuriam iudicis [b] non debitum conſecutus fuerit: id quoquę reddere debeat.

Ad §. 4. Procurator.

a *Ita & in litibus.* Ratio dubitandi. Dubius & incertus ac plerumque malus eſt euentus litis etiam bonæ, magnaque ex lite vexatio in perſona procuratoris alienam litem tractantis ſiue agat, ſiue conueniatur. Æquum igitur eſſet ſi quid commodi ex lite emergat id ad procuratorem pertinere, dum ne in damno vllo moretur is qui procuratorem dedit, vt hoc veluti præmio inuitentur procuratores ad aliena negotia tantò diligentiùs & fidelius tractanda. Præſertim cùm è contrario aliqua ſint quæ ſi procurator præſtiterit ex cauſa litis, poſteà repetere nunquam poteſt, putà ſi pœnam ſoluerit, vt dicitur in §. *ſequent.* Eſſet enim multò conuenientius & publicè vtilius, vt lucrum aliquod ex lite, quàm vt damnum vel minimum ad procuratorem perueniret.

Ratio decidendi. Procuratoris officium gratuitum eſt, alioqui in aliam negotij ſpeciem cadit § *vlt. Inſtit. de manda.* & cùm ex bona fide impleri debeat, nihil tam conueniens eſt bonæ fidei, quàm vt quicquid ex lite aliena conſecutus eſt procurator ſiue principaliter, ipſius rei nomine ſiue etiam extrinſecus ob eam rem, debeat totum id mandati iudicio reſtituere: Præſertim quia nec periculum litis ad eum pertinet, in quem ſcilicet neque iudicati actio datur, ſicut nec ipſe agit iudicati, *l. ſi procurator 28. ſupr. hoc tit. l. hoc iure 86. de ſolut.* Nam & ſi quid ob rem iudicatam præſtitiſſet, id ſubinde contrario mandati iudicio recuperaret, excepta pœna ſi quam præſtiterit ex proprio delicto, quomodo ſcriptum eſt, in §. *ſeq.*

b *Vt etſi per errorem aut iniuriam iudicis.* Ratio dubitandi. Quod procurator ex lite conſecutus eſt indebitum, ſiue per errorem & imperitiam iudicis, ſiue per eius iniuriam, ſordes, & gratiam non poteſt videri conſecutus nomine alieno aut quaſi procurator, quia mandatum quantumuis generale cùm ex bona fide interpretationem recipiat, *l. creditor 60. §. vlt. infr. mand.* nunquam porrigendum eſt ad indebitum conſequendum, *l. ſi procurator 6. §. Celſus. l. cùm indebitum 57. § 1. de condict. indeb.* Non ergo cogendus eſt, vt mandati iudicio id reddat, arg. *l. debitor 59. in fin. ad SC. Trebell. l. 3. ad l. Falc.*

Ratio decidendi. Id quod indebitum procurator ex lite conſecutus eſt, licèt non fuerit conſecutus ex mandato, habuit tamen occaſione mandati & quaſi procurator, quia non fuerat habiturus ſi procurator non fuiſſet: adeóque hoc verum eſt vt etiam in negotiorum geſtore qui nullum penitus mandatum habet, idem obtineat, *l. ſi autem 8. § item ſi fundum de neg. geſt.* Ne alioqui honeſta interpretatio, non honeſto quæſtu lucrum afferat, *l. ſi poſſeſſor 52. de hered. pet.* iunct. *l. euicta 57. & ſeq. eod. titul.*

5 ¶ Item contra, quod ob rem iudicatam [c] procurator ſoluerit, contrario mandati iudicio recuperare debet, pœnam autem, quam ex ſuo delicto præſtitit [d], recuperare non debet.

Ad §. 5. Item contra.

Ratio dubitandi. Diligenter cuſtodiendi ſunt fines mandati, *l. 5. infr. mand. l. ſi procurator 10. C. hoc tit.* Atqui non ponimus mandatum fuiſſe procuratori vt quicquā impenderet, ergo ſi quid impenderit debet ſibi imputare, nec ei danda repetitio eſt, quamuis negotium vtiliter geſſerit, ſicut neque datur ei, qui pro inuito aliquid præſtitit, nec ſi debitoribus eius ſoluerit. *leg. vlt. C. de negot. geſt.* Nec videtur poſſe dici tacitam voluntatem debitoris interueniſſe, quoniam vbi conſtat de mandato quod certam formam habuit, etiam illa quæ alioqui ex tacita voluntate fieri nullo mandato interueniente potuiſſent, prohibita intelliguntur ſi mandato ipſo non contineantur, *l. maritus 21. C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Mandato ſemper intelliguntur contineri ea omnia ſine quibus mandatum expediri non poſſet, & quæ mandato cohærent, *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. in fr. hoc tit.* Eiuſmodi verò ſunt impenſæ, quas ad mandati executionem fieri neceſſe eſt. Semper enim iuſta eſt procuratoris intentio, cùm allegat ſe impenſas illas facturum non fuiſſe, nec hoc vel illud damnum paſſurum ſi mandatum non ſuſcepiſſet, *l. ſi ſeruus 61. §. quod verò de furt.* Alioqui non reperiretur qui abſentis negotia vellet gerere, ſiue cum mandato, ſiue citra mandatum, *l. 2. inf. de neg. geſt.* Planè impenſas illas & damna eiuſmodi eſſe neceſſe eſt, vt mandato imputari probabiliter poſſint, *l. inter cauſas 26. §. non omnia inf. mand.* Eſt autem in hanc rem comparata iure ciuili contraria actio mandati, & iure prætorio contraria negotiorum geſtorum, vt mandatarij vel negotiorum geſtoris indemnitati conſulatur, & in qua ideò dicitur agi de calculo non de fide rupta, *l. furti 6. §. vlt. ſupr. de his qui not. infam. l. ei apud quem 5. infr. depoſit.* Nam & iniquum eſſet dominum negotiorum ex procuratoris ſui vel negotiorum geſtoris damno fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.*

c *Ob rem iudicatam.* Ratio dubitand. Procurator non cogitur pati executionem rei iudicatæ ſicut nec poſſet ipſe agere iudicati, *l. ſi procur. 28. ſup. h. t. l. hoc iure 86. de ſolut. l. item eorum 6. § vlt. infr. tit. prox.* Ergo ſi imputare debet ſi quid præſtiterit ob rem iudicatam, non autē mandato: quod hac de re nullum habuiſſe proponitur.

Ratio decidendi. Tantò dignior eſt procurator cui per contrarium mãdati iudicium ſuccurratur, ne in damnum incurrat, cùm fines mandati egreſſus ſit ob id tantùm vt meliorem faceret domini conditionem, cuius quippe intererat iudicato quamprimùm ſatisfieri, vt ſumptibus qui in iudicati executione fieri ſolent parceretur, quos ſemper neceſſe eſt damno cedere condemnati: nec quiſquam iudex propitiis auribus dominum audiat imputantem procuratori ſuo factum ex quo dominus ipſe lucrum ſenſerit, *lege ſi extraneus* 33. *lege cùm in fundo* 78. §.*quòd ſi mulier. de iur. dotal.* Sentit autem lucrum dominus ex huiuſmodi facto procuratoris, quia ſi poſteà iudicati executio contra eum peratur, habiturus eſt doli exceptionem, *lege de qua re* 74. §.*vlt.infr.de iudic.*

d *Pœnam autem quam ex ſuo delicto præſtitit.* Ratio dubitandi. Non præſtitiſſet hanc pœnam procurator ſi procurator non fuiſſet, ac quamuis eam ex delicto ſuo præſtet, attamen etiam delicto ſi non cauſam, certè occaſionem mandatum dedit. Atqui iuſta eſt allegatio procuratoris quoties id agit ne damnum patiatur, quod paſſurus non fuerat ſi procurator non fuiſſet, *d. l. ſi ſeruus* 61.§.*quod verò de furt.* Ergo pœnam quoque, quàm ex delicto ſuo procurator præſtitit, recuperare contrario iudicio debet.

Ratio decidendi. Ea tantùm recuperare debet procurator quæ præſtitit propter mandatum, non autem omnia indiſtinctè quæ impenſurus nõ fuerat ſi mandatum non ſuſcepiſſet. Finge aliqua eum amiſiſſe aut erogaſſe quæ caſibus fortuitis magis quàm mandato imputari oporteat, vt in *d. l.inter cauſas* 26.§.*non omnia mandat.* Non repetet, Multò igitur minùs pœnam quam præſtitit ex delicto proprio: debet enim pœna ſequi ſuos autores, *l.ſancimus* 22.*C.de pœn.* Maximè cùm mandato nonquam delinquendi facultas contineatur, quia nec illicitæ rei mandatum vllum eſſe poteſt, *leg.ſi à reo* 70.§.*vlt.de fideiuſſ.* Denique nemo alieno nomine delinquit. Ergo nec alieno nomine & tanquam procurator pœnam ſoluiſſe dici poteſt, qui facti ſui nomine pœnam metuit, *l.ſi communis* 9.*de noxal.action.*

6 ¶ Litis impendia, bona fide facta vel ab actoris procuratore, vel à rei, debere ei reſtitui æquitas ſuadet.

Ad §.6. Litis impendia.

Ratio dubitandi. Impendia facta in litem à procuratore, qui poſteà ſiue iuſtè ſiue iniuſtè ſuccubuerit non poſſunt dici facta in rem & vtilitatem domini, cùm ex iis nullum fructum commodúmve percipiat, in quo differt ſpecies huius §. ab illa de qua diximus in *l. actoris* 30.*ſupr. hoc tit.* Ergo non eſt æquum, vt ea procuratori dominus reſtituat. Nec enim verendum eſt ne ex procuratoris iactura, & damno hic dominus locupletetur, quæ tamen præcipua videtur ratio inducendæ contra dominum contrariæ actionis pro indemnitate procuratoris.

Ratio decidendi. Negotium hoc ex quo naſcitur obligatio & actio mandati totum ex bona fide eſt, ad quam maximè pertinet, vt non tam euentus litis ſpectetur, quàm vnum hoc, verum bona fide procurator impenſas fecerit tanquam rem domini vtiliter geſturus, & eas tantùm quas vt neceſſarias vel vtiles facere de ſuo debuiſſet dominus, & alius quilibet diligens paterfamilias ſi litem per ſe tractaſſet. Hoc enim caſu tametſi lis amiſſa ſit non eo minus tamen locupletatus intelligeretur dominus ex procuratoris ſui iactura ſi eas non redderet, qui ſcilicet totum id lucraretur, quod alioqui de ſuo fuerat erogaturus. Quanquam actionem contrariam non tam hæc ratio inducit, ne dominus fiat locupletior ex iactura procuratoris, quàm illa ne procurator ob ſuſceptum mandatum fiat pauperior, & aliquo damno moretur. Proinde non quid lucri ex pecunia procuratoris ad dominum peruenit, inſpiciendum eſt, ſed quid & quantum abſit procuratori ex eo quod bona fide impenderit, *l.inter cauſas* 26.§.*abeſſe infr.mandat.* Abeſt autem quicquid ex cauſa litis prorogauit ſumptuum nomine, quod facere potuit honeſtè, *l. ſumptus* 53. *ſupr. de pact.* Nec debet ei nocere quod litem amiſit, ſi nulla in eo culpa ipſius interuenerit. imò poſſit ille ob hanc cauſam non immeritò vſurpare Martialis dictum illud,

Tanto plus debes Sexte, quòd erubui.

Denique etiam in negotiorum geſtore idem euenit, vt ſi vtiliter geſſerit actionem habere debeat, quamuis negotium quod geſſit effectum nullum habuerit, *leg. ſed an vltrò* 10.§.1. *infr. de negot. geſt. leg. ſeruus* 17. *in princip.de in rem verſ. leg. qui mutuam* 56. § *vltim. infr. mandat.*

7 ¶ Si duobus mandata ſit adminiſtratio negotiorum, quorum alter debitor ſit mandatoris: an alter eum eo rectè acturus ſit? & vtique rectè: non enim ob id minus procurator intelligitur, quòd is quoque, eum quo agitur, procurator ſit.

47. VLPIANVS lib.4. ad Vrſeium Ferocem.

QVi duos procuratores omnium rerum ſuarum relinquit: niſi nominatim præcepit vt alter ab altero pecuniam petat: non videtur mandatum vtrilibet eorum dediſſe.

48. GAIVS lib.4. ad Edictum Prouinciale.

ITaque ſi hoc ſpecialiter mandatum eſt: tunc, excipiente eo, cum quo agitur, *Si non mihi mandatum ſit, vt à debitoribus peterem*: actorem ita debere replicare, *aut ſi mihi mandatum eſt, vt à te peterem.*

Ad §.7. Si duobus, & l. Qui duos 47. & Itaque ſi 48.

Ratio dubitandi. Qui duos procuratores omnium rerum ſuarum relinquit, niſi nominatim præceperit, vt alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum vtrilibet eorum dediſſe, vt ſcribit Vlp. in *l.prox.ſeq.* Ergo non rectè tanquam procurator aget is qui non eſt debitor contra eum qui debitor eſt.

Ratio decidendi. Rectè agit & quidem tanquam procurator, quia, vt Caius ait, non ob id minùs procurator intelligitur, quod is quoque cum quo agitur, procurator ſit. Nec quiſquam dubitat quin mandato generali contineatur ius exigendi pecuniam à debitoribus, *l. procurator cui* 58. *& ſeq. infr. hoc tit.* Non igitur poteſt hic procurator condemnari & cauſa cadere quaſi malè agat, ac ſine mandato. Sed tamen alter qui conuenietur habet exceptionem, *ſi non mihi quoquè mandatum ſit vt à*

debito

debitoribus peterem, vt ex eodem Caio noſtro ſcriptum eſt, in *l. itaque 48. infra* vbi, quod magis eſt datur hæc eadem exceptio etiã contra eum cui ſpecialiter & nominatim mandatũ eſt vt ab altero procuratore petat. Quaſi ſpeciale mandatum illud non tam prodeſſe debeat ad dandam alteri in alterum actionem, aut ad impediendum ne poſſit quicquam excipere procurator qui conuenietur, quàm ad parandam ei, qui aget, replicationem per quam elidat eiuſmodi exceptionem. Replicatio, enim illa procuratori agenti dabitur, *at ſi mihi mandatum eſt vt à te peterem. dict. leg. itaque.* Ideò autem ea exceptio omnimodo omnique caſu datur procuratori, eidémque debitori qui ab altero procuratore conuenitur, quia eius qui duos in ſolidum procuratores conſtituit omnium rerum ſuarum voluntas euidens illa eſt, vt non plus vni quàm alteri mandatum eſſe intelligatur. Atqui nemò dixerit ei qui debitor ſit mandatum fuiſſe vt ageret contra ſeipſum. Ergo neque alij procuratori vt contra eum ageret, mandatum videtur. Quomodo etiam dicimus tutori aduerſus contutorem durante tutela actionem competere nullam poſſe, *lege 2. Cod. de adminiſtrat. tutor. lege cùm plures 12. in princip. lege ſine herede 32. §. vltim. infr. eodem ill. titul.* Neceſſaria igitur replicatio eſt, ad elidendam exceptionem quæ impediri non poteſt. Et fortior eſt replicatio, quoniam in propoſito caſu exceptio naſcitur ex tacita voluntate, replicatio verò ex ſpeciali & expreſſa. Quamquam mirum ſanè eſt tacitæ iſtius & ſatis obſcuræ voluntatis tantam rationem haberi, vt exceptionem parere poſſit, cùm de contraria expreſſa liquidò ex ipſis mandati verbis conſtat. Itaque parum abeſt vt ſuſpicer Triboniani manum, præſertim ob illa verba *nominatim, ſpecialiter*, quæ ferè ſemper mihi ſunt ſuſpecta. Non tamen auſim affirmare, quia non ſatis adhuc liquet.

49. PAVLVS lib. 54. ad Edictum.

IGnorantis domini conditio deterior per procuratorem fieri non debet.

Ad l. Ignorantis 49.

Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire non videtur, *lege quod quis ex culpa 203. de regular. iur.* Atqui poteſt domino culpa imputari, cur talem procuratorem elegerit, nec diligentiori homini negotia ſua commiſerit, *lege 3. §. vltim. lege cùm mandatu 25. in fin. de minorib.* Ergo nihil abſurdi aut iniqui emerget etiamſi dicamus ignorantis domini conditionem per procuratorem fieri deteriorem poſſe.

Ratio decidendi. Vſus procuratorum vtilitatis cauſa introductus eſt, vt abſentibus conſuleretur, non vt iis noceretur, *lege 1. §. vſus ſupr. hoc tit.* nec ratio vlla iuris aut æquitatis patitur, vt deterior noſtra conditio per alium fiat, quamuis melior fieri poſſit, *leg. non debet alteri 74. l. melior 133. de reg. iu.* Hominem enim beneficio non incommodo aut damno aliquo affici intereſt hominis, *leg. ſi venditor 6. §. 1. de ſeru. export.* Nec poteſt imputari domino cur talem procuratorem elegerit, niſi in illis ipſis negotiis quæ ei mandauit. Circa quæ non eſt dubitandum, quin factum procuratoris noceat domino, ſiue pactus ſit, *l. reſcriptum 12. §. vlt. l. nam & nocere 12. ſupr. de pact.* ſiue iuſiurandum detulerit, *l. iuſiurandum quod 17. §. vltim. infr. de iureiur.* ſiue fuerit condemnatus, *l. ſi mater 11. §. hoc iure de except. rei iudic.* Sed de his Paulus hîc non loquitur. Nec enim poteſt dominus ignarus dici eorum, quæ mandauit. Lex autem hæc eſt de domino ignorante, & hunc ſenſum habet, vt ſi quid procurator fecerit egreſſus fines mandati, & citra domini voluntatem, domino id nocere non oporteat, quod & ſcriptum eſt, in *l. ſi procurator 10. C. hoc tit.* & alibi ſæpè.

50. GAIVS libro 22. ad Edictum Prouinciale.

QVacunque ratione procurator tuus me à liberatus eſt, id tibi prodeſſe debet.

Ad l. Quacunque 50.

Ratio dubitandi. Procuratoris obligatio non eſt obligatio domini. Alia enim vt perſona ita & obligatio eſt domini, alia procuratoris, ſiue de actiua, vt vocant, obligatione loquamur, ſiue de paſſiua, *l. 2. C. ſi cert. pet. l. 1. & 2. C. per quas perſon. nob. acquir.* Ergo nec liberatio procuratoris poteſt liberare dominum aut aliter ei prodeſſe. Neque enim per liberam perſonam qualem ponimus eſſe perſonam procuratoris quicquam acquiri nobis poteſt, *d. l. 1. l. ſolutum 11. §. per liberam de pign. act.* Ergo neque liberatio, vt nec obligatio, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Hæc lex intelligenda eſt de prætoriis ſtipulationibus ex quibus procurator ſi quid promittat obligatur directò, dominus verò vtiliter, ita vt ex eiuſmodi ſtipulatione, puta iudicatum ſolui competat actio directa contra procuratorem ſi ipſe domini eiuſdémque rei nomine ſatiſdederit (nec enim ipſius eſſet, ſed domini hanc interponere ſatiſdationem, *l. ſi ad defendendum 10. iud. ſolu.*) vtilis verò danda ſit aduerſus dominum, *l. in cauſæ 27. §. 1. & l. ſeq. ſupr. hoc tit.* Si ergo ponas procuratorem tuum qui mihi tuo nomine ſatiſdederat quacunque ratione à me liberatum eſſe, ſiue quod iudicatum ſoluerit, ſiue quòd acceptum ei tulerim, ſiue quòd ab alio ſtipulatus ſim nouandi animo, ſiue quo denique alio ex iis modis quibus obligationem iure extingui placet, ea res ſibi prodeſſe debebit vt non magis actio vtilis ex ſtipulatu mihi contra te competat, quàm directa contra tuum procuratorem. Neque mirum hoc videri debet cùm vtrumque non principaliter fiat, ſed tantùm per conſequentias, vt & obligato procuratore dominus obligetur, & liberato liberetur. Quamquam multò faciliùs eſt vt per alium quis liberetur, etiam inuitus nedum ignorans, quàm vt obligetur, *l. ſoluendo 9. infrà de negot. geſt. l. ſolutione 23. de ſolut.* Sed & ille huius legis ſenſus eſſe poteſt, vt tum quoque cùm ſolus procurator obligatus fuit ſi qua ratione liberetur, id non minùs domino quàm ipſi prodeſſe debeat, ne ſcilicet procurator liberationis commodum vſque adeò ſuum faciat vt eo nomine velit agere contra dominum perinde atque ſi aliquid ei abeſſet, quaſi quod nihil ei abſit ſuæ ſoli induſtriæ adſcribere debeat, quàm porrò æquam ſit non alij quàm ipſi prodeſſe. Nam imò verò debet prodeſſe domino, æquè ac procuratori, quod procurator liberatus eſt hactenus vt non magis à procuratore liberato quàm ab eo, qui procuratorem liberauit, conueniri poſſit. Nihil autem cùm hac lege ſimile habet quod adhuc ſolet, ex *l. ſi quis Stichum 66. infr. hoc tit.* Ibi enim procurator tuus non à me liberatur, ſed me liberat.

51. VLPIANVS lib. 60. ad Edictum.

MInor 25. annis, ſi defenſor exiſtat, ex quibus cauſis in integrum reſtitui poſſit, defenſor idoneus non eſt: quia & ipſi [a], & fideiuſſoribus eius [b] per in integrum reſtitutionem ſuccurritur.

Ad l. Minor 25. annis 51.

Ratio dubitandi. Puberes etiam ſine curatoribus poſſunt ex ſtipulatu obligari, *l. puberes 101. de ver. oblig.* Ergo & fideiuſſores multo magis dare, *tot. tit. C. de fideiuſſ. minor.* ac proinde idonei ſunt defenſores, ſicut & procuratores eſſe poſſunt, *l. ſi collectaneus 13. de manum. vind.*

Ratio decidendi. Non ſunt idonei defenſores ex quibus cauſis in integrum reſtitui poſſunt, quia & ipſis & fideiuſſoribus eius per in integrum reſtitutionem ſuccurritur ex edicto prætoris, De minoribus. Ipſis quidem ex propria perſona propter lubricum ætatis ſi qua in re capti læſique proponantur, *l. 1. & paſſ. de minor. l. nam poſteaquàm 9. §. ſi minor. de iureiur.* Eorum verò fideiuſſoribus, ne alioqui fideiuſſores neceſſe eſſet, vel regreſſum habere contra minorem pro quo interueniſſent, vel in damno morari, quorum alterum ipſi minori, alterum fideiuſſoribus ipſius iniurioſum videretur, *l. Titius 76. infr. hoc tit. l. 3. & 5. de liber. l. cùm lex 46. de fideiuſſ.* Itaque quod ipſo iure obligentur ad rem non facit. Nec rurſus quod poſſunt eſſe procuratores. Nam minoribus procuratoribus maiorum non datur reſtitutio ne alioqui eo modo maiores potiùs reſtitui viderentur contra propoſitum prætoris, *l. cùm mandatu 23. de minor.* Nec enim propoſitores nomine proprio periclitantur, quod in defenſoribus ſecus eſt, *l. ſi procurator 28. in fin. ſupr. eod. l. ſi ad defendendum 10. iudic. ſolui.*

a *Et ipſi.* Ratio dubitandi. Prætor non ſuccurrit minoribus decipientibus, vt nec SC. Velleianum, ſed deceptis tantùm aut facilitate ſua damnum paſſis, *l. 2. C. ſi minor ſe maior dixer. l. 2. §. ſed ita demum ad S. C. Velleian.* Atqui is qui ſatiſdedit iudicatum ſolui ſi poſtea iudicium accipere nolit, aut accepto iudicio condemnatus nolit ſatisfacere iudicato, videtur decipere actorem qui ſatis accepit, *l. mutus 43. §. vlt. ſup. eod.* Ergo non eſt audiendus ſi petat reſtitutionem à Prætore.

Ratio decidendi. Non facit dolo qui iure ſuo vtitur, *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* & qui facti ſui authorem prætorem habeat, quomodo habet minor qui non ſeipſum reſtituit in integrum, ſed reſtituitur à Prætore. Et quamuis ea reſtitutione decipi videatur is qui ſatis acceperat, non tamen decipitur dolo malo minoris, ſed potiùs à ſeipſo qui tam parum cautus fuerit vt pro idoneo defenſore admiſerit eum quem ſciebat aut ſcire debebat in integrum reſtitui poſſe, arg. *l. nam ſi actor 26. de rei vindic. l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Itaque non eſt talis hæc deceptio, vt impediat reſtitutionem cùm ſit permiſſa, vt & illa de qua in *l. in cauſa 6. §. idem Pomponius de minorib. l. item ſi pretio 22. §. fin. & l. ſeq. locat. conduct.*

b *Et fideiuſſoribus eius.* Ratio dubitandi. Reſtitutio in integrum minori conceſſa non ideò fideiuſſoribus eius prodeſt, *l. 1. & 2. Cod. de fideiuſſor. minor.* Ergo quamuis ſuccurratur minori qui alium defendere voluit, nulla tamen ratio eſt cur eius quoque fideiuſſoribus ſubueniatur.

Ratio decidendi. Intereſt an fideiuſſores à minore dati pro eo interuenerint tanquam pro minore & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papinianus, in *Stichum aut Pamphil. 95. §. quod vulgò, de ſolu.* id eſt, ob hoc ipſum vt cautum eſſet ſtipulatori in eum caſum, quo minor in integrum reſtitueretur: an verò fideiuſſores interuenerint pro minore, tanquam pro alio quolibet, id eſt, quomodo interuenirent etiam pro maiore. Priore caſu reſtitutio minoris prodeſt etiam fideiuſſoribus: poſteriore non item, vt Paulus ſcribit in Sententiis, & nos docuimus, *lib. 8. coniectur. cap. 1.* Atqui fideiuſſores qui dati ſunt à defenſore minore, non tanquam à minore dati intelliguntur, ſed tanquam à maiore, quia quiſquis alium defendere vult, etiamſi ſit maior, ſatiſdare cogitur, *l. qui proprio 46. §. qui alium. ſup. eod.* Et in dubio quod duplicem cauſam habere poteſt, ordinariam vnam & communem, alteram extraordinariam & ſpecialem, ad ordinariam & communem potiùs referendum eſt, *l. 3. in pr. & §. 1. de tut.* Inde igitur fit vt reſtitutio in integrum minori conceſſa proſit fideiuſſoribus quibus ſcilicet proſunt auxilia omnia reo competentia, dummodò rei cohæreant, non perſonæ, *l. exceptiones 7. de except.*

1 ¶ Quoniam tamen defendere, eſt eandem vicem, quam reus, ſubire [a]: defenſor mariti in amplius, quàm maritus facere poſſit, non eſt condemnatus [b].

Ad §. 1. Quoniam.

a *Defendere eſt eandem vicem quam reum ſubire.* Ratio dubitandi. Reus qui proprio nomine iudicium accipit non tenetur ſatiſdare iudicatum ſolui, ſed is demum qui iudicium accipit per procuratorem, *l. qui proprio 46. in pr. ſup. hoc tit. l. ſi ad defendend. 10. infr. iud. ſolui l. 5. §. vlt. quibus ex cauſ. in poſſ. eatenus.* Atqui defenſor quilibet ſatiſdare cogitur. *d. l. qui proprio, §. qui alium. & § vltim. huius l.* Ergo defendere non eſt eandem quam reus vicem ſubire.

Ratio decidendi. Defenſor ſubit eandem vicem quã reus in omnibus præterquàm in ſatiſdando, *l. ſed & hæ 35. §. defendere. ſupr. eod.* Eſt enim deterior conditio defenſoris quàm rei in hoc ſolo, quod ſatiſdare tenetur. In cæteris eadem penitus eſt, *d. §. defendere.*

b *Defenſor mariti in amplius quàm maritus facere poſſit, non eſt condemnandus.* Ratio dubitandi. Priuilegium illud mariti perſonale eſt, id eſt, eius perſonæ cohæret vt non poſſit condemnari, niſi in quantum facere poteſt, ideòque nec ad fideiuſſorem mariti tranſit, *l. except. 7. de except. neque ad hæredem lege maritum 12. & ſequent. ſolut. matrim.* Ergo nec ad defenſorem tranſire debet, *l. ex pluribus 42. de adminiſtr. tutor.*

Ratio decidendi. Alia cauſa eſt defenſoris quàm ſit vel hæredis, vel fideiuſſoris, *l. alia 14. ſolut. matrim.* Nam cùm defendere nihil aliud ſit quàm eandem vicem quam reus ſubire, vt proximè diximus, dubitandum non eſt quin ſufficienter maritum defendiſſe videatur is qui tantùm vxori præſtitit quantum ea conſequeretur, ſi maritum ipſum conueniſſet, *d. leg. alia.* Non ergo inſpiciendum eſt quantum facere defenſor poſſit, ſed quantum maritus, quem ille defendit, ſiue plus ſiue minus poſſit quàm defenſor.

2 ¶ Is, qui ſuſcepit defenſionem, & ſi locupletiſſimus eſt [c].

52. PAVLVS lib. 57. ad Edictum.

ET ſi conſularis ſit [d],

53. VLPIANVS lib. 60. ad Edictum.

NOn videtur defendere, niſi ſatiſdare fuerit paratus.

Ad §. 2. Is qui. & Ad l. 52. & 53.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. qui alium, *l. qui proprio 46. ſupr. hoc titul.*

c *Et ſi locupletiſſimus eſt.* Ratio dubitandi. Qui alium defendit ideò tenetur ſatiſdare quod locuples non habeatur, *leg. qui rem 166. de regulis iuris.* Atqui hæc ratio ceſſat cùm conſtat eſſe illum locupletiſſimum, quia implicat contradictionem, vt qui locupletiſſimus probatur, non locuples habeatur, & præſumptionem illam iuris veritati cedere neceſſe eſt, *l. ſi chirographum 24. & ſequenti. l. imperatores 29. & ſequenti. de probationibus.* vt & alias quaſlibet quantumuis efficaces. *l. filium 6.* de his qui ſunt ſui vel alieni iuris. Ergo defenſor qui locupletiſſimus & eſt & probatur, ſatiſdare cogi non debet.

Ratio decidendi. Is qui alterius defenſionem ſuſcipit, alienæ rei ſe immiſcet, nil ad ſe pertinenti, & ideò quamuis bona mente id faciat, non tamen deeſt quod ei imputari poſſit, cuius pœnam hanc eum ſubire æquum eſt, vt pro locuplete non aliter haberi poſſit, quàm ſi ſatiſdederit de iudicato ſoluendo. Nec enim actor eum eligit, quomodo eligeret ſi cum eo contraheret, ſed in ipſum incidit, nec id caſu, ſed defenſore ipſo ſe obuiam vltro exponente. Quem idcirco tanquam ignotum hoc ipſo ſuſpectum habere actor poteſt. Nam & ſuſpectus dici ſolet, qui ſe ingerit, *l. quæ omnia 25.* vbi dixi. *ſupr. hoc tit.* Alioquin oneraretur actor, ſi diſpiciendum & inquirendum haberet an locuples eſſet defenſor necne, cùm id æſtimandum ſit & ex conueniendi facilitate, & ex modo facultatum, *leg. 2. l. ſi verò 5. §. 1. qui ſatiſd. cogant.* qui modus facultatum neſciri poteſt, niſi explorato & ſubducto priùs ære alieno, *l. non poſſunt 11. de iur. fiſc.* cuius tamen inueſtigatio & perdifficilis & longa eſt, quia plerúmque æs alienum latet, deinde poſt longum tempus emergit. Fuit ergo expeditius ita ius conſtitui, vt pro locuplete nunquam haberetur is, qui pro alio defendendo interueniret.

d *Et ſi conſularis ſit.* Ratio dubitandi. Iubendi non ſunt, nedum cogendi ſatiſdare illi qui ſunt eius exiſtimationis vel honeſtatis, vt non debeant hanc contumeliam ſatiſdationis ſubire. Contumelia enim eſt, ſi qua perſona bene probata, idonea & honeſta ſatiſdare iubeatur, *l. teſtamento 17. §. vltim. de teſtamentaria tutela.* Ergo multò magis conſularem virum ab hac contumelia eximendum eſſe dicendum eſt.

Ratio decidendi. Nulla conſulari viro fit iniuria aut contumelia cùm iure defenſoris ſatiſdare iubetur, quia ſatiſdat non tanquam conſularis, ſed tanquam alius defenſor quilibet, ac eo iure quod aduerſus defenſores omnes communiter & generaliter conſtitutum eſt. Cùm enim acceſſit ad alterius defenſionem, quam ſciebat aut ſcire debebat, non niſi præſtita ſatiſdatione ſuſcipi poſſe ea lege & conditione defenſionem ſuſcepiſſe videtur arg. *l. ſi duo 38. in fin. de acquir. hæred.*

e *Niſi ſatiſdare fuerit paratus.* Ratio dubitandi. Oblatio non ſufficit vbi facto ipſo opus eſt, *l. nec creditores 10. C. de pign. act. l. accept. 19. C. de vſur.* Ergo non ſufficit defenſori vt paratus ſit ſatiſdare niſi re vera ſatiſdet.

Ratio decidendi. Verba hæc vt & aliàs ſemper cum effectu ſunt accipienda, *l. 1 §. hac autem verba ſupr. quod quiſque iur. l. pen. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Itaque is demum dicendus eſt paratus ſatiſdare, qui re vera & cum effectu ſatiſdare ſtatim vult & poteſt niſi ſtet per aduerſarium. Quid enim ſi nolit ille à fideiuſſoribus ſtipulari? Aut fideiuſſores quantumlibet idoneos & probatos nolit admittere? Hoc ſanè caſu ſatiſdatio præſtita haberi debet, vt & in edicto, *de oper. noui nunciat. l. prætor ait 20. §. deinde ille. tit. l. ſi verò 5. §. 1. qui ſatiſd. cogant.* Sicut & pro impleta habetur conditio quælibet quoties per aduerſarium ſtat quominus impleatur, *leg. iure ciuili 24. de condic. & demonſtr.* Quin etiam aliquando ſufficit vt non ſtet per eum qui implere debuit, licèt nec alius quiſquam ſit ex aduerſo per quem ſtare dici poſſit, vt in *l. vlt. de l. commiſſ.*

54. PAVLVS lib. 50. ad Edictum.

NEque fœmina [g], neque miles [h], neque qui reipublicæ cauſa abfuturus eſt [i], aut morbo perpetuo tenetur [k], aut magiſtratum initurus eſt [l], aut inuitus iudicium pati non poteſt [m], idoneus defenſor intelligitur.

Ad l. Neque fœmina 54.

g *Neque fœmina.* Ratio dubitandi. Fœmina etiã pro eo pro quo contra ſenatuſconſultum interceſſit accipere iudicium poteſt vt non in veterem debitorem actio detur ſi modò caueat ſe exceptione ſenatuſconſulti non vſuram, *l. vlt. §. pen. infr. ad SC. Vellean.* Atqui alium defendere nihil aliud eſt, quàm iudicium pro alio accipere, *l. ſed & hæ 35. §. vltim. verſ. præter ſatiſdationem. ſupr. hoc tit.* Ergo etiam fœmina ad alienam defenſenſionem admitti poteſt.

Ratio decidendi. Alienam ſuſcipere defenſionem virile officium eſt & vltra ſexum muliebrem, *l. alien. 8. C. eod.* Itaque non ſolùm autoritas ſenatuſconſulti Velleiani quo prohibetur generaliter fœmina ne pro alio intercedat, ſed etiam ſexus ratio impedit ne ad alterius defenſionem fœmina non admitti poſſit. Planè cum pro alio interceſſit ſi iudicium accipere velit & parata ſit cauere ſe exceptionem non vſuram, audienda eſt, quia tunc non tam alium pro quo interceſſit defendere videtur, quàm ſeipſam quæ interceſſit, & quia interceſſit. Nihil enim fit contra ſenatuſconſultum quoties mulier renunciat, exceptioni iam ſibi competenti, ſed fieret ſi renunciaret exceptioni ſibi competituræ, quod tamen fieri neceſſe eſſet ſi eam prætor admitteret ad ſuſcipiendam alterius defenſionem. Mulier enim quæ alicuius defenſor exiſtit proculdubio intercedit, ſiquidem ſuſcepit in ſe alienam obligationem quippe cum ex hac re ſubeat condemnationem, *l. 2. §. vlt. ad SC. Vellean.* Atque ita acciperetur actor qui ex prætoris authoritate mulieris fidem ſecutus eſſet ac fideiuſſorum ab ea datorum. Nam & fideiuſſoribus mulieris adeóque iis qui eis qui eius mandato interuenerunt Senatus ſuccurrit, *l. ſi fideiuſſores 6. l. ſi decipiendi 30. §. 1. eod. l. ſi vxor 15. C. eod.* Quod ſi prætor minorem ad ſuſcipiendam alienam defenſionem non admittit, quia in integrum poteſt reſtitui, *leg. minor 31. ſupr. hoc tit.* quantò minus admittet mulierem, quæ nullo indigens auxilio reſtitutionis ipſo iure tuta eſt aut ſaltem ope exceptionis?

h *Neque miles.* Ratio dubitandi. Miles poteſt eſſe procurator ſi modò non ſit ei oppoſita militiæ præſcriptio ante litem conteſtatam, *l. filius familias 8. §. veteran. ſup. eod. l. ita demum 13. C. eod.* Quidni ergo defenſor etiam eſſe poterit?

Ratio decidendi. Miles neque procurator neque defenſor alterius eſſe poteſt nec ſi aduerſarius conſentiat. Idque ob eas rationes quas attuli ad *d. §. veterani.* Quæ enim rationes faciunt ne procurator eſſe poſſit, multò magis

magia faciũt ne poſſit eſſe defenſor. Illa præſertim quòd armis non priuatis negotiis occupari milites debent, vt numeris & ſignis ſuis iugiter inhærentes rempublicam à qua aluntur ab omni bellorum neceſſitate defendant vt ſcriptum eſt, in *l. milites 31. C. de locat.* Et quod miles poteſt eſſe procurator ſi ei ante litem conteſtatam exceptio procuratoria non opponatur, aliam rationem habes quæ defenſori accommodari non poteſt, quia non aliqua exceptione opus eſt ad defenſorem repellendum quæ dilatoria ſit & intra tempus conteſtationis opponenda, vt euenit in exceptione procuratoria, ſed opus eſt approbatione ad eum admittendum, quæ approbatio neque expreſſa voluntate fieri poteſt, *d. §. veterani*, neque tacitè induci ex conteſtatione, ne plus poſſit tacita voluntas quàm expreſſa.

i *Neque qui reipublica cauſa abfuturus eſt.* Ratio dubitandi. Non iuuatur reſtitione, in integrum is qui reipublicæ cauſa abfuturus eſt, ſed is demum qui abfuit, *l. 1. & toto tit. ex quibus cauſis maior.* Ergo non eo minùs idoneus defenſor haberi quis debet quod reipubl. cauſa abfuturus ſit.

Ratio decidendi. Proſpicit prætor quantum poteſt ne decipiatur is contra quem defenſio ſuſcipitur, *l. mutus 43. §. vlt. ſupra.* Deciperetur autem ſi ad defenſionem is admitteretur, qui reipublicæ cauſa ſit abfuturus antequàm lis peracta eſſe poſſit. Paratum namque illi eſt auxilium reſtitutionis, nec valde intereſt an reſtitutionis indulgendæ cauſa iam nata ſit, an verò iamiam ſit naſcitura, ſufficit incertum abſentiæ & reſtitutionis vt non ſatis idoneus defenſor videatur, vt in *l. ſi Titius 48. §. 1. de fideiuſſ.* Sic & alias ſæpè quæ in eo ſunt, vt proximè facienda ſperentur, pro iam factis habentur, *l. pen. de teſtam. milit.* quamuis regula iuris habeat, id quod pendet non pro eo eſt quaſi ſit, *l. is damn. dat. 169. §. 1. de reg. iur.*

k *Aut morbo perpetuo tenetur.* Ratio dubitandi. Etiam is qui morbo perpetuo tenetur poteſt iudicio adeſſe per procuratorem, cùm nulla lege procuratorem dare prohibeatur, *l. mutus 43. §. 1. ſupr. hoc titul.* Ergo non eſt prohibendus, quominùs alium poſſit defendere ſaltem per procuratorem.

Ratio decidendi. Qui alium defendit, ipſe ſe vltro quaſi procuratorem conſtituit, eius quem defendit, vnde eſt quod nemo poteſt idoneus defenſor eſſe, niſi qui poſſet eſſe procurator: Atquin is qui morbo perpetuo laborat procurator fieri nullomodo poteſt, cùm is ne propriis quidem negotiis ſupereſſe per ſe poſſit. Ergo multò minùs ei permittendum eſt vt alterius defenſionem ſuſcipiat. Nam & ſuperueniens morbus ſonticus etiam inuitis litigatoribus, & iudice diem differt, *l. quæſitum 60. de re iudic.*

l *Aut magiſtratus initurus eſt.* Ratio dubitandi. Qui magiſtratum initurus eſt nondum magiſtratus eſt. Ergo interim defenſor idoneus eſt.

Ratio decidendi. Non illud duntaxat tempus intueri debemus quo vult quis ſuſcipere defenſionem, ſed totum iudicij tempus ante oculos quaſi vnum inſtans proponere, vt qui ſemel iudicium pro abſente defendendo acceperit, iudicium perſequi ad finem vſque poſſit, nec cogitandum ſit de iudicij tranſlatione in alium neceſſariò facienda, quæ actori vtique ſi non ſemper damnum certè incommodum eſſet allatura. Atqui iudicia tractum habent temporis nec tam citò expediuntur, *l. quod debetur 51. de pecul. lege etiam 15. vt legat. nom. caueat.* Non debet igitur tanquam idoneus defenſor admitti ille qui nondum magiſtratus eſt, ſi breui enim magiſtratum initurus ſit, cuius veneratione fiat, vt vel in ius vocari, vel vt iudicium accipiat cogi non poſſit, *l. 2. ſupr. de in ius vo.*

m *Aut inuitus iudicium pati non poteſt.* Ratio dubitandi. Iudicium redditur etiam in inuitum, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Ergo non relinquitur locus quæſtioni an quis inuitus iudicium pati poſſit.

Ratio decidend. Quædam perſonæ ſunt, quæ vt iudicium accipiant ſi nolint cogi non poſſunt, cuiuſmodi ſunt eæ omnes quas nec in ius vocare licèt ſine fraude, vt purà maiores magiſtratus, & cæteri, de quibus, in *dict. l. 2. de in ius voc.* Sicut & ſunt quædam res de quibus iudicium accipere quis non cogitur, *l. vir bonus 18. iudic. ſolui.* Si quis ergo talis ſit qui iudicium accipere cogi non poſſit, non poteſt haberi pro idoneo defenſore, cùm hoc maximè ad defenſoris munus pertineat vt iudicium accipiat, *l. ſed & hæ 35. §. defendere ſup. hoc. tit.*

1 ¶ Tutores, qui in aliquo loco adminiſtrauerunt, eodem loco & defendi debent.

Ad §. 1. Tutores.

Ratio dubitandi. Tutores non ideò tenentur tutelæ quòd adminiſtrauerint, ſed quia tutores dati fuerunt & adminiſtrare ex officio debuerunt. Vnde eſt quod etiamſi nihil adminiſtrauerint, perinde tamen tenentur, *l. & tot. tit. C. ſi tut. vel curat. non geſſer. l. pro officio 20. de admin. tutor.* Ergo non vbi adminiſtrauerunt defendendi ſunt, ſed vbi tutores dati fuerunt. Plerúmque autem alibi dantur, quàm vbi eos adminiſtrare oportet, *l. vnic. Cod. vbi pet. tutor. vel curat.* Alioqui vbi defendendus erit is qui nihil vſquam adminiſtrauit?

Ratio decidendi. Qui nihil adminiſtrauerunt, eo loco defendendi ſunt vbi vel tutelam acceperunt, vel domicilium habent, quia & ibi conueniendi ſunt, *l. 1. & 2. de reb. autor. iud. poſſi.* At qui adminiſtrauerunt, de quibus ſolis hæc lex loquitur in eo ipſo loco in quo adminiſtrarunt, & conueniri & defendi debent, ſiue quod res pupillares adminiſtrando videantur, quaſi contraxiſſe cum pupillo (nam nec actio tutelæ directa eum tenet qui non geſſit, *l. 4. §. ſed enim rem pupil. ſalu. for.*) defendendus autem quiſque eſt eo loco in quo cõtraxit, *l. hæres abſens 19. §. 1. & 2. ſupr. de iud.* Siue quod veritatis, & rei geſtæ probationes ex quibus tota ratio tutelæ pēdet, faciliùs haberi poſſint eo in loco in quo tutela adminiſtrata eſt, *l. 1. & 2. C. vbi de rat. tam pub. quàm priu. agi oporteat.*

55. VLPIANVS lib. 65. ad Edictum.

PRocuratore in rem ſuam dato, præferendus non eſt dominus procuratoris in litem mouendam, vel pecuniam ſuſcipiendam, qui enim ſuo nomine vtiles actiones habet, ritè eas intendit.

Ad l. Procuratore 55.

Ratio dubitandi. Procurator in rem ſuam datus non habet niſi vtiles actiones ſuo nomine, idque ex reſcripto Diui Pij, de quo in *l. ſi cum emptore 16. ſup. de pact.* aut ex eius interpretatione, *vt in l. 5. Cod. de oblig. & act. lege vltim. Cod. quand. fiſc. vel priuat. l. ex nomine 8. Cod. de hered. vend. lege ex legato 18. Codic. de legat. l. 14. Cod. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Directas autem non habet niſi ex perſona mandantis, *lege qui ſtipendia 9. C. hoc tit. leg. 1. Cod. de oblig. & action. l. 3. C. de nouat.* At is qui procuratorem conſtituit directas habet ex propria perſona earúmque dominus eſt ſuo iure. Alioqui quomodo eas mãdare poſſet, ſi non haberet? Nec quod eas mandat procuratori in rem procuratoriam, facit vt eo minùs habeat, quia nec ſi velit poſſunt ab eo ſeparari, niſi iis modis quibus

quibus placet actiones ipſo iure extingui, vt ſolutione, acceptilatione, delegatione, & aliis ſimilibus. Porrò directam actionem habere plus eſt, quàm habere vtilem quoniam directa maior eſt, ideóque is qui directam habet non indiget vtili, *l. ſi heres 70. ad SC. Trebell.* Et ſi in eandem perſonam concurrant vtilis tollitur non directa, quia maior ſemper tollit minorem, *lege ſi rem 13. infrà de duobus reis.* Et quamvis procurator in rem ſuam directus non tantùm vtilem habeat, ſed etiam directam, attamen ex hac parte minus iuris habet, quàm dominus, cùm eam non habeat, niſi ex domini mandato, quod mandatum, vt aliud quodlibet, reuocabile eſt ad nutum mandantis. Præferendus igitur eſt dominus procuratori.

Ratio decidendi. Si procurator in rem ſuam datus non haberet niſi directam actionem ex perſona mandantis, præferendus ei eſſet dominus, quia non poſſet eam exercere contra domini voluntatem rebus adhuc integris, *l. non abſtulit 4. C. de nouat.* Sed cùm habeat etiam vtilem & quidem ſuo iure, nec tam ex domini voluntate quàm ex Imperatorum auctoritate, adeò vt non ſit in poteſtate domini hanc ei auferre quam non dederit, præferendus eſt domino habenti directam ſolam, ne alioqui alienum factum ei noceat ſi propter mutatam domini voluntatem cogatur carere propria lite, & actione, *l. quæ omnia 25. ad fin. ſuprà eo.* Denique cùm vtilis actio ex eo dicatur quod habet vtilitatem, nec proinde poſſit eſſe vnquam inutilis, fieri nunquam poteſt vt non præferatur directæ, quoties in diuerſis perſonis reſident. Quomodo & olim obtinente diſtinctione illa duplicis dominij, bonitarij ſcilicet, & quiritarij, dominus bonitarius ſi quando concurreret cum quiritario ei præferebatur, vt ſcribit Vlp. In *Inſt. tit. 19. De acquiſit. rer. & conſtat ex l. doce 6. C. de rei vind. iunct. l. quamvis 78. de iur. dot.* Et hodie dominus vtilis, quem imperitè ſic vocant, directo præfertur. Itaque non poſſunt hoc caſu mandatæ actiones reuocari, *l. illam 33. C. de don.* Quod etſi fieri poſſet, fruſtrà tamen fieret, quia nec directa actione valde indiget is qui vtilem habet, *l. 1. C. de oblig. & action. l. actio. 47. infr. de negot. geſt.*

a *Præferendus non eſt dominus procuratoris.* Legendum eſt *procuratori.* Nec enim procuratoris, ſed rei & negotij dominus eſt is qui procuratorem conſtituit.

b *Vel pecuniam ſuſcipiendam.* Ratio dubitandi. Procuratori ad lites non poteſt ſolui, quia mandatum ad hoc habere non intelligitur, *l. hoc iure 86. de ſolut.*

Ratio decidendi. Qui in rem ſuam procurator eſt non tantùm ad litem tractandam, ſed etiam ad ſolutionem accipiendam procurator conſtitutus intelligitur quia proprium negotium gerit, non alienum, *l. 4. l. qui in ſtipendia 9. Cod. hoc tit. l. 4. in princ. infrà de re iudi. l. 1. §. propriam inf. quand. appel. ſit.*

56. IDEM lib. 66. ad Edictum.

AD rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum rectè aget.

Ad l. Ad rem mobilem 56.

Ratio dubitandi. Procurator non debet nec poteſt egredi fines mandati, *l. ſi procurator 10. l. maritus 21. C. hoc titul. l. diligenter 5. in princip. inf. mandat.* Atqui alia eſt actio per quam petitur res mobilis, id eſt, rei vindicatio, alia verò actio ad exhibendum, ſiquidem vindicatio in rem actio eſt, *l. in rem 23. de rei vindic.* ad exhibendum verò actio eſt in perſonam, licèt ſcripta in rem, *l. 3. §. eſt autem perſonalis inf. ad exhib.* Ergo procurator datus ad rem mobilem petandam non poteſt agere ad exhibendum.

Ratio decidendi. Qui aliquid fieri mandat, ea quoque omnia mandare intelligitur, ſine quibus id quod mandatum eſt expediri non poteſt, *l. ad legatum 62. inf. hoc tit. l. 2. de iuriſd.* Poſito enim conſequenti, ponuntur, vt aiunt philoſophi, neceſſaria antecedentia. Atqui actio ad exhibendum eſt præparatoria vindicationis, *l. 1. ad exhib.* Nemo ſiquidem vindicare rem poteſt niſi qui hæc ſolemnia vindicationis verba proferre poſſit, *hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, quæ tamen proferri non poſſunt niſi de re coram exhibita, non etiam de occultata, vnde fit vt actio illa ad exhibendum non pertineat niſi ad res mobiles, quia immobiles occultari non poſſunt. Exhibere autem nihil aliud eſt, quàm facere in publico poteſtatem, vt ei qui agat experiendi ſit copia, *l. 2. eo.*

57. IDEM lib. 74. ad Edictum.

QVi procuratorem dat, vt confeſtim agat, is intelligendus eſt permittere procuratori & poſtea litem peragere.

Ad l. Qui procuratorem 57.

Ratio dubitandi. Is qui procuratorem dat, vt confeſtim agat, hoc ipſo videtur prohibere, ne poſtea agat. Alioqui ad quid prodeſſet adiectam in mandato dictionem *confeſtim?* Ergo non eſt intelligendus permittere procuratori, vt & poſtea litem peragat.

Ratio decidendi. Poteſt quidem procurator ſtatim agere & confeſtim, ſed non litem confeſtim peragere, quia iudicij executio habet tractum temporis, *l. quod debetur 51. de pecul. l. etiam 15. vt leg. nom. caueat.* Qui ergo mandat confeſtim agi non id mandare credendus eſt vt ſtatim lis peragatur, quod eſſet impoſſibile, ſed vt quamprimùm fieri poterit lis inchoetur, & inchoata peragatur. Quid enim prodeſſet inchoari litem ſi non perageretur? Imò teneretur procurator iudicio mandati ſi deſereret, nec peragerer litem, quam inchoaſſet, *l. 5. §. 1. l. ſi quis 27. §. qui mandatum inf. mandat.*

1 ¶ Si quis remiſit exceptionem procuratoriam, non poterit ex pœnitentia eam opponere.

Ad §. 1. Si quis remiſit.

Ratio dubitandi. Procuratores eſſe prohibentur non alia ratione prohibentur, quàm publicæ vel vtilitatis vel honeſtatis, vt cernere eſt in muliere, milite & ſimilibus, de quibus in *l. qui abſente 4. l. qui ſtipendia 9. l. alienari 18. C. hoc titulo.* Atqui non poteſt nec debet in cuiuſquam eſſe poteſtate, vt quid faciat aut fieri permittat, quod ſit contra publicam vel vtilitatem vel honeſtatem. Id enim bonis moribus & legibus repugnaret, *l. ius publicum 38. ſuprà de pact. lege 4. Cod. de inutili ſtipulat. iunct. lege filius 15. de condict. inſtit.* Ergo etiamſi quis vltro remiſerit exceptionem procuratoriam, poterit tamen ex pœnitentia eam opponere. Præſertim cùm quædam ſint exceptiones procuratoriæ, quas nec expreſſa voluntate remitti poſſe placuit, qualis ea eſt, quæ naſcitur ex militia, *l. filiusfamilias 8. §. veterani, ſuprà hoc tit.* Quam neque ex ſacro reſcripto tolli poſſe certum eſt, *l. militem 7. C. eod.*

Ratio decidendi. Remittentibus exceptiones ſuas

non eſt dandus regreſſus, qui nec datur remittentibus ſuas actiones, *l. quæritur 14. §. ſi vendit. de ædil. edict.* Poteſt enim quilibet ſuæ exceptioni aut alteri iuri ſuo renunciare, *l. pactum 46. ſuprà de pact. l. penul. C. eo.* Exceptio autem procuratoria ſemel remiſſa ideò repeti non poteſt, non ſolùm quòd remiſſa ſit, ſed etiam quòd ſit dilatoria, quæ ex iuris ratione non poteſt opponi poſt litem conteſtatam, *l. exceptionem 19. Cod. de probat. l. pen. C. de except.* Itaque parum intereſt an is cui exceptio competit, eam remittere velit necne, ſed illud tantùm inſpici oportet, an opponat eam ante, an poſt litem conteſtatam, *d. §. veterani.* Nec enim vſque adeò alienum eſt ab vtilitate vel honeſtate publica nullitem eſſe procuratorem, vel fœminam, vt non poſſit aliquo caſu id permitti, putà ſi ſint procuratores in rem ſuam, *d. l. 4. d. l. qui ſtipendia 9. Cod. hoc titul.* Quod ergo priuatorum voluntas aliquo caſu facere poteſt, quidni faciet etiam auctoritas iudiciorum? Aliud iuris eſt in iis quæ omni caſu & omni tempore prohibita ſunt, tanquam contraria publicæ vtilitati vel honeſtati. Ea enim nunquam permittuntur, ne quidem per conſequentias.

58. PAVLVS lib. 71. ad Edictum.

PRocurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt exigere, aliud pro alio permutare.

Ad l. Procurator 58.

Ratio dubitandi. Procurator etiam totorum bonorum, cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt, res domini neque mobiles, neque immobiles, neque ſeruos ſine ſpeciali domini mandato alienare poteſt, ſed tantùm fructus, aut alia res quæ facilè corrumpi poſſunt, *l. procurator totorum 63. infrà eo.* Ergo neque poteſt exigere, neque permutare. Nam qui exigit, alienat cùm liberet debitorem, *§. nunc admonendi. Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Qui verò permutat, ſimiliter alienat, cùm permutatio nulla eſſe poſſit ſine dominij translatione, ideóque nec alienæ rei valeat, *leg. 1. de rerum permut.*

Ratio decidendi. Lex hæc loquitur de eo, qui non tantùm bonorum omnium procurator ſit, quem vulgò procuratorem generalem appellamus, ſed etiam habeat liberam bonorum adminiſtrationem: quæ adiectio præcipui momenti eſt, vt pleraque poſſit facere hic procurator, quæ alioqui non poſſet. Quid non enim poſſe debeat is cui dominus liberam rerum omnium adminiſtrationem conceſſit? Sunt tamen nonnulla, quæ nec per talem procuratorem expediri poſſunt quia ſpeciale mandatum requirunt, *leg. mandato 60. infrà, vbi dicam. & ad d. l. 63.*

59. IDEM lib. 10. ad Plautium.

SEd & id quoque ei mandari videtur, vt ſoluat creditoribus.

Ad l. Sed & id quoque 59.

Ratio dubitandi. Non poteſt ſolutio fieri quin nummi alienentur, & fiant accipientis, ideóque non poteſt pupillus ſoluere ſine tutore, quia nec alienare quicquam poteſt, *§. nunc admonendi Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Atqui procurator qui ſoluit non eſt dominus nummorum quos numerat. Ergo etiamſi eos tradat, non tamen alienat, nec proinde poteſt igitur ſoluere.

Ratio decidendi. Qui mandat ſolui, ipſe videtur ſoluere, *l. ſolutam 49. l. qui mandat 56. de ſolut.* Alienantur ergo nummi qui ſoluuntur à procuratore, perinde ac ſi à domino ipſo ſoluerentur, dummodo fiat ſolutio ex mandato domini. Nemo autem negauerit eum, qui procurator datus eſt cum libera adminiſtratione, mandatum habere ad ſoluendum creditoribus, cùm habeat poteſtatem etiam alienandi, vt diximus ad *legem præced.* Idque adeò verum eſt, vt etiam is qui procurator eſt bonorum omnium, non tamen cum libera adminiſtratione, poſſit nihilominus ſoluere, *l. quodlibet 87. eo. tit. de ſolut. quamvis non poſſit alienare, lege procurator 63. infrà hoc tit.* Nempe quoniam qui creditoribus ſoluit, ita alienat, vt tamen acquirat ſibique locupletior, *lege ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* Species enim acquirendi eſt liberari ab obligatione, *lege ſpecies 11. de acceptilat.* Quare nec expectandum eſt vt dominus ratam habeat ſolutionem, quæ ex ipſius mandato facta intelligitur, *d. l. quodlibet.*

64. IDEM lib. 4. Reſponſorum.

MAndato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam [a]: & ideo ſi poſtea is, qui mandauit, tranſactionem ratam non habuit: non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.

Ad l. Mandato 60.

a *Non contineri eam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam.* Ratio dubitandi. Mandatum aut generale non eſt abſolutè, aut omnia continet. Generales enim diſpoſitiones omnia complectuntur, *l. in fraudem 15. §. vlt. de teſtam. milit. lege vxori meæ 37. de vſufr. leg.* Ergo mandato generali continetur etiam tranſactio decidendi cauſa interpoſita: præſertim cùm tranſactio nunquam fiat niſi decidendi & terminandi negotij gratia, vt ab omni lite, litiſque metu diſcedatur, *l. 1. ſup. de tranſact. l. tranſactionis 7. C. eod.* Sibíque debet imputare is qui procuratori ſuo mandauit generalem bonorum ſuorum adminiſtrationem, cur non exceperit tranſactionem, ſi nolebat eam generali mandato contineri, cùm in ipſius poteſtate fuerit legem mandati quam vellet conſcribere, *l. veteribus 39. ſuprà de pact.* Alioqui facilè deciperetur qui cum tali procuratore contraheret fidem generalis mandati ſecutus. Nec ſanè ratio vlla eſt, cur minor ſit poteſtas procuratoris generale mandatum habentis, quàm ſit tutoris. Cuius poteſtas vtique non aliunde cauſam & originem habet quam quod generale mandatum à lege habere intelligatur, quamvis limitatum hactenus vt rem pupilli bene adminiſtret, non vt pupillum ſpoliet, *leg qui fundum 7. §. ſi tutor pro empto.* Et tamen certum eſt tutorem poſſe tranſigere, itémque curatores qui tutoris exemplo perſonæ non rebus tantùm dantur, *leg. interdum 56. §. qui tutelam. de furt.* Dum ne tranſigat diminuendi cauſa, vt ſcriptum eſt in *l. Lucius 46. § vlt. de admin. tutor.* Quidni ergo procurator totorum bonorum etiam tranſigere poterit? Maximè ſi ponas mandatam ei fuiſſe liberam adminiſtrationem.

Ratio

Ratio decidendi. Fatendum ſanè eſt poſſe illum tranſigere, qui mandatum generale habet, etiamſi non cum libera adminiſtratione, ſed ita tamen vt non diminuendi cauſa tranſactio interponatur, id eſt, vt nihil ob eam cauſam ex domini patrimonio deminuatur. Itaque probo quod Cuiac. *in Inſtit.* docuit ad tit. *de rer. diuiſ. in fin.* legendum hic eſſe *deminuendi* pro *decidendi* ex *d. l. 46. §. vltim. de admin. tut.* Vt eadem ſit ratio tutoris & procuratoris generalis. Cur autem neutri iſtorum permittatur diminuendi cauſa tranſigere, cùm vtrique permittatur res domini ſaltem mobiles alienare, & permutare. Ratio illa meo iudicio afferri poteſt, quod qui tranſigendo patrimonium diminuit, tanti habet lite carere, *leg. 4. §. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Quod ipſum non alius æſtimare poteſt, quàm is cuius lis eſt, & cui damnum aut incommodum aliquod lis eſſet allatura. Is verò dominus eſt non procurator. Quare nec aliud dicendum putarem, etiamſi mandato ſpecialiter facultas tranſigendi contineretur. Niſi adiectum illud eſſet vt diminuendi quoque cauſa tranſigere procuratori liceret. Poſſet enim & deberet mandatum intelligi de tranſactione quæ ita fieret vt nihil ex patrimonio domini diminueretur. Diminui autem patrimonium tunc dicendum eſt, non cùm aliquid ex cauſa tranſactionis præſtatur vt rem de qua lis erat, retinere liceat (nec enim tranſactio fit niſi aliquo dato vel promiſſo vel retento, *l. tranſactio 38. Cod. de tranſact.*) Sed cùm aliquid ex bonis amittitur quod antea poſſidebatur, & de quo lis erat, quæ res licèt non animo donandi fiat cùm ſubeſt iuſtus metus litis vel motæ vel mouendæ, non tamen fit ſine animo perdendi, quamvis nec ſine iuſta cauſa & laudabili propoſito eius qui lites execratur. *dict. l. 4. §. 1.*

Atqui mandato generali nunquam continetur poteſtas perdendi, neque ſi libera adminiſtratio permiſſa ſit, adeò vt donatio quoque extra talis mandati cauſam eſſe intelligatur, non alia vtique ratione quàm quia donare ſit perdere, *l. filiusfamilias 7. de dona.* Mirum igitur non eſt minùs iuris hac parte habere procuratorem quantumvis generale mandatum habeat cum libera adminiſtratione, quàm dominum ipſum, qui rem ſuam, & quantum vult ex bonis ſuis perdere pro arbitrio poteſt, *leg. in re mandata 21. C. mandat.* Itaque ſi poſtea is qui mandauit huiuſmodi tranſactionem ratam non habuerit, non poterit repelli ab actionibus exercendis, quæ ei neceſſariæ ſunt vt recuperet rem, cuius poſſeſſionem amiſit per tranſactionem procuratoris. Proinde ſi procurator vt rem litigioſam domino liberam acquireret, aliquid præſtiterit vel promiſerit, quamvis ex patrimonio domini, valebit tranſactio nec pertinebit is caſus ad hanc legem in qua tractatur de actionibus exercendis, quarum ſcilicet vſus nullus eſſe poteſt circa eam rem, quæ per tranſactionem acquiſita eſt, non amiſſa. Sunt & alia pleraque ſimilia quæ mandato quantumlibet generali non continentur: inter quæ illud etiam eſt quod ad propoſitum noſtrum maximè pertinet, quod pignus remittere procurator generalis non poteſt, *lege ſi conſenſit 7. §. 1. quibus mod. pignus vel hypoth. ſoluit.* An quia is qui pignus remittit donare aliquid intelligatur? vt vulgò putant. Minimè, vt conſtat ex *lege 1. §. 1. eod. lege etſi pignus 18. quæ in fraud. cred.* Sed quia perdit aliquid qui pignus vltro remittit, & remittendo amittit. Nunquam verò procuratori mandatum intelligitur, vt quicquam perdat, *d. l. filiusfamilias 7. de donat.*

61. IDEM lib. 1. ad Plautium.

PLautius ait, Procuratorem damnatum non debere conueniri [a], niſi aut in rem ſuam datus eſſet [b], aut obtuliſſet ſe, cùm ſciret cautum non eſſe [c], omnibus placuit. ¶ Idem erit obſeruandum [d], & ſi defenſoris loco cum ſatiſdatione ſe liti obtulerit.

Ad l. Plautius 61.

a *Procuratorem damnatum non debere conueniri.* Ratio dubitandi. Executio iudicati debet eſſe conformis ſententiæ, & abſurdum eſt ex iudicato agi contra alium, quàm qui fuerit condemnatus, *l. pen. vlt. & paſſ. Cod. de execut. rei iudic. l. 1. & tot. tit. Cod. int. alios. act. vel iudic. alius non nocet.* Ergo cùm procurator fuit condemnatus debet ipſe conueniri in executione iudicati non dominus: ſaluo ei regreſſu aduerſus dominum per contrariam actionem mandati ad conſequendam indemnitatem.

Ratio decidendi. Procurator ad litem datus, tandiu duntaxat procurator eſt, quandiu lis eſt. Lis autem eſſe deſinit, & finem accipit per ſententiam, quæ aut abſolutionem continet, aut condemnationem, *lege 1. de re iudic.* Etſi autem per eam ſententiam procurator condemnatus eſt, cùm tamen non niſi tanquam procurator condemnatus fuerit, nec hoc rurſus, niſi ex neceſſitate, quia litem fuerat conteſtatus & iudicium acceperat, ſententia verò non cum alio ferri poteſt, quàm cum illo ipſo qui iudicium accepit, non eſt æquum pati eum executionem iudicati, qui nec ſi viciſſet, potuiſſet agere ex iudicato, *lege hoc iure 86. de ſolut.* Satiſque actori eidémque victori eſſe debet, quod dominus ipſe qui procuratorem conſtituit executionem iudicati recuſare non poſſit, non magis quàm ſi fuiſſet ipſe condemnatus. Quid enim aliud præuidere potuit is, qui litigauit cum procuratore tanquam procuratore? iunge quæ dixi ad *l. ſi procurator 28. ſupra eod.*

b *Niſi aut in rem ſuam datus eſſet.* Ratio dubitandi. Qui in rem ſuam procurator datus eſt, non eo minùs eſt procurator. Ergo non debet conueniri quamvis ſit condemnatus.

Ratio decidendi. Eſt quidem procurator, ſed in rem ſuam, ac proinde commodum omne & incommodum ad eum debet pertinere, *lege qui ſtipendia 9. C. hoc tit. l. 4. in princ. de re iudic.*

c *Aut obtuliſſet ſe cùm ſciret cautum non eſſe.* Nec enim aliter audiendus eſt procurator quàm ſi dominus ipſe pro eo ſatiſdederit iudicatum ſolui, *lege ſi ad defendendum 10. iudic. ſolui.*

Ratio dubitandi. Imputare ſibi debet actor qui talem procuratorem, tanquam procuratorem admiſerit ad defendendum, priuſquàm ſatiſdatio interpoſita eſſet. Quis enim meliùs ſcire potuit non fuiſſe interpoſitam ſatiſdationem, quàm ille ipſe, qui in ea interponenda ſtipulari debuiſſet?

Ratio decidendi. Imputari magis poteſt procuratori eius qui conuenitur, quàm actori, qui vtique ſciuit habiturum ſe omnimodo & in omnem caſum actionem iudicati, aut contra dominum eiúſque fideiuſſores ſi ipſe ſatiſdediſſet, aut contra procuratorem ſi is ante interpoſitam ſatiſdationem ſe liti obtuliſſet, quod facere non debebat ſi iudicati executionem in propria perſona poſtmodum volebat recuſare. Semper enim qui ſe vltro & ſine cauſa liti offert condemnationem proprio periculo pati debet, ne alioquin aduerſarium ſuum quem decipere voluit, impunè deceperit, *lege ii qui ſe obtulit 25. & l. ſin autem 27. de rei vindic. d. l. 4. in princi. de re iudic.* Nec obiici poteſt actori, quod à ſeipſo decipiatur, qui non ignorauit ſibi cautum non eſſe. arg. *leg. nam ſi actor 26. de rei vindic.* Replicabit enim ille, admiſſum à ſe procuratorem nulla per dominum præ-

ſtita

ſtita ſatiſdatione, quia ſciebat futurum vt paratam habe.et iudicati executionem aduerſus talem procuratorem: arg. *leg. ſicut* 8. §. *non videtur. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Nec in eo fit vlla iniuria procuratori, qui ſciuit aut ſcire debuit, non alia conditione poſſe liti offerre pro eo, qui actori non ſatiſdediſſet: arg. *l. ſi duo* 38. *de acquir. hared.*

d *Idem erit obſeruandum.* Non quod in hujus legis principio dictum eſt, ſed quod in duobus proximis caſibus, vt ſcilicet debeat conueniri ex iudicato ille qui defenſoris loco, id eſt, tanquam defenſor ſe liti obtulit cum ſatiſdatione, quemadmodum & procurator, qui vel in rem ſuam datus eſt, vel ſe liti obtulit cùm ſciret cautum non eſſe.

Ratio dubitandi. Defenſor dicitur, qui non ſeipſum, ſed alium defendit, & qui de alieno iure litigat non de ſuo, *leg. ſed & hæ* 35. §. *defendere. l. minor* 51. §. 1. *ſuprà hoc titul.* Ergo condemnato defenſore danda eſt iudicati executio contra dominum non contra defenſorem, cùm verendum non ſit, ne dominus conqueratur ſe indefenſum fuiſſe, quod vnum præcipuè ſpectari ſolet, ne ſcilicet indefenſus quis condemnetur, aut iudicati executionem pati cogatur, *leg. contra* 54. *in princip. iunct. l. acta* 45. §. *vlt. de re iudic.*

Ratio decidendi. Defenſor etſi alienam litem defendit, tamen ſine mandato defendit, & pro abſente & ignorante. Itaque ſi eo condemnato daretur executio iudicati contra dominum eueniret, vt res inter alios iudicata noceret ei qui defenſus quidem fuiſſet, ſed non auditus, quique qui vel per ſe vel procuratorem litigaſſet, viciſſet fortaſſe. Non ergo quæ ratio facit vt condemnato procuratore danda ſit executio iudicati contra dominum, eadem locum habet defenſore condemnato. Qui enim litigauit per procuratorem iudicio ipſe adfuiſſe intelligitur, cùm procurator in negotio alieno domini vice fungatur, *l. procurator* 11. *de doli excep.* Non etiam qui abſens & ignorans litigauit per defenſorem. Proinde ſententiam contra defenſorem redditam omnino neceſſe eſt, vel nullus eſſe momenti, vel aduerſus defenſorem ipſum qui condemnatus fuit, executioni mandari, *lege ſi procurator* 28. *in fine ſuprà hoc titulo, lege ſi ad defendendum* 10. *iudic. ſolui.* Iunge quæ dicam ad *l. is cuius* 64. *inf. hoc tit.* Hoc enim verè eſt eandem vicem ſubire quam reus ſubiret, *d. l.* 51. §. 1. *ſuprà.* Pati ſcilicet executionem iudicati quam reus ipſe ſi iudicatus eſſet pati cogeretur.

62. POMPONIVS lib. 2. ex Plautio.

AD legatum petendum procurator datus ſi interdicto vtatur aduerſus hæredem *de tabulis exhibendis*, procuratoria exceptio, quaſi non & hoc eſſet ei mandatum, non obſtat.

Ad l. Ad legatum 62.

Ratio dubitandi. Aliud eſt petere legatum ſiue petatur actione perſonali ex teſtamento, ſiue vindicatione, purà relictum per vindicationem (variæ namque actiones in eam rem comparatæ ſunt, *l. huiuſmodi* 84. §. *vltim. de leg.* 1. *l. cùm filius* 76. §. *varius de legat.* 2.) Aliud verò agere interdicto, De tabulis exhibendis. Actiones enim quæ pro legatis competunt, ciuiles ſunt, & apud iudicem datum tractantur. Interdictum verò hoc vt & cætera omnia ex prætoris iuriſdictione eſt & à prætore ipſo expeditur. Ergo qui mandatum habet reſtrictum & limitatum ad legatum petendum ſi aduerſus hæredem vtatur interdicto. De tabulis exhibendis, repellendus eſt exceptione procuratoria, quaſi non hoc etiam fuerit mandatum. Etſi enim mandati iudicium bonæ fidei eſt quantum ad ſubſtantiam iudicij, faciendaſque ex eo præſtationes & condemnationes, tamen mandatum ipſum ſtrictum eſt ſtrictéque accipiendum, hactenus vt fines eius cuſtodiantur nec tranſiliantur, *l.* 5. *in princip. mandat. l. ſi procurator* 10. *leg. maritus* 21. *Cod. hoc tit.*

Ratio decidendi eadem quæ ad *leg. ad rem mobilem* 56. *ſuprà eod.* Quia mandato conſequenti mandata intelliguntur antecedentia omnia neceſſaria, ſine quibus id quod ſpecialiter & reſtrictè mandatum eſt impleri non poſſet, *leg.* 2. *ſuprà de iuriſdict.* Atqui interdictum de tabulis exhibendis eſt præparatorium actionis ex teſtamento ad legatum petendum competentis. Quiſquis enim legatum vel fideicommiſſum petit, proferre ſcripturam debet qua probet ſibi relictum fuiſſe, alioqui ſuccombit deficiente probatione non iure, *l. poſtquàm* 5. §. *ſi dies. vt leg. ſeu fideic. nomin. caueat.* Quomodo autem ſcripturam proferet procurator, ſi teſtamenti tabulæ à poſſeſſore, quiſquis ille ſit non exhibeantur? Interdictum igitur De tabu. exhib. in hanc rem neceſſarium eſt, *leg.* 1. *& paſſ. eod. titul.* Et conſequenter fatendum eſt ei cui mandatum fuit vt legatum peteret, hoc quoque mandatum intelligi debere, vt, interdicto De tabulis exhibendis ſi neceſſe eſſet experiretur.

63. MODESTINVS lib. 6. Differentiarum.

PRocurator totorum bonorum, cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque ſeruus ſine ſpeciali domini mandatu alienare [a] poteſt: niſi fructus aut alias res, quæ facilè corrumpi poſſunt.

Ad l. Procurator totorum 63.

Ratio dubitandi. Adminiſtratio negotiorum exigit plerumque vt fiat alienatio etiam ſeruorum aut aliarum rerum mobilium ſiue immobilium pro domini vtilitate, *leg. ab agnato* 12. *leg. vlt. infrà de curat. furioſ.* Ergo procurator totorum bonorum cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt non indiget ſpeciali mandato vt res domini ſiue mobiles, ſiue immobiles, aut ſe mouentes alienare poſſit.

Ratio decidendi. Multum intereſt an procuratori mandata ſit adminiſtratio ſimpliciter, an adminiſtratio libera. Mandato quantumlibet generali rerum adminiſtrandarum non continetur poteſtas alienandi, quia res quæ alienantur, non adminiſtrantur, imò hoc ipſo deſinunt poſſe adminiſtrari, cùm deſinant eſſe in patrimonio cuius adminiſtratio commiſſa eſt. At is qui non modò generalem, ſed etiam liberam habet bonorum omnium adminiſtrationem, liberam habet alienandi poteſtatem, ſed cum hac tamen reſtrictione quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, vt ſcriptum eſt in *d. l.* ab agnato, & vtilitas illius cuius ſunt negotia. Procuratores enim etiam cum libera adminiſtratione non in hoc dantur, vt patrimonium minuatur, ſed vt augeatur. Minuitur autem vt plurimùm per alienationes cùm alienatio dicatur actus omnis per quem dominium transfertur, *leg.* 1. *Cod. de fund. dotal. leg.* 1. *verſ. ideòque Pedius de rer. permut.* Sola excepta permutatione, quæ facit vt nihil videatur abeſſe domino qui vice permutati dominij tantundem accepit, *leg. ſed quod inde* 71. *de leg.* 2. Non enim abſumptum videri poteſt quod in corpore patrimonij ſaltem per æquipollens, vt aiunt, retinetur,

netur, vt ex Papin. ſubiicitur in *l. ſeq. eod. tit.* Et ideo Paulus in *l. procurator cui* 58. *ſupra* de permutatione tantùm loquitur non etiam de venditione: quamvis etiam de illo procuratore loquatur, cui libera bonorum omnium adminiſtratio data fuit, vt ad eum locum dixi. Si ergo neceſſitas adminiſtrationis non exigat vel vtilitas, vt aliqua res aut mobilis, aut immobilis vendatur, non valebit venditio facta per procuratorem tametſi liberam adminiſtrationem habuerit, ſi non ſpecialiter vendendi quoque poteſtas ei data ſit, *leg. procuratorem* 16. *Cod. hoc tit.* Quod ſi non habuerit liberam adminiſtrationem, nullo penitus caſu permittendum ei erit vt vendat, nec vt permutet, niſi quod ad fructus aut alias res quæ tam facilè corrumpi poſſunt, vt non alter benè adminiſtrari videantur, quam ſi vendantur: quæ ſcilicet ſunt eiuſmodi vt ſeruando ſeruari non poſſint.

a *Alienare.* Ergo nec permutare, cùm alienationis appellatione etiam permutatio contineatur, *l. 1. Cod. de fundo dot.* Neque obſtat, *dicta lex procurator. cui* 68. *ſuprà eodem.* Ibi enim Paulus loquitur de procuratore habente mandatum generale cum libera poteſtate. Hîc verò Modeſtinus de procuratore generali quidem, ſed non habente liberam adminiſtrationem, vt proximè dixi.

64. Idem lib. 5. Regularum.

IS, cuius nomine defenſor extitit, ſi ante litem conteſtatam in præſentia fuerit, & poſtulet ſuo nomine litem ſuſcipere: cauſa cognita audiendus eſt.

Ad l. Is cuius 64.

Ratio dubitandi. Defenſor ſponte interuenit ſine mandato, ideóque proprio nomine & conueniri poteſt, & iudicati executionem pati debet, *leg. Plautius* 61. *ſuprà hoc titul.* Ergo is qui defenditur, non eſt audiendus ſi poſtulet ſuo nomine litem ſuſcipere, etiamſi ante litem conteſtatam præſens fuerit, qui ſuſceptæ defenſionis tempore erat abſens: alioqui ex eius voluntate lis pendebit, quæ abſente & ignorante illo ſuſcepta fuit. Nec eadem ratio videri poteſt defenſoris quæ procuratoris. Nam dicimus liberam eſſe poteſtatem domino, ante litem conteſtatam mutandi procuratoris vel iudicium per ſeipſum accipiendi, quia liberum ei eſt reuocare mandatum, quod habet procurator, *leg. ante litem* 16. *vbi dixi ſuprà hoc tit.* At defenſor nullum mandatum habet, qui ſi haberet iam procurator non defenſor eſſet. Lis ergo cum eo cœpta, quamvis nondum conteſtata ex domini arbitrio pendêre non poteſt.

Ratio decidendi. Defenſor licèt in ſeipſo ſuſcipiat periculum litis quam defendit, *l. 1. §. vlt. ad SC. Vellelan.* Alienam tamen defendit litem non ſuam, nec ſuo commodo ſtudet, ſed alieno. Proinde quamvis non egeat conteſtatione, vt fiat dominus litis quomodo procurator, non eſt tamen prohibendus dominus litem ſuo nomine ſi velit ſuſcipere, ſed hoc cauſa cognita, id eſt, ita demum ſi nulla in eo futura ſit captio actoris, neque defenſoris: poteſt enim fieri vt alterutrius interſit dominum non audiri. Quod ſi nihil interſit, nemo negauerit eum qui ſuo nomine velit defendere præferendum ei eſſe qui alieno. argum. *leg. 4. de ſolut.* Et verò cùm defendere ſit eandem vicem, quam reus ſubire, *l. minor* 51. *§. 1. ſuprà hoc tit.* Quis ferat, vt præſentis & inuiti vicem alius ſubire poſſit, ſi præſens facere per ſe velit idipſum quod alius abſentis nomine facturus erat? Quid aliud hoc eſſet quàm imagine veritatem adumbrare, vt loquitur Papin. in *l. filio* 23. *de liber. & poſt.*

65. Idem lib. ſingulari de Eurematicis.

SI procuratorem abſentem dominus ſatiſdatione reuelare velit, literas ſuas aduerſarium dirigere debebit, quibus ſignificet, quem aduerſus eum procuratorem, & in qua cauſa fecerit, ratúmque ſe habiturum, quod cum eo actum ſit: hoc enim caſu, literis eius approbatis, velut præſentis procuratorem interuenire intelligendum eſt. Itaque & ſi poſtea, mutata voluntate a, procuratorem eſſe noluerit, tamen iudicium, quo quaſi procurator expertus eſt, ratum eſſe debet.

Ad l. ſi Procuratorem 65.

Ratio dubitandi. Procurator abſentis cogitur ex edicto cauere de rato, *l. ſeruum quoque* 33. *§. ait prætor. leg. Pomponius* 40. *§. ratihabitionis, & paſſ. ſupra hoc titulo.* Atqui literæ ab eo qui procuratorem conſtituit ad aduerſarium Miſſæ, non faciunt quò minùs verum ſit dicere, & procuratorem abſentis eſſe procuratorem. Nec enim epiſtolarum vſus niſi inter abſentes vllus eſt. Ergo non poſſunt huiuſmodi literæ facere, vt procurator non debeat ſatiſdare de rato.

Ratio decidendi. Abſentis quidem hic procurator eſt, ſed tamen habetur veluti procurator præſentis, quia de domini voluntate periode conſtat ex ipſius literis dummodò approbatæ ſint (pragmatici noſtri dicunt *recognues*,) atque ſi præſens eſſet. Præſentem enim exigimus domini non perſonam ſed voluntatem, quæ ſi aperta eſt, nullus præſtandæ cautioni locus relinquitur, *l. 1. C. hoc tit. l. nec ſatiſdatio* 21. *inf. rat. rem haber. leg. vnic. C. de ſatiſd. §. ſin autem. Inſt. de ſatiſdat.*

a *Et ſi poſtea mutata voluntate.* Ratio dubitandi. Procurator etiam à præſente datus, non eo minus reuocari quandoque poteſt, nec ſolùm ante litem conteſtatam, ſed etiam poſt conteſtationem dummodò cauſa cognita, *l. ante litem* 16. *& ſeq. ſuprà hoc tit.* Ergo literæ de quibus in hac lege agitur, non poſſunt facere quominùs procurator reuocetur.

Ratio decidendi. Poteſt is qui procuratorem, ſiue præſens, ſiue abſens conſtituit mutare voluntatem, ſed re integra, & ita ſi non lædat ius quæſitum aduerſario ex iis quæ geſta ſunt cum vero procuratore. Re autem que amplius non integra certum eſt mandatum reuocari non poſſe, *leg. ſi mandaſſem* 15. *& paſſ. infrà mandat. l. 3. C. eod. l. ſi cùm Cornelius* 82. *de ſolut.* Sicut nec poteſt quiſquam mutare conſilium in alterius iniuriam, *leg. nemo poteſt mutare* 75. *de reg. iur.* Atqui res amplius integra non eſt accepto ſemel iudicio, quoniam alioqui deciperetur is, qui cum tali procuratore iudicium accepiſſet, tanquam cum vero procuratore non alioqui accepturus ſine ſatiſdatione. argum. *leg. inuitus* 43. *§. vltim. ſuprà eod.* Ergo mutatio voluntatis domini non faciet, quominùs ratum eſſe debeat iudicium, quo hîc procurator quaſi procurator expertus eſt.

66. PAPINIANVS libro 9. Quæſtionum.

SI is, qui Stichum vel Daman, vtrum eorum ipſe vellet, ſtipulatus eſt: & ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine. Tirius petit: facit, vt res in iudicium deducta videatur, & ſtipulationem conſumat.

Ad l. Si is qui Stichum 66.

Ratio dubitandi. Cùm quis Stichum aut Damam promiſit vtrum ſtipulator volet, neuter poteſt dici in obligatione eſſe priuſquàm ſtipulator elegerit, *leg. plerumque 10. §. vltim. de iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. de ſolut.* Ergo ſi interim alterutrum petat Titius tanquam procurator ſtipulatoris, neutrum videri poteſt in iudicium deduxiſſe, nec obligationem & actionem alterius nomine c[illegible]etentem conſumpſiſſe, quia prius eſt vt quid debeatur quàm vt peti, & in iudicium deduci poſſit, *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Non enim poteſt videri in iudicium veniſſe id quod poſtea accidiſſet, ideóque alia interpellatione opus eſt, *l. non poteſt 23. de iudic.*

Ratio decidendi. Ratihabitio ſubſequens domini æquiparatur mandato, *leg. vero 12. in fine, de ſolut. leg. vltim. Cod. de SC. Maced.* Atqui ſi procurator mandaſſet Titio, vt Stichum peteret, hoc ipſo ſatis Stichum elegiſſet, nec dubitari poſſet, quin rectè Titius procuratorio nomine Stichum in iudicium deduxiſſet, atque ita ſtipulationem totam, id eſt, Damæ quoque nomine conſumpſiſſet, quoniam in obligatione alternatiua alterutrum tantùm eſt non vtrumque. Idem ergo eſt ſecuta ſtipulatoris ratihabitione.

67. IDEM lib. 2. Reſponſorum.

PRocurator, qui pro euictione prædiorum, quæ vendidit, fidem ſuam adſtrinxit, & ſi negotia agere deſierit, obligationis tamen onere prætoris auxilio non leuabitur: nam procurator, qui pro domino [b] vinculum obligationis ſuſcepit, onus eius fruſtrà recuſat.

Ad l. Procurator qui 67.

Ratio dubitandi. Hic procurator qui pro euictione prædiorum, quæ vendidit, fidem ſuam adſtrinxit, nihil fecit niſi tanquam procurator. Non enim fidem ſuam pro euictione adſtrinxiſſet, niſi & procurator fuiſſet, & tanquam procurator vendidiſſet. Ergo ſtatim atque adminiſtrare negotia, & procurator eſſe deſiit, leuandus eſt onere obligationis, non quidem ipſo iure, quia non eſt hic modus tollendæ obligationis, ſed ſaltem per exceptionem doli, quaſi in dolo ſit is qui ex contractu procuratorio agit contra procuratorem, poſtquàm deſiit eſſe procurator. Sic enim dicimus tutorem qui pecuniam ſe ſoluturum cauit, in quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem poſt tutelam finitam rectè recuſare, itémque curatorem furioſi iuſtè recuſare iudicati actionem mortuo furioſo... *leg. poſt mortem 5. in princip. & §. 1. infrà, quand. ex fact. tutor. l. 1. C. eod.*

Ratio decidendi. Vendidit quidem hic procurator prædia domini tanquam procurator, ſed cum pro euictione prædiorum fidem ſuam adſtrinxit, obligauit ſe proprio nomine tanquam fideiuſſor ſui mandatoris ne alios fideiuſſores conquirere cogeretur, cùm fortè conueniſſet vt pro euictione ſatiſdetur, emptore aliter emere nolente, vt *in leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* Non ergo quod deſinit eſſe procurator facere poteſt, vt eximatur, aut eximendus ſit ab obligatione quam proprio nomine contraxit, non tanquam procurator. Nam & idem accidit in tutore, & curatore quoties non tantùm tutorio aut curatorio nomine, ſed etiam proprio fidem ſuam adſtrinxerunt, *leg. ſi non ſubſcripſiſti 15 Cod. de admin. tutor.* Idem etiam in actore ciuitatis. Nam in eum qui adminiſtrationis ſuæ tempore creditoribus reipublicæ nouatione facta pecuniam cauit, hoc eſt, pro republica quæ erat debitrix debitorem ſe ſcripſit nouandi animo, poſt depoſitum officium actionem denegari non oportet, *l. 3. §. in eum. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Nempe quia non poteſt dicere obligatum ſe eſſe tanquam actorem reipublicæ, is qui nouationem facere voluit, vt ſe pro republica ſcriberet debitorem priuato nomine, & priuato contractu. Diuerſa cauſa eſt eius qui quod reſpub. debebat ſolui conſtituit citra nouationem. Hic enim nihil facit, niſi quod alius quilibet actor ciuitatis facere poſſet & deberet, ac proinde tanquam actor ciuitatis, vt ſi publicè rem aliquam ciuitatis vendidiſſet aut locaſſet, vt oſtenderet ſe publico nomine rem agere, non ſuo priuato. Etſi enim quod alius debet, poſſum nomine proprio conſtituere, tamen etiam debitor ipſe poteſt conſtituere quod ipſe debet, *leg. 1. §. vlt. l. 2. & paſſ. de conſt. pecun.* Et proinde actor vniuerſitatis quod vniuerſitas debet, ſicút & actori quod vniuerſitati debetur, *leg. 5. §. pen. eod.* Maximè cùm ciuitatis actor nullum negotium publicum per procuratorem agere poſſit, *leg. nec ciuitatis 74. infrà.*

b *Qui pro domino.* Intellige pro vtilitate domini, ſed tamen nomine proprio non domini, & tanquam fideiuſſor euictionis, vt in *dict. leg. ſi non ſubſcripſiſti 15. Cod. de admin. tutor.*

68. IDEM lib. 3. Reſponſorum.

QVod procurator ex re domini, mandato non refragante, ſtipulatur: inuito procuratore, dominus petere poteſt.

Ad l. Quod procurator 68.

Ratio dubitandi. Excepta poſſeſſionis cauſa nihil poteſt nobis acquiri per liberam procuratoris perſonam, nec proinde actio ex ipſius ſtipulatione, *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir. leg. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus, de ver. oblig.* Et ideò cogitur procurator actione mandati præſtare domino eam actionem quam ſibi quæſiit ſtipulando, *leg. poſſeſſio 49. §. vlt. de acquir. poſ. leg. 2. ſi cert. pet.* Qua præſtatione & ceſſione nil opus eſſet ſi inuito procuratore dominus ex ea ſtipulatione agere poſſet. Ergo quod procurator ex re domini, quamvis mandato non refragante ſtipulatus eſt, inuito procuratore dominus petere non poteſt, niſi extorta priùs ab eo inuito per mandati actionem ceſſione. Præterquàm ſi dominus fuerit præſens ſtipulationi: quo caſu actionem vtilem ex ſtipulatu domino competere nemo ambigit, *leg. ſi procuratori 79. de verbor. oblig.* Quaſi dominus qui præſens eſt ſtipulari ipſe videatur, quod procurator eius ſtipulatur. Item ſi tutor vel curator vel militis procurator ſtipulatus fuerit pecuniam à ſe creditam pupilli, vel minoris, vel militis, quibus

caſibus cùm ob fauorem & priuilegium perſonarum vtilis actio acquiratur pupillo, minori, & militi, *leg. 2. infrà quãd. ex fa. l. tutor. leg. ſi pecuniam 26. de reb. credit.* Ex eo tantò magis apparet in cæteris perſonis ius commune aliter ſe habere. Cui etiam conuenit quod dici ſolet rem ex mandato meo emptam non priùs meam fieri, quàm ſi mihi tradiderit qui emit, *l. res ex mandatu 59. de acquir. rer. domin.*

Ratio decidendi. Quidam caſus ſunt in quibus iam olim obtinebat, vt actio poſſet quæri domino etiam abſenti, ex contractu procuratoris. Non dico ex ſtipulatione, ſed ex contractu, vtputà ſi procurator pecuniam domini non ſuo, ſed domini nomine credidiſſet, condictio enim quæ ex mutuo naſcitur, non tam à facto procuratoris cauſam habet, quàm à reipſa, & à numeratione pecuniæ, quæ cùm alienata fuerit ex voluntate domini, neceſſe eſt, vt ipſi quoque domino acquirat condictionem, eámque non vtilem ſed directam, *l. certi 9. §. ſi nummos de reb. cred. l. 2. in princ. C. per quas perſon. nob. acquir.* Nam & ſi mea voluntate nummos tuos Titio mutuos dediſſes mihi condictio acquireretur non tibi, *l. 2. § pen. de reb. cred. d. §. Chryſogon. verſ. planè.* Finge igitur hoc caſu procuratorem ſtipulatum fuiſſe non ſibi, ſed domino reddi eam pecuniam quam domini nomine mutuam dediſſet, & quæ ipſius domini fuiſſet: Idque mandato non refragante. Certum eſt interpoſita ſtipulatione pecuniæ creditæ non duos contractus eſſe vnum pecuniæ creditæ alterum ſtipulationis, ſed vnicum duntaxat obligationis verborum, cui mutuum cauſam dederit, *dict. §. Chryſog. l. ſi ita 6. §. 1. & l. ſeq. de nouat.* Ergo quemadmodum nulla interpoſita ſtipulatione condictio certi ex mutuo acquireretur domino non procuratori. Ita & ſtipulatione interpoſita quamvis procuratoris nomine non domini actionem ex ea neceſſe eſt acquiri domino non procuratori, Actionem, inquam, etiam ex ſtipulatu, non tamen directam, vt puto, quæ nullo ſanè caſu poteſt acquiri per procuratorem, ne quidem in prætoriis ſtipulationibus, vt dixi ad *leg. 43. §. ſi procurator, ſuprà hoc tit.* Sed vtilem, quæ hoc ipſo quod vtilis eſt, danda mihi eſt etiam inuito procuratore meo, vt lex ait: procuratori autem meo directa quidem competit ſi ſuo nomine ſibique ſtipulatus ſit, ſed quam me inuito exercere non poteſt quin doli mali exceptione repellatur, vt in *leg. ſi procur. 18. ſuprà, eod.* Dixi *ſi ſuo nomine ſibique ſtipulatus ſit.* Quia in perſonam domini expreſſim conferri ſtipulatio procuratoris non niſi inutiliter poſſet. Nec eſt quod quis miretur, ex ſtipulatione conuentionali quam procurator ſuo nomine conceperit, dari domino actionem. Nam præter id quod in prætoriis ſtipulationibus idem euenit, *d. l. ſi procurator*, etſi non ignoro ſpeciale hoc ius eſſe ſtipulationum prætoriarum, *leg. in omnibus 5. de prætor. ſtipulat. leg. damni 18. §. vlt. de damn. infect.* Æquitas tamen hanc vtilem actionem inducit etiam ex ſtipulatione conuentionali, eo nimirum caſu quo ſtipulationi cauſam dederit tale negotium, ex quo ſi nulla interpoſita fuiſſet ſtipulatio actionem directam quoque habere dominus potuiſſet. Nam cùm ſtipulationes omnes pendeant ex negotio contracto, *leg. 5. verſ. conuentionales, de verb. oblig.* Mirum non eſt vtilem actionem dari domino ex ſtipulatione procuratoris, quæ pendeat ex negotio quod etiam directam quærere domino debuiſſet. Quoties enim præcedit numeratio & ſequitur ſtipulatio, licèt vnus tantùm contractus ſit, iſque ſtipulationis, vt diximus, nunquam tamen receſſum creditur ab obligatione quæ naturaliter ex facto ipſo naſcitur, id eſt, ex numeratione creditæ pecuniæ, ne tum quidem cùm ſtipulatio ipſa omnino inutilis eſt, vt in ſpecie, *d. §. Chryſogon. verſ. planè.* Semper enim cauſa ſtipulationis inſpicienda eſt quæ per ſe vtilis & efficax eſſe potuit ad producendam domino actionem etiam directam. Quod igitur facit voluntas & interpretatio prætoris in ſtipulationibus prætoriis, vt ex procuratoris ſtipulatione vtilem actionem dominus habere debeat, *d. l. 5. de ſtipul. prær.* Idem in ſtipulatione conuentionali faciet cauſa ſtipulationis, ſi procurator ex re domini fuerit ſtipulatus, mandato non refragante: ne alioqui actio ex numeratione procuratoris acquiſita ei adimatur per ſubſequentem ſtipulationem, quæ tamen è contrario interponitur firmandæ obligationis gratia non infirmandæ. Quid ergo proprium & peculiare habebunt pupillus, minor, miles, ex quorum pecunia ſtipulatio per procuratorem interpoſita vtilem iis tribuit actionem? Hoc vnum quod eam vtilem actionem habent, etiamſi eorum procurator ſuo nomine non ſolùm ſtipulatus ſit, ſed etiam crediderit pecuniam, ſibi ſoli negotium gerens parum bona fide. Fauor enim perſonarum facit vt nihil aliud inſpiciendum ſit, quàm cuius fuerit pecunia non cuius nomine credita, *d. l. 2. quand. ex fact. tutor. leg. 2. C. eod. d. l. ſi pecuniam 26. de reb. credit. leg. ſi vt proponis 8. Cod. de rei vindic. leg. 3. Cod. arbitr. tutel.* Quod in cæteris diuerſum eſt, *d. l. 2. Cod. ſi cert. pet. l. ſi patruus 4. Cod. commun. vtr. iudic. leg. qui aliena 8. Cod. ſi quis alte. vel ſib.* Scio virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium exiſtimare, Ex conuentionali ſtipulatione procuratoris non aliter poſſe acquiri actionem domino, ne quidem vtilem, quàm ſi duo illa concurrant. vt & ex re domini facta ſit ſtipulatio & domino præſente ex *d. l. ſi procuratori 79. de verborum obligatione.* Sed ea ſententia, neque huic, neque illi legi conuenit. Nam ſicut illa ſolam domini præſentiam requirit, non etiam vt procurator ex re domini ſtipulatus fuerit, ita hæc nihil aliud niſi vt procurator ex re domini ſtipulatus ſit mandato non refragante, non etiam vt dominus fuerit præſens, nec rurſus hanc interpretationem verba illa patiuntur, *mandato non refragante.* Etſi enim procurator contra mandati formam ſtipularetur, putà ab eo cui dominus vetuiſſet credi pecuniam, ſi tamen dominus præſens eſſet, non noceret priſtini mandati forma, quæ per nouam & contrariam præſentis domini voluntatem apertè immutata eſſet. Aliud ad hanc legem exemplum afferri poteſt ex *leg. Iulianus 13. §. ſi procurator 15. de action. empt.* Vbi ex venditione facta per procuratorem, cui dominus mandauerat vt venderet, datur vtilis actio & domino ex vendito & aduerſus dominum ex empto, ad exemplum inſtitoriæ actionis, vt ibi Vlpianus ex Papiniano: ſcribit. Nempe quia contractus ille procuratoris ex re domini cauſam habet. Quid enim ſi procurator meus rem ſuam meo nomine vendidiſſet etiam me mandante? Nulla ſanè mihi aut in me ex eiuſmodi venditione actio, ne quidem vtilis, competere poſſet. Quod autem adduximus ex *leg. res ex mandatu 59. de acquir. rer. dom.* Alium planè diuerſum nec minùs obſcurum tractatum habet, de quo ad eum locum dicemus. Iunge quæ dicam ad *leg. per procur. 72. infra.* Extra caſum huius legis, & d. *leg. ſi procuratoris*, nunquam habet dominus actionem ex ſtipulatione conuentionali ſui procuratoris citra ceſſionem.

69. PAVLVS lib. 3. Reſponſorum.

PAulus reſpondit, etiam eum, qui ad litem ſuſcipiendam procuratorem dedit, cauſæ ſuæ adeſſe non prohiberi.

Ad l. Paulus reſpondit 69.

Ratio dubitandi. Vſus procuratorũ non eſt inductus, nec receptus niſi propter eos qui ipſi per ſe rebus ſuis ſupereſſe, vel nolunt vel non poſſunt, *l. 1. §. vſus, ſup. h. t.*

Atqui ex eorum numero hic non eſt, qui vt proponitur cauſæ ſuæ adeſſe & vult & poteſt. Ergo vel non eſt ei permittendum vt adſit, vel potiùs dicendum eſt ex hac ca[illegible] mandatum reuocatum intellig[illegible] debere. Quid enim procurato[illegible] indigeris, qui præſens eſt in iudicio?

Ratio decidendi. Facilè fieri poteſt vt is, qui procuratorem dedit ſuſpectam habeat ipſius vel fidem vel induſtriam, & ideo velit adeſſe propriæ liti, ne fortè procurator cum aduerſario colludat, aut ne quid male per imperitiam faciat, audiendus eſt, cùm neque procuratori ipſi, neque aduerſario ea res vel oneroſa ſit vel damnoſa, quin potius vtilis vtrique, vt tantò firmius nimiſque ſuſpectum ſit quicquid geſtum erit cum procuratore. Nec enim verendum eſt vt ob hoc ſolùm procurator reuocatus videri poſſit, cum reuocandi neq; animus adſit, neque facultas, non modò poſt litem conteſtatam, ſed ne quidem ante conteſtationem, quandiu vel alius procurator datus non eſt, vel dominus ipſe profeſſus non eſt paratum eſſe ſe iudicium accipere, *l. ante litem 17. cum ſeq. ſup. hoc tit.* Ita enim domino libera eſt reuocatio procuratoris, ſi nulla ex eo futura ſit captio aduerſarij, aut etiam iudicij. Poteſt etiam alia dubitandi ratio ad hunc locum afferri, ſed minùs generalis, & ad eum duntaxat caſum pertinẽs, quo procurator iam fuerit litem conteſtatus. Illa nimirum, quòd per conteſtationẽ procurator factus ſit dominus litis, *l. procur. 22. & ſeq. Cod. hoc tit. l. procur. 11. de doli mal. except. l. 4. §. vl. de appell.* Inde namq; fieri videtur vt nullo iure videatur dominus poſtulare vt ſibi liceat adeſſe, cùm litis dominus eſſe deſierit. Nec enim litis magis quàm alterius vllius rei duo in ſolidum domini eſſe poſſunt, *l. 5. §. ſi duobus, commod. l. de hered. 19. §. pater. de caſtrenſ. pecul.* Sed ratio decidendi eſt, quòd quamvis procurator per conteſtationem fiat dominus litis, tamen is qui eum conſtituit non eo minùs remanet dominus cauſæ & negotij. Ad quod proculdubio Paulus hîc reſpicit, cùm eleganter ſcribit, *cauſæ ſuæ adeſſe non prohiberi.* Non enim ait *litis ſuæ*, ſed *cauſæ ſuæ*, quod longe diuerſum eſt.

70. SCÆVOLA lib. 1. Reſponſorum.

PAter filio ſuo pupillo tutorem dedit Sempronium, creditorem ſuum. Is, adminiſtrata tutela, reliquit fratrem ſuum hæredem, qui & ipſe deceſſit, & per fideicommiſſum nomen debitoris Titio reliquit, eíque mandatæ ſunt actiones ab hæredibus: quæro cùm tam tutelæ actio, quàm pecuniæ creditæ, ex hæreditate Sempronij deſcendant, an non aliter mandata actio ei datur, quàm ſi defendat hæredes, à quibus ei actiones mandatæ ſunt? reſpondi debere defendere.

Ad l. Pater 70.

Ratio dubitandi. Is qui in rem ſuam factus procurator proprio nomine agit, ſi bona fide & non in fraudem eorum qui inuicem agere vellēt geſtum ſit negotium, non eſt cogendus dominum à quo mandatas actiones habet inuicem defendere, *l. ſi quis 34. ſup. hoc tit.* Atqui in ſpecie propoſita fideicōmiſſarius, cui mandatæ ſunt actiones ab hæredibus mediatis Sempronij tutoris, nihil in fraudem pupilli feciſſe proponebatur, ſed ſuo & communi iure vſus fuiſſe. Non ergo cogendus eſt vt Sempronij hæredes aduerſus pupillum defendat.

Ratio decidendi. Agebat hic fideicommiſſarius non proprio ſuo nomine, ſed hæredum, à quibus mandatas habebat actiones, nec niſi mandatis actionibus ipſis experiebatur, quia nec vtiles vllas habebat ex propria perſona. Nec enim ſicut ex legato nominis etiam vtilis actio tribuitur legatario, *l. ex legat. 18. C. de legat.* Ita & ex fideicommiſſo, quia cùm fideicommiſſa iure ciuili ſint incognita, & ad ſpecialem prætoris tuitionem pertineant, non eſt protractum reſcriptum D. Pij, de quo in *l. ſi cum empt. 16. ſup. de pact.* Ad fideicommiſſum nominis per interpretationem prudentum, quia nec neceſſe fuit. De quo ſcripſi, *lib. 12. Coniect. c.* & ad *d. l. ſi quis*, quam oſtendi intelligendam eſſe de procuratore quidẽ in rem ſuam dato, ſed agente proprio nomine non alieno: & ita non pugnare cum hac lege, in qua agitur de procuratore in rem ſuam dato & agente procuratorio nomine mandatiſque actionibus. Quem proinde mirum non eſt cogi defendere, quia in cæteris omnibus procuratoribus in rem ſuam datis, & procuratorio nomine agentibus, idem obtinet, *l. ſeruum 33. §. vlt. ſup. eo.* vbi vna tantum exceptio additur illis verbis, *niſi fortè ex neceſſitate fuerit factus*, quæ tamen exceptio caſui noſtro aptari non poteſt, quia is demum procurator ex neceſſitate in rem ſuam datus intelligitur, qui non alia ratione potuit indemnitati ſuæ conſulere, quàm mandatas actiones ſuſcipiendo, vt ibi explicauimus: quod in propoſita ſpecie non euenit, in qua poterant hæredes fideicommiſſum in pecunia ſoluere, aut alia ratione fideicommiſſario conſulere, ſi id maluiſſent, quàm directas ei actiones præſtare quas contra pupillum habebant.

71. PAVLVS lib. 5. Sententiarum.

ABſens reus cauſas abſentiæ (per) procuratorem reddere poteſt.

Ad l. Abſens 71.

Hæc l. videtur pertinere ad reum criminis, qui magis propriè & perpetuò reus appellatur.

Ratio d[illegible]tandi. In criminalibus iudiciis, ſiue publicis, ſiue [illegible]am priuatis procurator fruſtrà interuenit, ne quidem ad agendum, multò minùs ad defendendum, *leg. pen. §. [illegible] de pub. iud.* Extra caſum, *l. vlt. Cod. de iniur. vt dixi ad l. licèt 42. §. 1. ſup. hoc tit.* Ergo abſens reus cauſas abſentiæ per procuratorem reddere non poteſt, ne hoc modo facile ſit vel ſcelerato & contumaci cuilibet iuſtam & imminentem condemnationem vel euadere penitus, vel differre, cum corporalis pœna non niſi ei, qui & condemnatus & præſens ſit, irrogari poſſit.

Ratio decidendi. Aliud eſt abſentem defendere, quod in cauſis criminalibus per procuratorem fieri nequit, aliud verò cauſas tantùm abſentiæ allegare ad excuſandam innocentiam, ne iuſta abſentia pro contumacia, & innocentia pro delicto habeatur, *dict. l. pen. §. 1. & l. inter 10. in princ. de public. iud. dict. l. licèt, §. 1. ſupra.* Nam & publicè intereſt abſentes quoſcunque à quibuſcumque defendi etiam in capitalibus iudiciis, *l. ſeruum 33. §. publice, vbi etiam dixi, ſuprà.*

72. IDEM lib. 1. Manualium.

PEr procuratorem non ſemper acquirimus actiones [a], ſed retinemus [b]: veluti ſi reum conueniat intra legitimum tempus [c]: vel ſi prohibeat opus nouum fieri, vt interdictum nobis vtile ſit, *quod vi aut clam* [d]: nam & hîc priſtinum ius nobis conſeruet.

Ad

Ad l. Per procuratorem 72.

a *Non ſemper acquirimus actionem.* Eſt proculdubio Triboniani dictio illa *ſemper*, reſpiciens ad Iuſtiniani nouam conſtitutionem, in *leg. 2. C. per quas perſonas nobis acquirend.* Quæ primùm induxit vt ex pacto & ſtipulatione procuratoris poſſit acquiri domino hypotheca, etiam ſine ceſſione, ſaltem eo caſu quo ex eiuſdem contractu perſonalis quoque actio, id eſt, certi condictio ex mutuo, quæ ſola ius hoc habebat, ſine ceſſione acquirebatur. Quò etiam reſpiciens idem Tribonianus, in *l. ſolutum 11. §. pen. liberam. de pignor. actio.* Adiecit ad Vlpianum dictionem *plerumque* in illis verbis, *adeò vt nec per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur.* Item in fine eiuſdem §. ea ipſa verba *non ſemper* quæ in hac lege. Neutro enim loco potuiſſe Iureconſultos ita ſcribere ex eo conſtat, quod qui ſic loquitur, *Per procuratorem non ſemper acquiri actionem*, illud non obſcurè ſignificat, Regulariter ergo acquiri. Non enim quod regulariter fit, ſemper fit, ſed quod non ſemper fit, regulariter fit. Atqui regula eſt in contrarium, Per procuratorem quæri actionem non poſſe, *l. 1. Cod. per quas perſonas l. 2. Cod. ſi cert. pet. lege ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus de verborum oblig.* Nec per tutorem, *l. vlt. Cod. quand. ex fact. tutor.* Vbi additur, *niſi ex certis cauſis*, vt intelligamus, ſi quando per tutorem actio pupillo quæratur, id eſſe contra regulam iuris. Debuerat ergo ſcribi potius, Non ſemper actionem non quæri per procuratorem, quàm quomodo ſcriptum legimus, Non ſemper acquiri. Deinde nec antitheſis, qua hîc Paulus vtitur, hanc loquendi formulam patitur. Nam cùm ſic ſcribit, Per procuratorem non ſemper acquiri actionem, ſed retineri, fatendum eſt vel nullam eſſe antitheſim, vel ita explicandam, vt actionem quam per procuratorem non ſemper acquirimus, ſemper tamen retineamus. Atqui non ſemper ius noſtrum conſeruare poſſumus per procuratorem. Multa enim ſunt, quæ per procuratorem fieri non poſſunt, & quæ perſonam ipſam domini requirunt, *l. Pomponius 42. in princip. lege licèt 42. ſuprà hoc titulo.* Concludamus igitur Paulum ſcripſiſſe, Per procuratorem acquiri non poſſe actionem, ſed poſſe retineri. Vtraque regula eſt, ſed neutra perpetua. Nam interdum actio per procuratorem quæritur, ſed nunquam directa ſine ceſſione, niſi in caſu, *d. l. 2. Cod. per quas perſonas.* Idque non ex ratione iuris, ſed ex conſtitutione Iuſtiniani contra rationem. Quod enim placuit, nummis meis meo nomine creditis acquiri mihi condictionem directam, non ad procuratoris ius referendum eſt, ſed ad poteſtatem numerationis, vt ex eo conſtat, quod idem obtinet, etiamſi is qui nummos meos credidit, non fuerit meus procurator, adeóque etſi nummos ſuos, non meos, crediderit, dum tamen meo nomine, *leg. 2. §. penult. leg. certi 9. §. ſi nummos de rebus creditis.* Quæ ergo per procuratorem quæritur ſine ceſſione non poteſt eſſe niſi vtilis, ſiue acquiratur ex ſtipulatione, *lege 5. de prætoria ſtipulatione lege damni 18. §. vltim. de damn. infect.* Siue ex conuentionali in caſu, *lege quod procurator 68. vbi dixi. ſuprà hoc titulo, & leg. ſi procuratori 79. de verbor. obligation.* Ex quo apparet tantò clariùs verba illa *non ſemper* Triboniani eſſe. Actionem enim ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti, directam intelligunt: atque ita perinde eſt ac ſi ſcriptum eſſet actionem directam non ſemper acquiri per procuratorem, quæ tamen Pauli temporibus nunquam acquirebatur. Maximè cùm actiones quæ per procuratorem retinentur, non vtiles ſint, ſed directæ. Nulla enim erit antitheſis, ſi dicas per procuratorem actiones directas non acquiri, vtiles verò retineri, ſiquidem vtiles etiam acquiruntur. Nec eſt quod dicas adiecta verba illa *non ſemper* ad excipiendum caſum, *dict. leg. quod procurator 68. ſuprà.* Ibi enim quæ per procuratorem domino acquiritur actio vtilis eſt, non directa, vt nos ad eum locum oſtendimus.

b *Sed retinemus.* Ratio dubitandi, Eiuſdem poteſtatis eſt acquirere & acquiſita retinere, argum. *leg. vlt. ſuprà de legibus.* Atqui per procuratorem nullam poſſumus actionem ſaltem directam acquirere. Ergo nec acquiſitam retinere.

Ratio decidendi. Facilior retentio quàm acquiſitio, quia in eo retinendo quod iam acquiſitum eſt nihil fit noui. Sic dicimus poſſe nos habere & retinere ſeruitutem inutilem, acquirere autem non poſſe, *l. ſi fundo 19. iuoct. l. quoties 15. de ſeruit.* Sic & matrimonium & vxor, & liberi furore ſuperueniente retinentur, qui tamen non poſſent eo tempore acquiri, *l. patre furioſo 8. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* Sic vnus ex creditoribus miſſus in poſſeſſionem: omnium ius tuetur & retinet, quamuis nihil poſſit iis acquirere, *l. cùm vnus 12. de rebus auctor. l. iudic. poſſid.*

c *Intra legitimum tempus.* Id eſt, intra tempus quod proponendæ actioni à lege aut à principalibus conſtitutionibus præfinitum eſt. Sunt enim actiones quædam ex legibus vel Imperatorum conſtitutionibus temporales, *l. omnes 4. C. de præſcription. triginta vel quadraginta ann.* vt querela inofficioſi teſtamenti, *l. 2. C. in quib. cauſ. in integr. reſti. non eſt neceſſ.* querela non numeratæ pecuniæ, *§. vlt. Inſt. de liter. obli.* Et aliæ ſi quæ ſunt ſimiles.

d *Vt interdictum nobis vtile ſit, Quod vi aut clàm.* Vi enim facit quiſquis fuit prohibitus antequàm faceret, *l. 1. §. quid ſit vi factum, infrà*, quod vi aut clàm, etiamſi fuerit prohibitus à procuratore, *leg. ſi procurator 17. de oper. noui nunciat.*

73. IDEM libro ſingulari de officio Aſſeſſorum.

SI reus paratus ſit ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere, procuratore agente, quid fieri oportet? nam iniquum eſt, cogi eum iudicium accipere, propter quod ſuſpectus videri poteſt, qui præſente domino non obtulit pecuniam. Quid ſi tunc facultatem pecuniæ non habuit? nunquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim, ſi & famoſa ſit actio? Sed hoc conſtat, vt ante litem conteſtatam præſes iubeat in æde ſacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis. Quòd ſi lis conteſtata eſt: hoc omne officio iudicis dirimendum eſt.

Ad l. Si reus 73.

Totam hanc legem pugnare cum ratione iuris, ideóque Triboniano magis quàm Paulo adſcribendam eſſe docui clariſſimè, *libro 12. Coniecturarum cap...* Vnde peti volumus omnia quæ hîc à diligentia noſtra deſiderari poſſent.

74. VLPIANVS lib. 4. Opinionum.

NEc ciuitatis actor negotium publicum per procuratorem agere poteſt.

Ad l. Nec ciuitatis 74.

Ratio dubitandi. Non debet ciuitas & reſpublica deterioris conditionis eſſe quàm priuatus, imò potiùs melioris, *l. ſi pignus 8. qui potior. in pign. hab. l. ciuit. 27. de rebus creditis.*

creditis. Atqui priuati poſſunt dare procuratorem quoties rebus ſuis per ſeipſos ſupereſſe vel nolunt vel non poſſunt, *leg. 1. §. vſus, ſuprà hoc tit.* Ergo & ciuitas poterit, & conſequenter ciuitatis actor, qui totam vniuerſitatem repræſentat, *l. 2. inf. tit. proximo.*

Ratio decidendi. Ciuitas non poteſt dare procuratorem, quia vniuerſi conſentire non poſſunt. Vnde eſt quod nec per ſe quicquam poſſidere aut vſucapere ſummo iure poſſunt, *l. 1. §. vltim. de acquirend. poſſeſſion.* Sed tantùm poteſt ciuitatis actor conſtitui is quem maior pars elegerit, cùm duæ partes ciuitatis adeſſent, aut ampliùs quam duæ, *l. nulli 3. infrà titulo proximo.* Qui actor procuratoris loco eſt, nec minùs iuris habet ad res omnes ciuitatis tractandas, *lege item eorum 6. §. vltim. eo. tit. prox.* Atqui procurator à priuato conſtitutus alium procuratorem dare non poſſet, quem neque tutor dare poteſt, niſi factus ſit aut hic aut ille dominus litis per conteſtationem, *l. neque tutores 11. l. nulla 23. C. hoc tit.* Procuratores enim itemque tutores ideò dantur, vt per ſe negotia ſibi commiſſa gerant, non per alios, cùm ipſorum induſtria ſit electa, argument. *l. cùm hi. 8. §. ſi prætor. aditus. de tranſact. l. inter artifices 31. de ſolut.* Eadem igitur ratio actoris eſſe debet, vt ante litem à ſe conteſtatam procuratorem dare non poſſit, poſt litem verò conteſtatam poſſit tanquam & ipſe dominus litis. Rem namque in iudicium deducit non minùs quàm procurator, cum datus eſt actor in litem mouendam, *d. l. item eorum 6. §. 1. infrà. tit. prox.* Hodie ſyndici ciuitatum etiam citra conteſtationem poſſunt & ſolent dare procuratorem, vt dicam ad *d. §. 1.*

75. IVLIANVS libro 3. Digeſtorum.

QVi abſentem emptorem, eundémque poſſeſſorem fundi defendebat, & iudicium nomine eius accipiebat, poſtulabat à venditore fundi, vt ab eo defenderetur: venditor deſiderabat caueri ſibi ratam rem emptorem habiturum, puto eum venditori de rato ſatiſdare debere: quia, ſi fundum agenti reſtituerit, nihil prohibet dominum rem petere, & cogi venditorem rurſus defendere.

Ad l. Qui abſentem 75.

Ratio dubitandi. Defenſor abſentis non ſolet ſatiſdare de rato, ſed tantùm de iudicato ſoluendo, cùm iudicati executionem in propria perſona patiatur, *l. in cauſa 37. §. 1. cum l. ſeq. l. ſed & hæ 35. §. defendere l. Plautius 61. & paſſim ſup. hoc tit.* Ergo qui abſentem emptorem eundémque poſſeſſorem fundi controuerſi defendit, & iudicium eius nomine accepit, ſi poſtulet à venditore fundi vt ab eo defendatur, non eſt cogendus cauere de rato, cùm id poſtulet, quod emptor ipſe ſi adeſſet, poſtulare poſſet, ac haud dubiè poſtularet. Quotus enim quiſque emptor eſt qui ab alio vindicante conuentus defendi à venditore ſuo nolit?

Ratio decidendi. Non cogitur defenſor abſentis ſatiſdare de rato, cùm iudicati actio & executio in eius perſonam plenè dirigi poteſt. Sed cùm tale negotium eſt, vt condemnato & executionem paſſo defenſore nihilominùs adhuc moueri lis aliqua poſſit per eum qui defenſus fuit, neceſſaria eſt ratihabitionis ſatiſdatio, vt aduerſarij indemnitati & ſecuritati conſulatur, vt in *l. Pomponius 40. §. ſed & is qui ſuprà, hoc tit.* Id verò euenit etiam in ſpecie propoſita. Nam condemnato defenſore abſentis, quem defenſorem venditor denunciatus etiam defendiſſet, atque ita reſtituto fundo actori, qui eam vindicauerat, ſi ponas dominum, id eſt, emptorem poſtea reuerſum nolle ratum habere iudicium cum defenſore acceptum, dubitari non poteſt quin defenſore quoque inuito poſſit ille eundem fundum quaſi ſuum petere, *l. vlt. de fideiuſſorib.* Eundémque venditorem, qui abſentis defenſorem iam defenderat, cogere actione ex empto, vt rurſum defendat, aut duplam præſtet, vel quaſi intereſt emptoris, *leg. emptor 8. & ſequentib. & paſſim C. de euiction.* Quæ res faciet vt fruſtrà & inutiliter prior defenſio contra eundem aduerſarium ſuſcepta videatur. Quod ne accidat, & vt venditoris indemnitati cautum ſit, neceſſe eſt etiam à defenſore ratihabitionis ſatiſdationem præſtari. Neque verò nouum eſt vt quis eiuſdem actionis nomine & de rato cauere debeat, & de iudicato ſoluendo, *leg. non ſolùm 39. §. eſt & caſus cum ſequent. & d. l. Pomponius 40. §. ſed & is ſuprà hoc tit.*

76. IDEM lib. 5. ad Minitium.

TItius, cùm abſentem defenderet, ſatiſdedit, & priùs quàm iudicium acciperet, deſiit reus ſoluendo eſſe, quam ob cauſam defenſor recuſabat iudicium in ſe reddi oportere. Quæro, an id ei concedi oporteat? Iulianus reſpondit: Defenſor, cùm ſatiſdedi: domini loco habendus eſt: nec multum ei præſtaturus eſt prætor, ſi eum non coëgerit iudicium accipere: cùm ad fideiuſſores eius iri poſſit: & hi, quidquid præſtiterint, à defenſore conſecuturi ſint.

Ad l. Titius 76.

Ratio dubitandi. Qui non cogitur abſentem defendere, tametſi iudicatum ſolui ſatiſdederit defendendi abſentis gratia, non ideò tamen iudicium accipere ſemper cogendus eſt, ſed cauſa cognita ſic temperanda res eſt, vt ſi captio aliqua futura ſit actoris propter temporis tractum, accipere iudicium cogatur, at non etiam ſi qua fortè noua cauſa ſuperuenerit, putà ſi affinitas dirempta ſit, aut inimicitiæ interceſſerint, aut abſentis bona poſſideri cœperint à creditoribus, *l. mutus 43. §. vlt. ſupr. h. t.* Atqui non poſſidentur bona ex edicto à creditoribus, niſi cùm debitor non eſt ſoluendo, ita vt latitet, nec eum quiſquam defendat, *l. 1. & tot. tit. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. & tot. tit. De rebus auctoritate iudicis poſſidendis.* Ergo cùm abſens ſoluendo eſſe deſiit, quem alius defendere cœperat, iuſta illa eſt cauſa propter quam defenſor non debeat cogi iudicium accipere.

Ratio decidendi. Fuit hæc quæſtio inter veteres Iureconſultos controuerſa. Alij enim nolebant defenſorem omnimodo & indiſtinctè cogendum, in qua ſententia fuit proculdubio Iulianus, vt conſtat ex hac lege. Alij cum Labeone diſtinguendum, vt modò diximus. Alij denique, vt Sabinus, nullas eſſe partes prætoris, *d. §. vlt. iunct. l. non cogendum 45. ſup. eo. vbi dixi.* Non ergo tractandum eſt de conciliandis prudentibus, ſed de meliore ſententia eligenda. Nos Sabini opinionem magis probauimus. Neque verò Iulianus in hoc loco audet abſolutè reſpondere cogendum eſſe defenſorem, licèt eam ſententiam non ſolum exprimere, ſed etiam confirmare videatur, cùm ait. *Defenſor cùm ſatiſdedit domini loco habendus eſt.* Alia enim ratio reddi nulla poteſt, cur iudicium accipere ſit cogendus. Sed tamen non ſatis bene concludit, Eſſe igitur omnimodo cogendum. Et cùm ſubiicit Iulianus, *nec multum ei præſtaturus eſt prætor, ſi eum*

eum non coëgerit iudicium accipere, innuit non obſcurè in ea ſe eſſe ſententia, vt non ſit hoc caſu defenſor cogendus à prætore, ſed ait parum hoc profuturum defenſori, cùm æquè futurum ſit vt per medias fideiuſſorum ſuorum perſonas & conueniatur, & condemnetur: ſiquidem poterunt illi ex propria ſtipulatione ob rem non defenſam conueniri, & conſequenter habere regreſſum aduerſus defenſorem, pro quo fideiuſſerunt. Sed nos qui Sabini ſententiam probamus, facilè ex eodem Sabino reſpondebimus, ne quidem fideiuſſores hoc caſu conueniri poſſe, ſi præſupponas quod Labeo dicebat, & verè facto debitore non ſoluendo iuſtam cauſam habere defenſorem iudicij non accipiendi. Nam quoties iuſtas cauſas habet defenſor, cur iudicium accipere nolit, fideiuſſores eius non tenentur, quia nec quiſquam vir bonus arbitraretur non defendi eum qui iudicium accipere non cogatur, *dicta leg. non cogendum*, iunct. *leg. vir bonus* 18. *iudic. ſolui*. Dices eum qui abſentis defenſionem ſuſcepit, & ſatiſdedit, potuiſſe proſpicere quod potuit euenire, vt abſens ille deſineret eſſe ſoluendo, ac proinde ſibi debere imputare ſi non proſpexerit, *leg. ſi quis domum* 9. §. 1. *verſic. quia hoc euenire, infrà locat.* Reſpondeo non poſſe cuiquam imputari cur non proſpexerit ea, quæ ſine malo homine proſpici non potuerunt, cuiuſmodi ſunt aduerſi caſus, inter quos ille eſt, vt vir probus, diligens & locuples inopinato fortunæ impetu rem familiarem amittat, vt loquitur Papinian. in *leg.* 4. *infrà, vt in poſſ. legat.* iunct. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram. verſ. ſed hæc diſſimilia. de verbor. oblig.*

77. PAVLVS lib. 57. ad Edictum.

OMni, qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus eſt.

Ad l. Omnis 77.

Ratio dubitandi. Defenſor propria ſua voluntate mouetur ad ſuſcipiendam abſentis defenſionem non ſuſcepturus ſi nollet, *l. mutus* 43. §. *qui non cogitur, ſup. h. t.* Ideóque liberum ei eſt vel in vnam tantùm rem defendere abſentem, quamuis plura ſunt in quibus egeat defenſione, *l. qui proprio* 46. §. *qui alium, ſuprà eo.* Ergo & arbitratu ſuo eum defendere debet, non alieno.

Ratio decidendi. Verba & edicti prætoria & ſtipulationis, itémque ſatiſdationis quam à defenſore præſtari neceſſe eſt, diſertè requirunt vt abſens rectè defendatur, *l.* 5. §. *vlt. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Rectè verò defendi non poteſt, niſi qui arbitratu viri boni defenditur, *d.* §. *qui non cogitur, & d. l.* 5. §. *vlt. l. ex clauſula* 17. *cum l. ſeq. iudic. ſolui. l. non cogendum* 45. *in prin. ſup. eo.* Nec debet ea res ipſius defenſoris arbitrio committi, cùm ille ſuſcipiendo alienam defenſionem ſe obliget proprio nomine, *l. Plautius* 61. *ſup.* Non debeat autem eſſe in poteſtate illius qui obligatus eſt, quomodo aut quandiu ſit obligatus, *l.* 2. §. *Scæuola, de eo quod cert. loc. l. ſub hac* 8. *de oblig. & act.* Nec ſi tanquam vir bonus arbitrari velit, niſi eodem modo arbitretur, quo alius quilibet vir bonus & non infeſtus arbitraretur, vt ſcriptum eſt in *l. fideicom.* 11. §. *proinde* 8. *de leg.* 3. Et ſanè cum hæc ſtipulatio ſit prætoria ſtipulationes autem prætoriæ ſemper recipiant interpretationem ex mente prætoris, *l. in conuentionalib.* 52. *de verb. obligat. l.* 1. *l. in prætoriis* 9. *de præt. ſtipu.* An non ridiculus eſſet prætor, qui ſtipulationis interpretationem ab ipſius defenſoris arbitrio pendêre pateretur? Vtique enim ſemper negabit ille ſe ad defenſionem alia mente aut alio conſilio acceſſiſſe, *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.*

78. AFRICANVS lib. 6. Quæſtionum.

ET ideò non poteſt videri boni arbitratu litem defendere is, qui, actorem fruſtrando, efficiat, ne ad exitum controuerſia deducatur.

Ad l. Et ideo 78.

Ratio dubitandi. Reorum eſt fugere vnde & à Græcis φεύγοντες, *leg. pars literarum* 48. *de iudic.* Et à Triboniano noſtro, vt ſolet græciſare, paſſim fugientes, appellantur, in *lege properandum, & alibi ſæpè, Cod. de iudic.* Atqui defendere eſt eandem quam reus vicem ſubire, *l. minor.* 51. §. *quoniam ſuprà hoc titul.* Ergo defenſori quoque permittendum eſt vt fugiendo fruſtretur actorem quantum poterit, ne ad exitum controuerſia priùs deducatur, quàm abſens reuerſus fortaſſe ſit, qui ſuo nomine litem ſuſcipere poſſit, ſecundùm id quod diximus ad *leg. is enim* 64. *ſuprà eod.*

Ratio decidendi. Solent quidem rei fugere, ſed non debet ex eò quod fit ſumi argumentum ad id quod fieri debeat. Neque enim quiſquam vir bonus arbitrabitur permittendum vnquam eſſe ei ipſi qui ſe defendat, vt fugiendo ac tergiuerſando fruſtretur actorem, cùm ſi bonam cauſam reus habeat, tantò diligentior eſſe debeat, vt citiùs vincat. Si verò malam ne quidem expectandum habeat vt conueniatur. Nam & inde eſt quod ſcribit Theophilus initio tituli De action. actiones non niſi in perfidos homines iure ciuili comparatas eſſe: ſempérque ciuili legiſlatori odioſa eſt fruſtratio quælibet ac tergiuerſatio, *l. ab hoſtib.* 15. *in fi. l. ſed & ad eos* 24. *ex quibus cauſis maior l.* 1. *C. de dilation.* Quæ ſcilicet in longiùs tempus lites producit, quas è contrario quamprimùm finiri non modò vtriuſque litigantium intereſt, verùm etiam reipublicæ, *l.* 1. *Cod. de admin. tut. l. quidam* 21. *de rebus creditis l. tutor* 41. *infr. de vſur.* Tantóque magis debet hoc locum habere in defenſore, quod cum alienam defenſionem vltrò ſuſcipiat, verendum maximè eſt ne hoc ſibi onus vltrò iniunxerit, vt ſub prætextu nominis alieni propter ſuas ſimultates ſecurè lites ſuas exerceat, quod ne quidem tutoribus permiſſum eſt, *lege non eſt ignotum* 6. *Cod. de adminiſtr. tutor.* Et ſanè reo magis quàm actori ſolemus fauere, tum etiam cùm fugit, & plures aut longiores ad cauſam ſuam ad inſtruendam dilationes petit, quia non eſt in eius poteſtate quando conueniatur, *lege petenda* 6. *Cod. de tempor. in integrum reſtit. leg. purè* 5. §. *vltim. de doli mali exception. lege vltim. ſupr. de fer. & dilat.* At in poteſtate defenſoris eſt, an & quando velit defendere. Nemo enim illum cogit vt defenſionem ſuſcipiat & iudicium accipiat, *l. mutus* 43. §. *qui non cogitur, ſuprà eodem.* Sibi ergo imputet qui ſponte ſuſceperit præſertim cùm ex ſententia contra eum lata nihil damni ſenſurus ſit abſens, ſi cùm reuerſus erit, iudicium ratum habere nolit. Neque tamen hoc adeo diſtrictè accipiendum eſt, vt non etiam aliquo fauore dignus ſit defenſor, ſiue ex perſona propria, quia viri boni & amici optimi officium implet abſentis defenſionem ſuſcipiendo, ſiue ex perſona abſentis, cuius vicem ſubit, qui ſi adeſſet, vtique non tantopere vrgeri deberet, quin iuſtis dilationibus adiuuaretur.

1 Ad duas res petendas procurator datus, ſi vnam rem petat, exceptione non excluditur, & rem in iudicium deducit.

Ad §. 1. Ad duas.

Ratio dubitandi. Exceptione procuratoria excluditur quiſquis vel ſine mandato, vel contra aut præter mandati formam agit, *l. Pompon.* 40. *§. vlt. l. itaq;* 48. *l. ad legat.* 62. *& paſſ. ſup. hoc tit.* Atquin is qui ad duas res petendas procurator datus eſt, ſi vnam tantùm rem petat, non id facit quod mandatum fuit, & conſequenter videtur facere aduerſus mandatum, *l. qui non facit* 121. *de regul. iur.* Aliud enim eſt rem vnam, aliud duas petere, ideóque is qui è contrario ad vnam rem petendam datus eſt, duas petere non poteſt, *l. ſi procur.* 10. *C. hoc tit.* Ergo & qui ad duas res petendas datus fuit, ſi vnam tantùm petat, exceptione procuratoria repellendus eſt.

Ratio decidendi. In mandato duarum rerum petendarum continetur mandatum rei vnius petendæ, ſicut in maiore numero ſemper minor continetur, *l. 1. §. ſi ſtipul. de verb. oblig. l. egi tecum* 26. *de except. rei iudic.* Et quòd dicitur procuratorem debere fines mandati diligenter cuſtodire, *l. 5. infr. mandat.* eò pertinet vt non illos tranſilire & prætergredi debeat, non etiam vt non poſſit minùs facere quàm ei mandatum fuerit, ſi modò talis res ſit quæ poſſit diuidi: quomodo ſanè diuidi poſſunt & debent lites de rebus pluribus competentes. Singulis enim controuerſiis ſingulas actiones tribuendas eſſe placuit, *l. ſingulis* 6. *de except. rei iudic.* Tótque lites eſſe intelliguntur, quot ſunt res quæ in litem deducuntur, etiam cùm eadem eſt cauſa petendi, *l. cùm quæritur* 12. *& ſeqq. eod. l. quia dicitur* 31. *de euictio.* Tot ergo etiam mandata, quot ſunt res quæ mandato continentur. Itaque ſicut is qui de Sticho & Pamphilo interrogatus reſpondet de Sticho ſolo, videtur ad vnam ex duabus ſtipulationibus reſpondiſſe, *l. inter* 83. *§. item ſi ego. de verb. oblig.* Ita & qui ad duas res petendas procurator datus alteram tantùm petit, vnum ex duobus mandatis videtur impleuiſſe. Quamvis non ſatis bene officio ſuo fungatur procurator, qui duas res petere iuſſus vnam tantùm petit, ſi eadem fuit ratio, idem ius vtriuſque petendæ, ac tam facilè potuit acceptum de duabus, atque de altera duntaxat iudicium expedire. Numerus enim litium fruſtrà multiplicandus non eſt, *d. l. ſingulas.*

QVOD CVIVSCVMQVE VNIVERSITATIS nomine vel contra eam agatur.

TITVLVS IV.

GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

NEQVE ſocietas, neque collegium, neque huiuſmodi corpus paſſim omnibus haberi conceditur. Nam & legibus & ſenatuſconſultis, & principalibus conſtitutionibus ea res coërcetur. Paucis admodum in cauſis conceſſa ſunt huiuſmodi corpora: vt ecce vectigalium publicorum ſociis permiſſum eſt corpus habere vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, & ſalinarum.

¶ Item collegia Romæ certa ſunt, quorum corpus ſenatuſconſultis atque conſtitutionibus principalibus confirmatum eſt: veluti piſtorum, & quorundam aliorum, & nauiculariorum, qui & in prouinciis ſunt.

Ad Tit. 4. Quod cuiuſc. vniuerſ. nom. vel contr. eam agat.

Ad l. Neque ſocietas 1.

Ratio dubitandi. Vnaquæque res facilè redditur formæ ſuæ priſtinæ & naturali, *l. ſi vnus* 27. *§. pactus ne peteret. in fi. ſup. de pact.* Atqui natura inter omnes homines ſodalitatem & cognationem quandam conſtituit, *leg.* 3. *ſuprà de iuſt. & iure.* Quam qui primi violarunt ius naturale corruperunt, iuríſque gentium inducendi cauſam & neceſſitatem dederunt, *lege* 4. *&* 5. *eod.* Ergo & ſocietatem & collegium & huiuſmodi corpus habere paſſim omnibus concedi debet. Nec videtur ea res aut legibus aut ſenatuſconſultis aut principalibus conſtitutionibus poſſe coërceri, cùm habeat rationem naturalem, quam nulla ratio naturalis aut ciuilis poteſt corrumpere, *leg. eas obligationes* 8. *de capit. minut. §. vlt. Inſt. de legit. agnat. tutel. iunct. §. vlt. de iur. natur. gent. & ciuil.*

Ratio decidendi. Ciuilis legiſlator qui omnia æſtimat ex publica vtilitate, & cui ſemper ac in omnibus & per omnia, ſalus populi ſuprema lex eſt, periculoſum credidit, ſi huiuſmodi ſocietates, ſodalitates, & collegia permitterentur, ne hoc prætextu coeuntes ſceleratiſſimi quique occaſionem inde capiant coniurandi aduerſus Principem aut rempublicam, *l. 1. §. & paſſ. inf. de colleg. & corpor.* Vbi latiùs dicemus. Itaque paucis admodum in cauſis conceſſa ſunt huiuſmodi corpora, in iis ſcilicet, in quibus viſum eſt ad publicam quoque vtilitatem ea pertinere, vt putà religionis ergò, dum ne quid per hoc fiat contra ſenatuſconſultum, quo illicita collegia vetantur, *l. 1. §. ſed religionis eo.* Item vectigalium publicorum ſociis permiſſum eſt corpus habere, non quod neſciat legiſlator quantæ audaciæ ac temeritatis ſint publicanorum factiones, *l. quanta audaciæ* 12. *inf. de publ. & vect.* Sed vt eo velut priuilegio inuitarentur ad publicas conductiones maiore pecunia faciendas. Item ſociis aurifodinarum, vel argentifodinarum, vel ſalinarum. Item fabris in quorum corpore non niſi artificij ſui cauſa vnuſquiſque aſſumitur. Et ſi qua alia ſunt corpora eandem originis rationem habentia, id eſt, quæ idcirco inſtituta ſint, vt neceſſariam operam publicis vtilitatibus exhiberent, *l. 5. §. quibuſdam* 12. *de iure immun.* Hæc enim non ſolùm permiſſa ſunt, ſed etiam priuilegium immunitatis habent, *d. §. quibuſdam,* & capacitatem vt iis legari poſſit, *l. cùm ſenatus* 20. *de rebus dub. d. l. 5. §. vlt. & l. vlt. de iur. immunit.* Hoc igitur iure vtimur, vt hodie collegia omnia illicita ſint, niſi quæ ſpecialiter permiſſa ſunt & confirmata vel SC. auctoritate vel Cæſaris, *l. 3. §. in ſumma, inf. de colleg. & corpor.*

2 ¶ Quibus

1 ¶ Quibus autem permiſſum eſt corpus habere collegij, ſocietatis, ſiue cuiuſque alterius eorum nomine proprium eſt, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem & actorem ſiue ſyndicum, per quem, tanquam in republica, quod communiter agi, fieríque oporteat, agatur, fiat.

Ad §. 1. Quibus autem.

Ratio dubitandi. Ij quibus permiſſum eſt corpus habere collegij vel ſocietatis, non ideò conſtituunt rem publicam. Sunt enim priuati, nec magis quàm alij quilibet à toto reipublicæ corpore diſtincti. Vnde eſt quod immunitatis priuilegio indigent, ne cogantur ea ſubire onera, quibus reliqui ciues adſtringuntur, quàm immunitatem nec omnia huiuſmodi collegia habent, ſed ea tantùm, de quibus, in *d. l. 5. §. quibuſdam. & §. vlt. & in l. vlt. de iure immunitatis.* Ergo non poſſunt habere res communes, neque arcam communem, neque actorem ſiue ſyndicum, per quem id omne quod communiter agi fieríve oporteat, agatur, fiat. Hæc enim ſunt propria reip. & fieri non poteſt vt non ſit reip. & vniuerſitatis, quicquid neque commune, neque ſingulorum, neque nullius eſt: aut contra vt non ſit ſingulorum quicquid neque commune, neque publicum, neque reipublicæ, neque nullius eſt, *l. 2. & ſeq. ſup. de rerum diuiſ.*

Ratio decidendi. Sunt quidem iſti priuati, qui collegiis adſcribuntur. ſed non tanquam certi & priuati homines habentur, cùm ſub collegij & corporis liciti nomine ac iure conſiderantur, *l. cùm Senatus 20. de rebus dubiis.* ſed ad exemplum reipublicæ, vt Gaius hîc ſcribit. Quemadmodum enim reipublicæ corpus vnum eſt ex pluribus diſtantibus conſtans, *l. proponebatur 76. infr. de iudic. l. rerum mixtura 30. de vſucap.* ita & iſtorum, quibus coïre licet, vnum corpus eſſe intelligitur, quod licèt reipublicæ nomine donari non ſatis aptè poſſit, vniuerſitas tamen dici poteſt & debet. In vna enim republica plures reipublicæ eſſe non poſſunt, at vniuerſitates eſſe poſſunt, idéoque titulus hic bene ſic conceptus eſt, *Quod cuiuſcunque vniuerſitatis*, non autem, *quod cuiuſcunque reipublicæ nomine.* Non ergo à publico ad priuatum hîc infert Gaius, vt ab Vlpiano factum eſt, in *l. item veniunt 20. in princ. de petit. hered.* ſed multò conuenientiùs eſt à republica, quæ vniuerſaliſſima vniuerſitas eſt, ad minorem & ſpecialem vniuerſitatem.

2 ¶ Quòd ſi nemo eos defendat: quod eorum commune erit, poſſideri: & ſi admoniti non excitentur ad ſui defenſionem, venire ſe iuſſurum proconſul ait. Et quidem non eſſe actorem, vel ſyndicum tunc quoque intelligimus, cùm is abſit, aut valetudine impeditur [a], aut inhabilis ſit ad agendum.

Ad §. 2. Quòd ſi nemo.

Ratio dubitandi. Etiam municipes ipſi nihil per ſe poſſidere ſummo iure poſſunt, quia poſſeſſio nulla eſt ſine animo poſſidendi, *l. quemadmodum 8. & paſſ. de acquir. poſſeſſ.* animum autem poſſidendi habere municipes nequeunt, quia vniuerſi conſentire non poſſunt, *l. 1. §. vlt. eod.* Ergo nec eorum bona poſſidere alius poterit, quia non in aliorum bonorum poſſeſſionem mittuntur creditores ex edicto, quàm quæ debitor ipſe miſſionis tempore poſſidebat, vt ſimul cum debitore ipſo poſſideat. *l. 5 in princip. vt in poſſeſſ. legat.* Quòd verò de municipibus dicitur, idem de corporibus & collegiis iſtis dictum videri debet, quæ ſunt ad exemplum & inſtar reipublicæ, vt proximo §. dictum eſt. Augeri verò poteſt ratio dubitandi ex eo quòd cùm vniuerſitas conſentire non poſſit, neque rurſus latitare, non videtur æquum vt eam pœnam patiatur, quam prætor irrogat iis qui latitant, nec defenduntur: præſertim quia nec dolo facere quicquam poſſunt, *l. ſed & ex dolo 15. §. 1. infrà de dolo.* Venditio autem bonorum, & quæ ipſam præcedit, miſſio in poſſeſſionem non permittatur edicto, niſi in pœnam eius qui fraudandi cauſa latitat, adeò vt nec contentus ſit prætor animo fraudandi, niſi probetur etiam animus fraudandi creditores, *l. Fulcinius 7. §. ſed is qui fraudationis, quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.*

Ratio decidendi. Ob has nimirum cauſas ſpecialiter edixit prætor ſe, ſi nemo iſtos defendet quod eorum commune erit, poſſideri, & ſi admoniti non excitentur ad ſui defenſionem, venire ſe promiſſurum: cùm ratio communis edicti non ſufficeret. Habet enim hoc quoque edictum ſummam rationem: quia cùm iis omnibus qui corpus aliquod collegij aut ſocietatis habent ex permiſſione Principis vel Senatus, permittatur etiam hoc ipſo actorem ſiue ſyndicum habere, per quem defendantur, imputare ſibi debent quod non defenduntur. Nec debet eorum ſiue fraus, ſiue negligentia damno afficere creditorem, cui non ſimiliter poſſis imputare cur cum corpore & collegio licito contraxerit. Denique etiam collegia iſta fraudis commiſcendæ malorúmque conſiliorum capacia ſunt, *l. metum 9. §. animaduertendum. quod metus cauſ.* qua ſola ratione ſunt prohibita omnia niſi quæ permiſſa, vt dixi ad princ. huius l. Et quamuis vniuerſitas ſummo iure nihil poſſidere queat, vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt priuatorum exemplo & poſſidere & vſucapere poſſit, *l. 2. de acquir. poſſeſſ.*

a *Cùm is abſit, aut valetudine impediatur.* Ratio dubitandi. Nec ciuitatis actor negotium publicum per procuratorem agere poteſt, *l. nec ciuitatis 74. ſupr. titulo proximo.* Multò minùs igitur actor collegij. Atqui eo caſu quo actor vniuerſitatis vel abeſt, vel valetudine impeditur, nihil poteſt imputari neque vniuerſitati quæ actorem conſtituit, neque actori quem ponimus abeſſe ex cauſa vel neceſſaria, vel ſaltem probabili, aut vi valetudinis impediri, ne commiſſa ſibi negotia expedire poſſit. Iniquum igitur eſt permitti, hoc caſu venditionem bonorum vniuerſitatis, quæ nunquam permittitur, niſi in pœnam eius cui vel fraus, vel ſaltem culpa aliqua poſſit imputari.

Ratio decidendi. Cùm actor ab vniuerſitate conſtitutus abeſt aut valetudine impeditur, poteſt imputari vniuerſitati cur alium actorem non eligat. Non minùs enim permiſſum ei eſt plus quam vnum eligere. *leg. ciuitates 8. infra hoc titulo.* præſertim ex cauſa, id eſt, vbi actor primùm conſtitutus officio ſuo fungi non poteſt. Eadémque ratio multò magis locum habet, ſi ab initio datus ſit actor inhabilis ad agendum. Duplex enim hoc caſu culpa eſt vniuerſitatis. Vna quod talem actorem elegerit: Altera quod eum ſubinde non mutauerit Nam & actoris mutandi poteſtas eſt ex iiſdem cauſis, ex quibus & procurator mutari poteſt, *l. item 6. §. vltim. infra hoc titul.* Paria enim ſunt. Nullum eſſe actorem, Et eſſe aliquem, ſed inhabilem, Non eſſe quid & eſſe inutiliter, *l. quoties 6. ſup. qui ſatiſd. cogant. l. 2. de autor. tutor.*

3 ¶ Et ſi extraneus defendere velit vniuerſitatem, promittit proconſul, ſicut in priuatorum defenſionibus obſeruatur quia eo modo melior conditio vniuerſitatis ſit.

Ad §.3. Etſi extraneus.

Ratio dubitandi. Defendere eſt eandem quam reus vicem ſubire, *l. minor 51. §. 1. ſupr. tit. prox.* Atqui vniuerſitas neque ſe defendere per ſeipſum poteſt, neque dare procuratorem ad ſui defenſionem, quia vniuerſi conſentire non poſſunt, ſed tantùm ei permiſſum eſt vt det actorem qui procuratoris loco ſit, *l. 2. & 3. l. item 6. §. vlt. §. ſupr. eod.* iunct. *l. 1. §. vlt. de acq. poſſeſſ.* Ergo vniuerſitatis defenſor eſſe nemo poteſt. Neceſſe enim eſſet defenſorem vices gerere actoris, quem tamen ponimus nullum eſſe, & qui tum quoque cùm ab vniuerſitate datus fuit, vniuerſitas non eſt, vt qui eum defendit, vniuerſitatem defendere videatur.

Ratio decidendi. Permittit prætor defendi vniuerſitatem etiam ab extraneo quolibet ad exemplum priuatorum, & eo ipſo modo qui in priuatorum defenſionibus obſeruatur, id eſt, interpoſita per defenſorem ſatiſdatione iudicatum ſolui, & ita vt in defenſorem condemnatum executio iudicati detur, quia eo modo melior fit conditio vniuerſitatis: ne alioqui eueniat vt deteriore iure cenſeatur vniuerſitas quàm priuatus, cuius conditionem meliorem facere quilibet poteſt, quamuis non deteriorem, vt dixi ad *l. ignorantis 49. ſup. tit. prox.* Nam ſi publicè intereſt abſentes quoſcunque etiam reos capitalium criminum à quibuſcunque defendi, *l. ſeruum 33. §. publicè. ſupr. tit. 1.* quantò magis defendi vniuerſitatem, quæ ipſa ſit ad exemplum & inſtar reipubl. §. 1. huius legis. Speciali tamen permiſſione in hanc rem opus fuit, vt verba illa Gaij probant, *permittit proconſul*, quia iuris communis ratio refragari, aut ſaltem non ſuffragari videbatur.

2. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum. 2.

SI municipes, vel aliqua vniuerſitas ad agendum det actorem: non erit dicendum, quaſi à pluribus datum, ſic haberi: hic. n. pro republica, vel vniuerſitate interuenit, non pro ſingulis.

Ad l. Si municipes 2.

Ratio dubitandi. Actor à municipibus vel ab aliqua vniuerſitate datus ad agendum, perinde in iudicium deducit ius omnium & ſingulorum ac ſi ab omnibus & ſingulis datus eſſet: Alioqui quod ab eo geſtum eſſet, non afficeret ſingulos, niſi à ſingulis mandatum habere crederetur. Ergo ſic haberi debet quaſi à pluribus, imò ab omnibus & ſingulis datus ſit, & conſequenter cauere debet omnes & ſingulos ratum habituros: præſertim cùm negari non poſſit quin agat alieno nomine is, qui agit nomine vniuerſitatis nec prætor actorem vniuerſitatis admittat, niſi ad exemplum procuratoris, *lege item 6. § vltim. infra eodem.* & eo modo, qui in priuatorum actionibus mouendis obſeruatur, argum. *l. 1. §. vltim. ſupra eod.* iunct. *l. ſeru. 33. §. ait. prat. ſup. tit. prox.*

Ratio decidendi. Actor quem vniuerſitas dedit ad agendum, à pluribus quidem & ab omnibus & ſingulis datus fuit, ſed non ſic habetur quaſi datus ab omnibus & ſingulis, ſed tanquam ab vnico corpore reipublicæ vel vniuerſitatis, collectiuè ſcilicet non diſtributiuè conſideratus. Non enim qui dicit vniuerſitatem dicit ſingulos, nec contrà qui ſingulos dicit vniuerſitatem, *l. ſicut 7. §. 1. infr. hoc tit. l. proponebatur 76. de iudic. l. rerum mixtura 30. de vſucap.* Si ergo actor vniuerſitatis mandatum proferat, & decretum, non eſt cogendus cauere de rato propter ſingulos, nec rurſus propter vniuerſitatem, niſi vno caſo, ſi de vniuerſitatis decreto dubitetur, *d. l. 6. §. vlt. infr. l. 1. §. 2. quod falſ. tutor.*

3. IDEM lib. 9. ad Edictum.

NVlli permittetur nomine ciuitatis, vel curiæ experiri: niſi ei, cui lex permittit, aut lege ceſſante, ordo dedit [a], cùm duæ partes adeſſent [b], aut ampliùs quàm duæ.

Ad l. Nulli 3.

a *Niſi ei cui lex permittit, aut lege ceſſante ordo dedit.* Ratio dubitandi. Hominis promiſſio ſolet facere vt ceſſet promiſſio legis, *l. vlt. Cod. de pacto conuent. tam ſup. dot.* Nec enim ſolet lex ſe interponere in priuatorum negotiis, niſi quantum neceſſe eſt ad ferendum auxilium vt iis conſulatur. Ille igitur ad res vniuerſitatis vel curiæ, id eſt, decurionum, tractandas præferendus eſt, cui ordo ipſe, id eſt, corpus vniuerſitatis eam poteſtatem dedit, tum ceſſante ordine ille cui lex permittit.

Ratio decidendi. In iis quæ pendent à voluntate priuatorum, nec legis autoritate conſtituuntur, nunquam ſe lex interponit, niſi in ſubſidium & auxilium, ſi neceſſe ſit: vt in ſpecie, *d. l. vlt. l. maritus 21. C. hoc tit. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* At in iis, quæ fieri prohibentur niſi ſpecialiter à lege permittantur, aut quæ etiam citra prohibitionem vllam præcedentem indigent ſpeciali promiſſione, vt fieri poſſint, ſicuti legis eſt ea permittere, ita & in iis permittendis quam velit legem dare, cui ſi non pareatur, nulla permiſſio, & conſequenter inutilis in contrarium omnis cautio, ne alioqui priuatorum cautiones legum authoritate cenſeantur, *leg. vltim. de ſuis & legit.* Huius verò generis eſt id, de quo tractamus. Actorem enim vniuerſitas conſtituere nullum poſſet, niſi lex permitteret. Collegia verò multò minùs poſſent, quæ ſi non ſint ſpecialiter permiſſa, hoc ipſo prohibita, vt ſupra diximus, & illicita exiſtimantur. Is ergo omnimodo præferendus eſt cui lex ipſa permittit agere nomine vniuerſitatis. Si lex nihil ſtatuerit, is demum actor erit, quem ordo conſtituerit.

b *Cum duæ partes adeſſent.* Ratio dubitandi. Quod ad omnes pertinet, ab omnibus approbari debet, *l. vlt. in fi. C. de authorit. præſt.* ne alioqui conditio quorundam per alios deterior fiat, *l. 2. quod vi aut clàm.* Præſertim cùm in pari iure potior ſit cauſa prohibentis, *l. Sabinus 28. communi diuidundo.* Ergo non ſufficit vt adfuerint duæ partes vniuerſitatis in conſtituendo actore, ſed omnes & adeſſe & conſentire oportet, vt poſſit actor ipſe dici actor vniuerſitatis, cùm omnes æquè ſint ex vniuerſitate.

Ratio decidendi. Quod maior pars vniuerſitatis effecit, pro eo habetur, ac ſi ab omnibus factum eſſet. *l. quod maior 19. ad municipalem.* Alioqui vix erit vt actor vnquam ab vniuerſitate conſtituatur, quia difficile, imò prorè impoſſibile eſt vt omnes conſentiant, *l. 1. §. vlt. de acquir. poſſeſſ.* non ſolùm propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem. *l. item ſi 17. §. principaliter de recept. qui arbitr.* ſed etiam propter diſcordias, quas materia communionis excitare ſolet, *l. cùm pater 77. §. dulciſſimis de leg. 2.* Itaque vnius prohibitio & diſſenſus impediet ne quid fiat cæteris quoque omnibus conſentientibus, *dict. leg. Sabinus.* Hoc verò à publica vtilitate abhorret, cùm vniuerſitatis iura conſeruari, & per aliquem tractari interſit reipublicæ. Et verò multùm intereſt an quid pertineat ad omnes tanquam vniuerſos an ad omnes tanquam ad ſingulos. Priore caſu non eſt neceſſe vt approbetur à ſingulis, ſed ſufficit vt ab vniuerſis, & proinde vt à maiore parte, *d. l. quod maior.* Poſteriore verò, neceſſe eſt vt à ſingulis approbetur, *d. l. vlt. C. de author. præſt.*

4. Pavlvs lib. 9. ad Edictum.

PLanè, vt duæ partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari poteſt.

Ad l. Planè 4.

Ratio dubitandi. Nemo ſeipſum eligere aut ſibi ipſi aliquid mandare vel imperare poteſt, *l. 4. infr. de tutor. & curator dat.* Ergo cùm quæritur an duæ partes decurionum aut ciuium adfuerint, is quem actorem eſſe decreuerunt, numerari non poteſt: ne ſit in eius arbitrio & poteſtate facere vt actor ritè rectèque conſtitutus eſſe videatur.

Ratio decidendi. Numeratur inter eos qui adfuerunt, at non etiam inter eos qui hanc ei poteſtatem demandarunt, id eſt, non ei proderit ſuffragium proprium, ſi vel votum ei deſit vt à maiore parte nominatus videatur. Eſſet enim hoc mali exempli nimiſque impudentiæ ambitionis, cùm vix alio honore dignus quis videri debeat, quàm eo, quem ſi non recuſauerit, certè non ambierit.

5. Vlpianvs lib. 8. ad Edictum.

ILlud notandum Pomponius ait, quod & patris ſuffragium filio proderit, & filij patri.

Ad l. Illud notandum 5.

Ratio dubitandi. Patris & filij vna eadémque perſona iure ciuili eſſe intelligitur propter ius patriæ poteſtatis, *l. cum filiofamilias 16. infr. de furt. l. Imperator 50. ad Senatuſconſul Trebell. l. vlt. C. de impuber. & aliis ſubſtitut.* ita vt vox patris vox filij exiſtimetur, & contrà, *§. ſi quis alij. Inſtit. de inut. ſtipulat.* Ergo patris ſuffragium non magis poteſt filio prodeſſe, quàm ſuffragium ipſius filij, nec rurſus ſuffragium filij prodeſſe patri, quàm ſuffragium ipſius patris. Nam & ſolemus dicere idoneos teſtes non eſſe illos, quibus imperari poteſt vt teſtes fiant, *l. idonei 6. de teſtibus.* Atqui poteſt pater imperare filio vt patri ſuffragium ferat, cùm in filium habeat omnem poteſtatem, *l. in ſuis 11. de liber. & poſthum.* Ob eámque cauſam nec filius patri idoneus teſtis eſt, vt neque pater filio, *leg. teſtis 9. & ſequent. de teſtibus, l. parentes 6. Cod. eodem.*

Ratio decidendi. Filiusfamilias in iis quæ ad ius publicum pertinent, non ſequitur ius, patriæ poteſtatis, *leg. nam quod 14.* iunct. *§. vltim. leg. praced. ad SC. Trebell.* adeò vt & pater poſſit eſſe iudex in cauſa filij & filius in cauſa patris, quia iudicare munus publicum eſt, *leg. in priuatis 77. cum ſeq. infr. de iud.* Quidni ergo & patris ſuffragium proderit filio, & filij ſuffragium patri? Ponimus enim vtrumque eſſe decurionem: quod munus publicum eſt, *tot. titul. De decur.* Neque verò vox filij vox patris eſt, aut contrà, niſi in iis quæ patri per filium acquiri poſſunt, *dict. §. ſi quis alij, in fin.*

6. Pavlvs lib. 9. ad Edictum.

ITem eorum, qui in eiuſdem poteſtate ſunt, quaſi decurio enim hoc dedit, non quaſi domeſtica perſona. Quod & in bonorum petitione erit ſeruandum: niſi lex municipij, vel perpetua conſuetudo[a] prohibeat.

Ad l. Item eorum 6.

Ratio dubitandi. Sicut patris & filij vna eadémque perſona iure ciuili eſſe intelligitur, ita & eorum omnium qui in eiſdem patris ſunt poteſtate. Adeò vt non magis inter fratres, quàm inter patrem & filium poſſit obligatio ciuilis conſiſtere, *l. frater à fratre 38. de condiction. indebit. l. ſed ſi damnum 9.* aliàs *leg. peculium, §. huic definitioni de pecul.* Ergo vnius ſuffragium alteri prodeſſe non debet, tanquam eiuſdem perſonæ, aut ſaltem domeſticæ. Nam & domeſtici teſtimonij fides iure ciuili improbatur, *leg. penult. infrà de teſtibus, l. 3. C. eodem.*

Ratio decidendi. Frater hîc fratri ſuffragium dedit, non quaſi frater, aut quaſi domeſtica perſona, ſed quaſi decurio, id eſt, tanquam publica perſona, & in ea re, in qua nulla prorſus habetur ratio familiæ & patriæ poteſtatis, vt ad prox. legem dicebamus, ex *leg. nam quod 14. ad Senatuſconſultum Trebellian. leg. quippe 78. de publ. iudic.* Non tam autem inſpiciendum eſt quid quis faciat, quàm quaſi quid, & quaſi quis, *leg. ſi paterfamilias 15. §. 1. ſupra de adoptionibus. l. debitor 59. in fin. ad Trebellian.* Idem igitur in quorumlibet honorum petitione ſeruandum erit, vt & patris ſuffragium proſit filio, & filij patri, & fratris fratri. Niſi lex municipij, inquit Paulus, vel conſuetudo perpetua hoc prohibeat. Pleríſque enim locis ita conſtitutum videmus, vt in eundem ordinem fortaſſis ſenatorium pater & filius, duóve fratres cooptari, ſi quando in idem votum concurrant, quod plerúmque fit, non niſi pro vno numerentur in ſententiis numerandis, vt ſolent numerari magis quàm ponderi. Nec malè in tanta ſeculi infelicitate, quanta noſtri eſt, ne tam facilis delinquendi occaſio præbeatur.

a *Vel perpetua conſuetudo.* id eſt, perpetuò & conſtanter obſeruata. Nam ex eo quod aliter atque aliter obſeruatum variè fuit, non poteſt induci conſuetudo, vt neque ex iis quæ variè iudicata ſunt, *leg. nam imperator 38.* vbi dixi *ſupr. de legib.*

1 ¶ Si decuriones decreuerunt, actionem per eum mouendam, quem duumviri elegerint: is videtur ab ordine electus, & ideò experiri poteſt, parui enim refert, ipſe ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit: ſed ſi ita decreuerint, vt quæcunque incidiſſet controuerſia[b], eius perendæ negotium Titius haberet: ipſo iure id decretum nullius momenti eſſe, quia non poſſit videri de ea re quæ adhuc in controuerſia non ſit, decreto datam perſecutionem. Sed hodie hæc omnia per ſyndicos ſolent ſecundùm locorum conſuetudinem explicari[c].

Ad §. 1. Si decuriones.

Ratio dubitandi. Nulli permittitur nomine ciuitatis vel curiæ, id eſt, decurionum experiri, niſi ei cui lex permittit, aut cui lege ceſſante ordo dedit, *l. 3. ſupra eodem.* Atqui is quem duumviri elegerint, neque à lege, neque

que

que à decurionum ordine datus eſt, ſed à duumviris. Ergo ciuitatis vel curiæ nomine experiri non poteſt.

Ratio decidendi. Videtur ab ordine ipſo electus, cùm elegerint eum duumviri ex mandato decurionum. Parùm enim refert an ordo ipſe elegerit, an is cui ordo negotium dedit, cùm quodcunque quis per alium facit per ſeipſum facere videatur, *l. ſi quis 7. §. vlt. ſupr. de iuriſd. l. 1. §. 1. de eo per quem fact. erit l. 5. § quod ſi quis. de adm. tut.* Nec poteſt obiici. Ordinem decurionum debuiſſe actorem dare, non rem hanc negligere, ac duumviris committendo donare, arg. *l. cum hi 8. §. ſi prætor aditus. de tranſact.* Id enim verè dicitur de iis, quæ ordini vel alicui magiſtratui ſpecialiter à lege aliqua, vel ſenatuſconſulto, vel Principis conſtitutione mandata ſunt, vt in ſpecie *d. §. ſi prætor. & l. 1. de off. eius cui mand. eſt iuriſd.* non etiam de cæteris, *l. ſolet. 16. & ſeq. de iuriſd. l. dies 4. §. duas de damn. infect.*

b *Vt quocunque incidiſſet controuerſia.* Ratio dubitandi. Etiam ad litem futuram procurator dari poteſt, *l. 3. ſupr. tit. prox.* Ergo & actor vniuerſitatis, qui procuratoris loco eſt §. vlt. huius legis.

Ratio decidendi. Poteſt dari actor non minùs quàm procurator etiam ad litem futuram, ſed ita tamen ſi ſciatur quænam illa lis futura ſit. Alioqui neque decretum, neque cauſæ cognitio vlla circa rem penitus incertam interponi poſſet. Dari autem actor à decurionibus præſertim ad litem tractandam ſine decreto non poteſt. nec rurſus niſi cùm neceſſe eſt, cùm ſpeciali iure permiſſum vniuerſitatibus, quæ iure communi procuratorem habere non poſſunt, vt habeant actorem ad res vniuerſitatis tractandas. Cuius permiſſionis contra vel ſaltem præter ius concedendæ nulla ratio eſt, niſi cùm litium quæ ita futuræ ſunt, vt nihil adhuc de iis conijci vel diuinari poſſit. Et hoc eſt quod Paulus hìc ſcribit non poſſe videri de ea re, quæ adhuc in controuerſia non ſit, decreto datam perſecutionem. Alia ratio eſt procuratorum, qui à priuatis conſtituuntur, vt dixi ad *d. leg. 3. ſupr. tit. prox.*

c *Sed hodie hæc omnia per ſyndicos ſolent ſecundum locorum conſuetudinem expediri.* Totus hìc verſiculus proculdubio Triboniani eſt, cuius temporibus iam obtinuerat quod noſtris etiam obtinet, vt per ſyndicos locorum qui per annos ſingulos eligi ſolent, res vniuerſitatis tractentur, nec actor vllus conſtituatur, quaſi hoc ipſo quod ſyndici fiunt, mandatum habeant ad res omnes vniuerſitatis quæ inciderint tractanda, niſi ſi qua in re mandato ſpeciali opus ſit, quod Pauli temporibus non obtinebat. Sic & hodie ſyndici dant procuratorem quem actor olim dare non poterat, *l. nec ciuitatis 74. ſup. tit. prox.*

2 ¶ Quid, ſi actor datus, poſtea decreto decurionum prohibitus ſit? an exceptio ei noceat? & puto ſic hoc accipiendum, vt ei permiſſa videatur, cui & permiſſa durat.

Ad §. 2. Quid ſi actor.

Ratio dubitandi. Is experiri poteſt nomine ciuitatis vel curiæ, cui aut lex aut ceſſante lege ordo permiſit. *l. 3. hoc titulo.* Atqui verum eſt huic actori permiſſum fuiſſe vt ageret, cùm fuerit actor conſtitutus ritè ac ſolemniter. Ergo quamuis poſteà prohibeatur, non eò minùs experiri poteſt, niſi ipſe prohibitioni conſenſerit.

Ratio decidendi. Qui ordinis decreto actor datus eſt contrario decreto prohiberi & remoueri poteſt, cùm pendeat hoc ex ordinis voluntate, dum ſalua actoris exiſtimatione fiat. arg. *l. quæ omnia 25. ſup. titulo proxim.* iunct. *leg. nihil tam naturale 35. de regulis iur.* Si ergo poſt prohibitionem experiri pergat, nocere ei debet exceptio, non quidem procuratoria, cùm non agat tanquam procurator, ſed doli vel in factum, quæ ſunt ſubſidiariæ, quod agat contra voluntatem eorum quorum nomine agit. Non enim minùs mutari actor poteſt, quàm procurator, vt dicemus ad §. ſeq. Nec videtur permiſſa facultas agendi ei, cui non durat permiſſa Sicut neque videtur in rem verſum, quod non durat verſum, *l. ſi patre 10. §. verſum. de in rem. verſ.* neque obligata pecunia quæ non durat obſignata, *l. acceptam 19. C. de vſur.* neque abſens defenſus, etiamſi aliquando defenſus fuerit, ſi defenſio non duret, *l. 2. §. vlt. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Actorem igitur aliquem datum eſſe cùm dicimus, παρατατικῶς intelligere debemus, id eſt, fuſiùs & cùm extenſione, vt loquitur Vlp. in *d. §. vlt.*

3 ¶ Actor vniuerſitatis, ſi agat, compellitur etiam defendere: non autem compellitur cauere de rato [d]. Sed interdum ſi de decreto dubitetur, puto interponendam & de rato cautionem. Actor itaque iſte procuratoris partibus fungitur: & iudicati actio ei ex edicto non datur, niſi in rem ſuam datus ſit: & conſtitui ei poteſt. ¶ Ex iiſdem cauſis mutandi actoris [e] poteſtas erit, quibus etiam procuratoris. ¶ Actor etiam filiusfamilias dari poteſt [f].

Ad §. 3. Actor.

Ratio dubitandi. Edicto prætoris non alius iubetur defendere, quàm qui & actoris procurator eſt, & tanquam procurator agit, *l. ſeruum quoque 33. §. ait prætor. & ſequent. ſupr. titulo proximo.* Atqui actor vniuerſitatis non eſt procurator, cùm vniuerſitas procuratorem dare non poſſit, nec rurſus agit nomine alicuius perſonæ, ſiquidem non ſingulorum, qui ex vniuerſitate ſunt actor eſt ſed ipſius vniuerſitatis, quæ perſonam non habet, *l. 2. ſupr. hoc tit.* Ergo non eſt compellendus etiam defendere.

Ratio decidendi. Actor iſte etſi procurator non eſt, attamen procuratoris partibus fungitur, ideóque hac etiam in re, vt in cæteris omnibus, procuratoris iure cenſeri debet. Agit enim vtique alieno nomine, cùm agit nomine vniuerſitatis, non minùs quàm ſi ageret nomine ſingulorum. Nec vniuerſitas eſt quid imaginarium, ſed corpus quod oculis videtur, non quidem quale intellectu conſtituitur collectiuè ex pluribus & ſingulis, ſed diſtributiuè in omnibus illis corporibus diſtantibus ex quibus conſtat, *l. proponebatur 76. de iud. l. rerum mixtura 30. de vſucap.* Hinc eſt quod iudicati actio huic actori ex edicto non datur, niſi in rem ſuam datus ſit, & conſtitui ei poteſt, quia & in procuratore idem obtinet, *l. ſi procurator 28. l. Plautius 61. ſupr. titul. 1. l. eum quis. 5. §. Iulianus de pecun. conſt.*

d *Non autem compellitur cauere de rato.* Ratio dubitandi. Actor iſte etſi procurator non eſt, partibus tamen procuratoris fungitur, vt proximè diximus. Atqui procurator actoris cogitur cauere & ſatiſdare de rato, *d. l. ſeru. 33. §. ait prætor. l. Pomponius 40. §. ratihabitionis, & paſſim ſupra titul. prox.* Ergo & actor hìc cogendus eſt cauere de rato.

Ratio decidendi. Priuat procurator quilibet eſſe poteſt, dum ne prohibeatur edicto prætoris, *leg. mutus 43. §. 1. eod.* & poteſt priuatus quos vult, & quot vult procuratores dare, *l. ſi quis cùm 31. §. vlt. & leg. ſequent. eod.* Proinde poteſt facilè quilibet ſe dicere procuratorē, licèt non proferat mandatum, ſi modò alleget ſe habere. Nam ratihabitionis ſatiſdatio mandati vice cedit, *leg. 1. Cod. de procuratorib.* At vniuerſitatis nomine agere nemo

mo

mo poteſt, niſi cui aut lex permiſit, aut ordo ceſſante lege. *lege 3. ſupra hoc tit. ſo.* Prius ergo eſt vt quis oſtendat ſe actorem e[...], & à lege vel ab ordine conſtitutum, quàm vt agere vniuerſitatis nomine poſſit. Nec audiendus eſt ali[...], tametſi maximè paratus ſit cauere. Nam quemadmodum qui ageret tanquam priuati procurator contra ipſius voluntatem non eſſet audiendus, ne quidem oblata cautione, *dict. leg. Pomponius. §. 2. item.* ita nec qui agit nomine vniuerſitatis, ſine permiſſione, quam ei vel lex vel ordo dederit. Namque in genere permiſſorum quod expreſſim permiſſum non eſt, eodem loco cenſetur ac ſi prohibitum eſſet, vt dixi ad *dict. leg. mutus 43. §. 1.* Verum igitur eſſe non poteſt quod ſequitur apud Paulum, *ſed interdum ſi de decreto dubitetur, puto interponendum & de rato cautionem.* Nam ſi is qui ſe actorem dicit, non probet liquido ſe talem eſſe, non eſt admittendus ad agendum nomine vniuerſitatis, nec ſi millies ſatiſdare paratus ſit, quamuis ad agendum priuati nomine admitteretur. Præter id quod nec decreti probatio præciſe ab huiuſmodi actore exigenda eſt, cùm fieri poſſit, vt nullo indigeat decreto, puta ſi talis ſit cui lex ipſa permittat agere nomine vniuerſitatis. Eſt enim hac in re potior & antiquior authoritas legis, quàm decreti: nec decreto quærendum eſt, niſi ceſſante lege, vt ſcriptum eſt in *d. l. 3. ſupr. eod.*

e *Ex iiſdem cauſis mutandi actoris.* Ratio dubitandi. Actor non conſtituitur niſi à lege vel ab ordine, *dict. l. 3. ſupr.* Atqui legem neque ordinem decet inconſtantia iſta, quæ tamen non poteſt non ſubeſſe aliqua cùm mutatur procurator, *l. in cauſa 27.* in illis verbis, *iuſte procurator hanc inconſtantiam recuſabit. ſup. titul prox.* Ergo non tam facilè permitti debuit mutatio actoris quàm procuratoris.

Ratio decidendi. Inconſtantia eſt ſi mutatio fiat ſine cauſa, vel ſi pro parte tantùm, vt in *d. l. in cauſa*, vbi dixi, non etiam ſi fiat ob cauſam aliquam ſuperuenientem ex iis de quibus dictum eſt, in *l. poſt litem 17. §. vlt. & legib. ſequentib. eod.* Nam quæ de nouo emergunt, nouo ſemper indigent auxilio. *l. de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iure faciend.* Ergo quamuis ante litem conteſtatam libera ſit poteſtas priuato mutandi procuratoris etiam ſine cauſa, *l. ante litem 17 ſup. tit. prox.* non tamen facilè idem eueniet in actore vniuerſitatis, maximè ſi lex illa ſit quæ actorem conſtituit, non ordo. Nunquam enim lex mutationem vllam admittit vnquam ſine cauſa.

f *Actor etiam filiusfamilias dari poteſt.* Ratio dubitandi. Actor rationem adminiſtrationis ſuæ reddere debet, & reliqua ſoluere plenamque vniuerſitati indemnitatem præſtare, vt & cæteri adminiſtratores omnes, *l. 5. §. Iulianus. alias. l. quidam. de adminiſtrat. tutor. l. a[...] 81. de condic. & demonſtrat.* Atqui filiusfamilias non habet vnde ſoluat reliqua, ſi quid fortè reliquatus fuerit cùm nulla habeat bona, *l. lex Cornelia 28 de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ergo cùm non niſi ob vtilitatem vniuerſitatis permiſſum ei ſit vt habeat actorem, non [e]ſt ei permittendum, vt filiumfamilias eligere poſſit, ne fortè ex mala ipſius adminiſtratione periclitetur, quemadmodum nec liberum eſt ciuitati vt mutuam pecuniam accipiendo per actorem obligetur, ſed ita demum ſi in eius vtilitatem pecuniæ verſæ ſint, *l. ciuitas 27. de reb. cred.* In quoque alia ratio eſſe videtur vniuerſitatis, alia priuati qui etiam filiumfamilias dare procuratorem poteſt, *l. filiusfamilias 8. ſupr. tit. 1.* nempe quia poteſt priuatus conditionem ſuam facere deteriorem, ſibique debet imputare cur talem elegerit procuratorem. At nihil poteſt imputari vniuerſitati, quæ nunquam ipſa elegit, ſed decuriones, cum tamen non de decurionum, ſed de vniuerſitatis damno & periculo agatur.

Ratio decidendi. Cum filiusfamilias actor eligitur, ſi quidem patre conſentiente, etiam pater ipſe tenetur quaſi fideiuſſor, ſi verò pater non conſenſerit, tenentur ij omnes qui elegerunt, atque ita omni caſu indemnitas vniuerſitati præſtatur. *l. 2. ad municip. l. honor. 7 §. vlt. de decurionibus l. ſi filia 20. alias l. ſi vir §. idem ſcribit. famil. erciſc. l. 1. in princ. de magiſtr. conuent.* Cæterùm fieri facilè poteſt vt filiusfamilias, qui in actorem eligitur, talis ſit probitatis, induſtriæ & diligentiæ, vt cæteris omnibus etiamſi pater conſentire ac pro eo fideiubere nolit præferendus videatur. Bonum enim actorem & idoneum, ſicut tutorem vel procuratorem, mores faciunt, non facultates.

7. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SIcut municipum nomine actionem prætor dedit, ita & aduerſus eos iuſtiſſimè edicendum putauit. Sed & legato, qui in negotium publicum ſumptum fecit, puto dandam actionem in municipes.

Ad l. Sicut 7.

Ratio dubitandi. Quod vniuerſitati cuilibet permiſſum eſt, vt actorem habere poſſit, qui procuratoris partibus fungatur, non niſi fauore vniuerſitatis conſtitutum eſt vt habeat illa per quem tanquam in republica omnia negotia adminiſtrentur, quæ alioqui perire neceſſe eſſet, *leg. 1. §. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo non debet in perniciem & incommodum vniuerſitatis hoc retorqueri, *leg. nulla 25. ſup. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* Atqui retorquetur, cùm prætor tam facile dat actionem in municipes, aut in actionem nomine municipum, quàm municipibus aut actori ipſi in alios. Ergo non ſicut municipum nomine actionem prætor actori dedit, ita & aduerſus actorem municipum nomine actionem polliceri edicto ſuo debuit.

Ratio decidendi. Non tantùm publicè intereſt, ſed ipſius etiam vniuerſitatis, vt conueniri poſſit, *l. pen. infr. eod.* ſicut & obligari. Ne alioqui nemo reperiatur qui cum eius actore velit contrahere, atque ita quodammodo omni commercio vniuerſitatibus interdicatur. Pertinet ergo hoc ad fauorem non ad odium vniuerſitatis, *l. quod ſi minor 24. §. non ſemper. infr. de minor. l. ratas 7. C. de reſcind. vend. l. Diuus 24. de teſt. milit.*

g *Sed & legato.* Ratio dubitandi. Legatus vel gratuitam legationem ſuſcepit, vel non gratuitam. Si gratuitam, nihil eſt quòd poſſit petere, ſi non gratuitam, accipit legatiuum quod ei ſufficere debet, *l. 2. §. vlt. de legation. l. 2. C. eod. l. munerum 18. §. legati. de muner. & honor.*

Ratio decidendi. Siue legatiuum acceperit, ſiue non: attamen ſumptus quos in publicum negotium fecit, ei reſtitui æquum eſt. Legatiuum enim quod ei datur, qui non gratuitam legationem ſuſcepit, nihil niſi viaticum eſt, *d. §. legati.* Danda igitur eſt hoc nomine actio in municipes: vel ideò vt ad legationes obeundas alacrius inuitentur, qui plus ingenij & animi habent, quàm facultatem. Nam, vt ille dicebat, Nemo militat ſuis ſtipendiis.

1 ¶ Si quid vniuerſitati debetur, ſingulis non debetur: nec, quod debet vniuerſitas ſinguli debent.

Ad §.1. Si quid.

Ratio dubitandi. Vniuerſitas conſtat & conflatur ex ſingulis, ita vt ſi ſinguli nulli ſint, vniuerſitas tamen nulla eſſe poſſit, *l. proponebatur 76 de iudic. l. rerum mixtura de vſur.* Ergo quod vniuerſitati debetur, ſingulis omnibus debetur, & contrà.

Ratio decidendi. Conſtat quidem vniuerſitas ex ſingulis tanquam ex partibus ſuis integralibus, aut, vt loquuntur, integrantibus. Sed tanto magis ab iis diſtinguitur ratione & eſſentia. Nemo enim Titium aut Mæuium dixerit eſſe populum vel vniuerſitatem, non magis quàm manum aut brachium hominis, hominem: non dico vniuerſitatem differre à ſingulis, tanquam abſtractum à concreto vt genus vel ſpeciem ab indiuiduis. Vniuerſitas enim non eſt quid abſtractum, ſed concretum ex ſingulis tanquam corpus conflatum ex diſtantibus, collectiuè tamen non diſtributiuè, *d.l. rerum mixtura l. 1. §. vlt. & l. ſeq. de rei vind.*

2 ¶ In decurionibus, vel aliis vniuerſitatibus nihil refert, vtrùm omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati ſint. Sed ſi vniuerſitas ad vnum redit [b]: magis admittitur, poſſe eum conuenire, & conueniri: cùm ius omnium in vnum reciderit, & ſtet nomen vniuerſitatis.

Ad §. 2. In decurionibus.

Ratio dubitandi. Omnibus mutatis partibus totum quoque mutari neceſſe eſt. Nec enim totum ſine partibus ſuis eſſe poteſt; nec proinde idem totum, niſi manentibus iiſdem partibus. Alioqui dicendum erit omnibus omnino defunctis nihilominùs vniuerſitatem & populum manere: quod tamen falſum eſt, vt fatetur Vlpianus in fine huius legis.

Ratio decidendi. Cuius eadem ſpecies & forma extrinſeca manet, idem totum manet, *d.l. proponebatur 76. in fin. de iud. l. Iulianus 9. §. ſed ſi quis rem. ad exhib.* Atqui fieri poteſt vt partes integrales omnes mutentur, & tamen forma & ſpecies eadem remaneat: nimirum ſi mutatio illa fiat non ſimul & ſemel, ſed per partes ac vices. *d.l. proponebatur l. qui res 98. §. arcam de ſolut.*

b *Sed ſi vniuerſitas ad vnum redit.* Ratio dubitandi. Vniuerſitas non poteſt ab vno incipere, quia ſaltem tres eſſe oportet vt ſit collegium, *l. Neratius 85. de verbor. ſignificat.* Ergo in vno poteſt vniuerſitas conſiſtere, quia intercidit res quoties ad eum caſum & ſtatum peruenit, à quo non potuit incipere, *l. quia 16. ad l. Aquil. l. ſi à me 11. de iudiciis.* Nam & grex eſſe deſinit, quoties ita diminutus eſt, vt vnus tantùm bos ſuperſit, *l. ſi grege 22. de legat. 1.* Eſt autem gregis corpus vnum ex diſtantibus capitibus. *§. ſi grex. Inſtitut. de legat.* ſicut & populus & legio. *d.l. rerum mixtura.*

Ratio decidendi. Quandiu aliquis vel vnus ſupereſt ex vniuerſitate, tantundem iuris ſolus ille habere debet, quantum tota vniuerſitas haberet ſi non eſſet diminuta, quia ius omnium in vnum recidit. Sicut & grege legato, etiamſi grex eſſe deſinat, quia ad vnum bouem vſque diminutus ſit, ille tamen bos debetur, & vindicari poteſt. *d.l. ſi grege.* Stat enim nomen gregis & vniuerſitatis, licèt re vera & vniuerſitas & grex eſſe deſinat, quandoquidem in vno ſanè indiuiduo non poteſt ea ſpecies conſiſtere, quæ non niſi ex diſtantibus capitibus conſtet, ſi tamen ea ſpecies dicenda eſt potiùs quàm totum.

8. IAVOLENVS lib. 15. ex Caſſio.

(AN) ciuitates ſi per eos, qui res earum adminiſtrant, non defenduntur, nec quicquam eſt corporale reipublicæ, quod poſſidetur: per actiones debitorum ciuitatis, agentibus ſatisfieri oportet.

Ad l. Ciuitates 8.

Ratio dubitandi. Prætor edicto pollicetur. Si nemo municipes defendat, ſe quod eorum commune erit poſſideri, & ſi admoniti non excitentur ad ſui defenſionem, venire permiſſurum, *l. 1. §. quod ſi nemo ſup. h. t.* Atqui iura & nomina debitorum non poſſunt poſſideri, *l. 1. §. vlt. de rer. diuiſ.* Ea demum enim poſſideri poſſunt, quæ ſunt corporalia, *l. 3. in pr. de acquir. poſſ. l. 4. §. ſi viam. de vſucap.* Ergo actiones debitorum vniuerſitatis non poſſunt vendi ex edicto, etiamſi nihil corporale ſit reipublicæ quod poſſideatur.

Ratio decidendi. Prætor dat actionem vniuerſitati & in vniuerſitatem ad exemplum priuatorum, *d. leg. 1. §. quod ſi nemo & §. vlt. & l. prox. præc. h. tit.* Atqui in priuatorum perſonis ita obſeruatur, vt ſi nihil ſit corporale quod poſſideri & diſtrahi queat, veniendum ſit ad iura & actiones, vt non tam pignori, quàm pignoris loco capiatur, *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione de re iudic. l. 2. 3. & 4. C. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui debitores conuen. poſ.* Aliud enim nihil ſupereſt ex quo ſatisfieri actori poſſit. Idem ergo & circa debitores vniuerſitatis fieri oportet. Nam & quod vniuerſitati debetur, vniuerſitatis eſt, *l. cedere diem 213. §. 1. de verb. ſignif.*

9. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI tibi cum municipibus hæreditas communis erit: familiæ herciſcundæ iudicium inter vos redditur. Idémque dicendum eſt in finium regundorum, & aquæ pluuiæ arcendæ iudicio.

Ad l. Si tibi 9.

Ratio dubitandi. Iudicia iſta non poſſunt expediri quin mutuæ adiudicationes fiant, ideóque in his iudiciis vterque litigatorum & actor & reus eſt, *l. item Labeo 22. §. 1. & 2. fam. herciſc. l. 10. fin. regund.* Atqui res vniuerſitatis non poſſunt alienari ſine decreto, nec niſi per actorem qui in eam rem fuerit nominatim datus, *l. 1. §. 1. l. item 6. §. 1. l. item 6. §. 1. h. tit.* Ergo etiamſi tibi cum municipibus hæreditas communis erit, non ideò tamen iudicium familiæ herciſcundæ inter te & municipes accipi poterit, cùm municipes ne quidem poſſidere ſummo iure quicquam poſſint, *leg. 1. §. vltim. de acquir. poſſeſſ.*

Ratio decidendi. Iudicium familiæ herciſcundæ, vt & aliud quodlibet dari poteſt & municipibus, & contra municipes, *l. ſicut 7. ſupr. hoc tit.* ſed dato ab iis actore, vel ad agendum tantum ſi agere velint municipes iudicio ſimplici, vel ad defendendum ſi conueniantur, vel ad vtrumque ſi iudicium ſit duplex. Ne alioqui deterioris conditionis ſit vniuerſitas, quàm priuatus, poſtquàm placuit etiam municipibus hæreditatem relinqui vel directò vel per fideicommiſſum poſſe, *l. cum alicui 26. infr. prox. l. ciuitas. 122. de l. 1. l. omnib. 26. & ſeq. ad SC. Trebell.* Eſſet enim difficilior communio hæreditatis inter priuatum

tum & vniuerſitatem quàm diuiſio. Præter id quod nemo inuitus cogitur manere in communione, ſiue vltro eam contraxerit, ſiue ignorans in eam inciderit, *leg. vlt. ... comm. diuid.* propter diſcordias quas materia communionis excitare ſolet, *leg. cum pater 77. §. dulciſſimis. de leg. 2.*

10. PAVLVS lib. 1. Manualium.

CONſtitui poteſt actor etiam ad operis noui nunciationem, & ad ſtipulationes interponendas, veluti legatorum, damni infecti, iudicatum ſolui: quamuis ſeruo potius ciuitatis caueri debeat [y], ſed & ſi actori cautum fuerit, vtilis actio adminiſtratori rerum ciuitatis dabitur [z].

Ad l. Conſtitui 10.

Ratio dubitandi. Prætoris edictum non fuit locutum niſi de actione vel municipibus vel in municipes danda, *d. l. ſicut, in princip.* Atqui nec is qui nouum opus nunciat, nec qui ſtipulatur legatorum nomine, vel de damno infecto vel iudicatum ſolui, agit. Ergo edictum prætoris ad hunc caſum non pertinet.

Ratio decidendi. Habent iſta inſtar actionis, præſertim verò ſtipulationes, de quibus diximus, adeò vt actionis quoque appellatione contineantur, *l. actionis 37. de oblig. & act. l. ſed & hæ 35. §. non ſolum, l. Pomponius 40. §. 1. ſuprà tit. prox.* quia ex edicto prætoris perinde cogitur aduerſarius eas interponere, atque ſi in eam rem aliqua actio competeret. Noui autem operis nunciatio licèt neque actio ſit, neque actionis præparatoria, tamen actionis loco eſſe ideò poteſt, quia poſt operis noui nunciationem litigatores committunt ſe prætoriæ iuriſdictioni, *l. 1. §. & poſt operis de oper. noui nunciat.* Adde aliam rationem dubitandi & decidendi ex iis quæ dicam, ad *verſ. vlt. huius legis.*

y *Quamuis ſeruo potius ciuitatis caueri debeat.* Ratio dubitandi. Actoris perſona dignior eſt, quia libera, quàm ſerui. Ergo ſi vniuerſitas & actorem & ſeruum habeat, cauendum eſt potiùs actori quàm ſeruo.

Ratio decidendi. Per ſtipulationem ſerui acquiritur directa actio municipibus, per actorem verò non niſi vtilis, vt ſequitur in hac lege. Qua etiam ratione placet in priuatorum negotiis ſi procurator agat, & abſentis ſeruus præſens ſit, ſeruo cauendum eſſe potiùs quàm procuratori, *l. inutiis 43. §. ſi procurator. vbi ſupr. tit. prox.*

z *Sed etſi actori cautum fuerit, vtilis actio adminiſtratori rerum ciuitatis dabitur.* Ratio dubit. Per liberam perſonam nulla acquiri poteſt actio, ne quidem per procuratorem, *l. 1. C. per quas perſ. l. 2. C. ſi cert. pet. l. ſiſta ſtipulatus 126. §. Chryſog. de verb. obl.* Ergo multò minùs per actorem, præſertim verò adminiſtratori ciuitatis, cùm nõ ſit actor adminiſtrationis, ſed ciuitatis & vniuerſitatis.

Ratio decidendi. Actor procuratoris loco eſt, *l. 6. §. vlt. ſup.* & ideò poteſt acquirere vtilem actionem iis caſibus quibus procurator acquireret. Et quidem vniuerſitati non adminiſtratori, ſed quam tamen adminiſtrator ipſe ciuitatis exercere poteſt & debet. Dicam *ad tit. De adm. rer. ad ciuit. pertin.* Neque verò per nunciationem noui operis & per iſtas ſtipulationes tam nouum ius acquiri videtur, quàm priſtinum conſeruari, *arg. l. 5. §. nunciat. & §. ſen. de oper. nou. nunciat.* Per alium verò præſertim per procuratorem & actorem, licèt nihil acquirere poſſimus, retinere tamen ius noſtrum & conſeruare poſſumus, *l. per procuratorem 72. ſupr. tit. 1.* idcóque nimirum ex ſtipulationibus prætoriis acquiritur per procuratorem vtilis actio, *l. 5. de ſtipul. prætor.* quia interponuntur non tam vt nouum ius acquiratur, quàm vt vetus conſeruetur.

DE NEGOTIIS GESTIS, TITVL. V.

VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

HOc edictum neceſſarium eſt: quoniam magna vtilitas abſentium verſatur, ne indefenſi rerum poſſeſſionem [a], aut venditionem patiantur [b], vel pignoris diſtractionem [c], vel pœnæ committendæ actionem [d], vel iniuriâ rem ſuam amittant.

Ad Tit. V. De negot. geſt.

Ad l. Hoc edictum.

Ratio dubitandi. Imputari poteſt ei qui abeſt cur abfuturus non conſtituerit & reliquerit procuratorem aliquem in ciuitate qui negotia ſua interim gereret & curaret. Ergo non eſt ei ſubueniendum aut fauendum, *arg. l. Papinianus 20. de minor. l. ſed etſi 26. §. 1. ex quib. cauſ. maior.* Nec proinde vtilitatis abſentium gratia debuit proponi hoc edictum *De negot. geſt.*

Ratio decidendi. Plerumque homines eo animo peregrè proficiſcuntur quaſi ſtatim redituri, nec ob id vlli curam negotiorum ſuorum mandant, deinde nouis cauſis interuenientibus ex neceſſitate diutiùs abſunt, quorum negotia interim deperire iniquum erat, quæ ſanè deperirent ſi actio negotiorum geſtorum vtrinque propoſita non fuiſſet à prætore, *l. ſi quis abſentis 5. de oblig. & action.*

a *Rerum poſſeſſionem.* Ex edicto *Quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

b *Vel venditionem patiantur.* Ex tit. *de reb. auct. iudic. poſſid. ſeu venund.*

c *Vel diſtractionem pignorum.* Ex tit. *De diſtract. pign. D. & C.*

d *Vel pœnæ committendæ actionem.* Pœna enim deducta in ſtipulationem omnimodo committitur exiſtente conditione ſtipulationis etiamſi nihil poſſit imputari promiſſori, adeoque etiamſi nemo fuerit eo tempore qui ſoluere aut cui ſolui potuerit, *l. ad diem 77. de verb. obl. l. vlt. de leg. commiſſ.* Pœna enim adiecta, nihil aliud quærendum eſt niſi quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. obl.*

e *Vel iniuria rem ſuam amittant.* Eſt enim fauorabilis conſeruatio iuris quæſiti, ita vt per eos quoque per quos actionem acquirere non poſſumus, conſeruare tamen & retinere poſſimus, *l. per procuratorem 72. ſup. de procurat.*

2. Gaivs lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

SI quis abſentis negotia geſſerit, licèt ignorantis [f]: tamen quidquid vtiliter in rem eius impenderit, vel etiam ipſe ſe in rem abſentis alicui obligauerit [g], habeat eo nomine actionem. Itaque eo caſu vltro citróque naſcitur actio [h], quæ appellatur negotiorum geſtorum. Et ſanè ſicut æquum eſt, ipſum actus ſui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quidquid vel non, vt oportuit, geſſit [i], vel ex his negotiis retinet [k]: ita ex diuerſo iuſtum eſt [l], ſi vtiliter geſſit [m], præſtari ei, quidquid eo nomine vel abeſt ei, vel abfuturum eſt [n].

Ad l. Si quis abſentis 2.

f *Licèt ignorantis.* Ratio dubitandi. Non poteſt ignorantis nihil delinquentis conditio deterior fieri per alium, *l. 2. infr. quod vi aut clam.* Ne quidem per procuratorem, *l. ignorantis 49. ſupr. de procurat.* Atqui fit deterior conditio eius qui obligatur, cùm obligatio omnis ſit iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, *Inſtit. tit. de obligat.* Non ergo induci potuit, vt ex negotiorum geſtione ab alio facta dominus negotiorum abſens & ignorans obligaretur.

Ratio decidendi. Nemo ignorans obligatur hac negotiorum geſtorum actione, niſi eo demum caſu, quo negotium eius vtiliter geſtum ſit. Quod cùm euenit æquum eſt illum obligari etiam ignorantem ſiquidem ea obligatio, & quæ inde naſcitur actio non facit eum pauperiorem qui nec aliam ob cauſam tenetur quàm ne ex aliena iactura locupletetur, quod eſſet contra naturam, *l. nam hoc natura 14. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Sed etſi ignorans dominus obligetur, non tamen inuitus obligatur. Quis enim eſt qui negotia ſua per abſentiam ſuam perire malit, quàm obligari ei qui vtiliter ipſa ſit geſturus? Itaque credendus eſt potius quilibet prudens paterfamilias mandaturus vtilem illam negotiorum geſtionem ſi ſciret & mandare poſſet, quàm prohibiturus. Vnde etiam eſt quod hæc negotiorum geſtorum obligatio & actio dicitur naſci ex quaſi contractu, *d. l. 5. de oblig. & act. §. 1. inſt. de oblig. quæ ex quaſ. contr.* non tantùm ex ipſa re & geſtione quanquam hæc quoque poſterior ratio ſufficit in eo qui non magis ex quaſi contractu quàm ex contractu poteſt obligari, cuiuſmodi eſt pupillus, & furioſus, *l. furioſus 46. de oblig. & action. l. 3. §. pupillus & ſeq. infr. hoc tit.*

g *Ipſe ſe in rem abſentis alicui obligauerit.* Ratio dubitandi. Ei qui ſe tantùm obligauit, nec quicquam præſtitit, nihil adhuc abeſt. Ergo interim danda ei actio non eſt. Actio enim ius eſt perſequendi in iudicio quod actori debetur, non quod actor ipſe debeat, *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Debitori obligato abeſſe intelligitur pecunia quam debet, cùm poſſit ab eo exigi, quandocunque volente creditore & quemadmodum locupletior fit qui liberatur à debitore, *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* ita & pauperior qui obligatur, cùm per obligationẽ perueniatur tãdem ad bonorum alienationem, *l. 3. §. pign. l. 5. §. ſi pupillus, de reb. eor. qui ſub tut.* Qua de cauſa fideiuſſor plerúnque habet actionem mandati etiam priùs quàm ſoluerit, *l. Lucius 38. §. 1. infr. mand. l. ſi pro ead. 10. C. eod.* Nihil ergo intereſt an negotiorum geſtor vtiliter quid impenderit, an ſe tantùm obligauerit. Niſi quòd is qui impendit agit vt ſibi pecunia reſtituatur, qui verò ſe obligauit vt liberetur. At vterque vt plenam indemnitatem conſequatur. Datur enim hæc actio non ad id tantùm quod abeſt, ſed ad id etiam quod abfuturum eſt, vt Caius ait in fine huius legis.

h *Vltro citróque naſcitur actio.* Non tamen æquè principaliter. Vna enim eſt directa quæ domino competit aduerſus negotiorum geſtorem, altera contraria quæ negotiorum geſtori contra dominum. Vtraque idem habet nomen, *negotiorum geſtorum*, ſicut euenit quoties vna tantùm directa eſt, & altera contraria. Eſt autem hoc nomen vtrique accommodatiſſimum, quia vtraque naſcitur ex vtili negotiorum geſtione.

i *Quicquid vel non vt oportuit geſſit.* Ratio dubitandi. Etiamſi quid minus diligenter geſtum ſit ab amico, non tamen poteſt Dominus conqueri cui ſemper vtilius eſt ipſius negotia geri ab aliquo quantumuis negligente, quàm à nemine, & geri quoquomodo & qualiter, quàm nullomodo arg. *l. exigendi 12. verſ. ſed multo iſtius, C. de procur. l. tutori 20. C. hoc tit.* Ergo non debet teneri negotiorum geſtor etiamſi non vt oportuit geſſerit, qui potuit nihil etiam omnino gerere ſi maluiſſet.

Ratio decidendi. Culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti, *l. culpa eſt 36. de reg. iur.* & aliena inuadere negotia, vt loquitur Vlpianus in *l. de oblig. & action.* niſi fiat hoc ab eo qui & propoſitum, & induſtriam habeat bene gerendi. Debétque ſibi imputare is qui nullius induſtriæ ſibi conſcius, propriiſque fortaſſe negotiis adminiſtrandis impar, aliena vltrò attingere voluerit, quæ ſi ipſe non attigiſſet, alius vt credibile eſt diligentior amicus ad eorum adminiſtrationem acceſſiſſet, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. de eo qui pro tutor.* Indéque petenda eſt ratio dubitandi ad *l. aduerſus 8. C. hoc tit.* vbi putabat miles permittendum ſibi agere criminaliter aduerſus eum qui negotia ſua inuaſerat, quaſi non tantùm culpa, ſeu etiam etiam delictum illud eſſet.

k *Vel ex his negotiis retinet.* Quaſi venerit ad prædam cùm ad abſentis negotia tractanda venit. Ad hos pertinet Ouidianum illud à nobis iam ſupra allatum.

Tuta frequénſque via eſt per amici fallere nomen
Tuta frequénſque licet ſit via, crimen habet.

l *Ita ex diuerſo iuſtum eſt.* Ratio dubitandi. Culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti & aliena inuadere negotia vt proximè diximus. Atqui nemo ex culpa ſua debet habere actionem, *leg. itaque 12. §. 1. de furt.* Ergo æquum non eſt vt qui abſentis & ignorantis negotia vltro geſſit quamuis vtiliter geſſerit habere debeat eo nomine actionem, Potiúſque dicendum eſſet nullum videri damnum ſentire geſtorem qui non niſi ex culpa ſua ſentiat *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Nemo poteſt alteri culpam obiicere ex eo facto ex quo ille ipſe qui culpam obiicit lucrum ſentiat, *l. ſi extran. 33. l. cum in fundo 78. § quòd ſi mulier de iur. dot.* Nec quicquam iniquius eſt quàm vt ex aliena iactura quis locupletetur, *l. nam hoc natura 14. de cond. indebit. leg. iure naturæ 206. de regul. iur.* Denique euentus aut etiam propoſitum bonúmque initium negotij vtiliter geſti, oſtendit nullam culpam in geſtore interueniſſe.

m *Si vtiliter geſſit.* Ratio dubitandi. Negotiorum geſtorum actio datur geſtori etiamſi negotium quod geſſit effectum non habuerit, nec bonum euentum. *l. ſed an vltro 10. §. 1. hoc tit.* vt euenit etiam in eo qui mandatum habuit alicuius rei gerendæ, quàm ad finem perducere non potuit, *l. qui mutuam 36. §. vlt. infr. mand. l. ſeruus 17. de in rem verſ.* Ergo non eſt neceſſe vt negotium vtiliter geſſerit.

Ratio decidendi. Imò neceſſe eſt vt vtiliter geſſerit, ſed tum quoque vtiliter geſſiſſe dicendus eſt cùm bonum euentum res non habuit, ſi modo negotium vtiliter cœptum ſit & ita vti à diligente patrefamilias incipi & geri debuiſſet, *d. l. ſed an vltro §. 1. & l. ſi ſeru. 10. C. eo.*

n *Vel abeſt ei vel abfuturum eſt.* Ratio dubit. Hæc actio datur etiam ad vſuras ſumptuum in alienam rem factorum, *l. atquin 19. §. pen. inf. hoc tit. l. ob negotium 18. C. eod. l.*

&

& in contraria 37. de vſur. Arqui vſuræ nec abſunt nec abſuturæ ſunt, cùm non natura, ſed iure percipiantur, *l. ſi nauis 62. de rei vindic.* id eſt, non tam ex ipſa pecunia quæ ſui natura ſterilis eſt quàm ex negotiatione, arg. *l. venditor. 21. de hæred. vel act. vend.* Ergo datur hæc actio etiam ad id quod neque abeſt neque abfuturum eſt.

Ratio decidendi. Vſuræ quoque abeſſe intelliguntur, non tantùm quas negotiorum geſtor alij preſtitit à quo pecuniam ſub vſuris mutari coactus fuerit, ſed & quas potuit colligere ex pecunia quam habuit domi, *d. l. & in contraria*, quia de negotiorum geſtore, vt de quolibet patrefamilias diligente credendum ſit, quod non fuerat diutius pecuniam ſuam ocioſam habiturus, ſed hoc ita ſi plus commodi incommodi quàm attulerit domino hæc ſolutio vſurarum, *d. leg. & in contraria in fin.* Hoc enim exigit bona fides, cuius præcipua ratio habenda eſt in huiuſmodi actione quæ bonæ fidei eſt, *d. l. ob negotium, l. in bonæ fidei 13. C. de vſur.*

3. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

AIt prætor: *ſi quis negotia alterius, ſiue quis negotia, quæ cuiuſque, cùm is moritur, fuerint, geſſerit: iudicium eo nomine dabo.*

Ad l. Ait Prætor 3.

Verba ſunt edicti prætoris ex quibus apparet actionem hanc non ciuilem eſſe, ſed ad prætoriam. Interpretatio ſequitur apud Vlpianum.

1 ¶ Hæc verba *ſi quis*, ſic ſunt accipienda, *ſiue ſiua*, nam & mulieres negotiorum geſtorum agere poſſe, & conueniri, non dubitatur.

Ad §. 1. Hæc verba.

Ratio dubitandi. Aliena negotia per mulieres non aliter agi poſſunt quàm in rem ſuam & ad proprium lucrum, *l. qui abſente 4. C. de procurat.* Ergo edictum prætoris. De negotiis geſtis quod de maſculis duntaxat locutum fuit ad fœminas extendi non debet.

Ratio dubitandi. Alienam quidem defenſionem ſuſcipere aut alienas lites tractare virile officium eſt, *d. l. 4. & l. alienam 18. C. eod.* ſed in cæteris in quibus neque ſexus verecundia neque publica honeſtas violatur non prohibentur fœminæ aliena gerere negotia, præſertim abſentium parentum aut aliorum coniunctorum, *l. fœminas 41. ſup. de procurat.* Deinde negotiorum geſtorum actione & conueniunt & conueniuntur, non illi tantùm qui aliena gerunt negotia, ſed illi potiſſimum, quorum geruntur. Iis enim directa competit non geſtoribus. Atque fœminarum negotia ſunt non minùs quàm maſculorum, tantúque digniora quæ per alios tractentur, quantò imbecillior is ſexus eſt ad res bene gerendas. Non minùs ergo ad fœminas quàm ad maſculos edictum hoc pertinet. Quanquam poſterior hæc ratio non ad verba iſta *ſi quis*, aptanda eſt, ſed ad dictionem alterius quæ ſequitur in edicto & de qua in §. 3. *infra.* Nec quod prætor verbis edicti maſculinum ſexum demonſtrauit reprehenſionem meretur, quia verbum hoc *ſi quis* tam fœminas quàm maſculos complectitur, *l. 1. l. pronunciatio 195. in pr. de ver. ſig.* & ſemper ſexus maſculinus continet fœmininum eminenter, ſi rei, de qua agitur, natura hoc patiatur, quamuis non contra, *l. qui duos 62. l. legatis 65. §. pen. l. ſeruus 81. de leg. 2. iunct. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. in pr. de l. 2.*

2 ¶ *Negotia* ſic accipe: ſiue vnum, ſiue plura.

Ad §. 2. Negotia.

Ratio dubitandi. Pluralis locutio duorum ſaltem numerum exigit, *leg. vbi numerus 12. de teſtibus.* Ergo dictio *negotia*, quæ pluralis numeri eſt, in vno negotio verificari non poteſt.

Ratio decidendi. Vſus eſt prætor numero plurali, vt vno verbo caſus omnes comprehenderet. Nam in plurali numero [illegible] in ſingularis continetur, & ſiue vnum negotium ſit quod geſtum eſt, ſiue plura, eadem ſemper ratio ſubeſt concedendæ geſtori & in geſtorem huius actionis.

3 ¶ *Alterius*, inquit, & hoc ad vtrumque ſexum refertur.

Ad §. 3. Alterius.

Ratio dubit. Non tam facile eſt vt fœmina quàm vt maſculus obligetur ſaltem vtiliter & cum effectu, vt apparet ex SC. Velleiano, & ex lege Iulia de fundo dotali, *tot. tit. ad SC. Velleia. l. vn. §. & cùm lex Iulia. C. de rei vxo. act.* Ergo non tam facilè permittendum fuit vt fœmina quàm vt maſculus hac negotiorum geſtorum actione teneretur.

Rat. dec. Nulla inter maſculos & fœminas differentia eſt, cum agitur de fœminis non niſi ob earum vtilitatem obligandis, quod euenit in actione negotiorum geſtorum, quæ ſi illis ipſis maſculis contra quos datur vtilis eſſe creditur, vt ait *l. 1. & 2. ſupr. h. tit.* longè vtilior eſt fœminis, quarum negotia tantò iuſtius eſt, etiam iis ignorantibus, ab alio geri, quantò minùs poſſunt illæ per ſe rebus ſuis ſupereſſe, aut in bono procuratore eligendo induſtriam illam & prudentiam adhibere, quam maſculi adhibere ſolent vt dixi ad §. 1. *ſupr.*

4 ¶ Pupillus ſanè, ſi negotia geſſerit, poſt reſcriptum D. Pij etiam conueniri poteſt in id, quod factus eſt locupletior: agendo autem compenſationem eius, quod geſſit, patitur [a].

Ad §. 4. Pupillus.

Ratio dubitandi. Pupillus non obligatur, etiamſi expreſſim contrahat, ſi modò ſine tutoris auctoritate, *leg. obligari 9. de auctor. tutor.* Ergo multò minus poteſt obligari ex quaſi contractu, ſi aliena negotia gerat ſine tutoris auctoritate.

Ratio decidendi. Non tenetur pupillus actione iſta ob id ſolùm quod aliena negotia geſſerit, quomodo cæteri tenentur, ſed ob id maximè quod ex eiuſmodi geſtione locupletior factus ſit, nec niſi quatenus locupletior factus eſt. Idque poſt reſcriptum D. Pij quo primùm fuit inductum vt pupillus ex iis etiam quæ ſine tutore fecit, & obligari & conueniri poſſit, in quantum factus eſt locupletior, cum antea nullo caſu poſſet conueniri, niſi ex iis quæ vel ipſe tutore auctore geſſiſſet, vel tutor eius nomine, præterquàm ſi hæreditarius contractus proponeretur. Et ratio reſcripti eadem eſt, quia nec pupillum æquum ſit locupletari cùm aliena iactura, *d. l. nam hoc natura 14. iunct. §. vlt. l. pr. de cond. inde. l. Neſennius 34. inf. h. t.* Scio Cuiacium malle hìc legere *pupilli* quam *pupillus*, addita etiam dictione

quu, ſed non neceſſariò, vt mihi videtur. Vtrumque enim perinde verum eſt, & pupillum conueniri poſſe actione negotiorum geſtorum quatenus locupletior factus eſt, ſi aliena negotia geſſerit. Et conueniri eundem poſſe, ſi ipſius negotia quis geſſerit. Nec hoc rurſum, niſi quatenus locupletior factus probabitur, *l. ſi pupilli 6. l. litis 39. in f. eod.* Nam & ad pupillorum vtilitatem hoc pertinet, vt huiuſmodi actione puberum exemplo teneantur, ne ipſorum negotia deſerantur, *l. 2. C. eod.*

a *Agenda autem compenſationem eius, quod geſſit, patitur.* Ratio dubitandi. Compenſatio non fit, niſi de liquido ad liquidum, *l. vlt. C. de compenſ.* Atqui pecunia quæ debetur actione negotiorum geſtorum vix liquida eſſe poteſt. Pendet enim ex varia quæſtione facti. An negotia geſta ſint & quomodo, & quid quantúmque ex hac cauſa debeatur. Nam cùm detur ad id quod intereſt, id eſt, quod actori abeſt abfuturúmque eſt, *l. 2. in fin. ſup. h. tit.* iunct. *l. ſi commiſſa 13. rat. rem haber.* certum eſt quatenus cuiuſque intereſt in facto non in iure conſiſtere, *l. quatenus 24. de reg. iur.* vnde eſt quod incerti actio in libris noſtris paſſim dicitur ea quæ competit ad id quod intereſt actoris, *l. 7. §. 1. in fin. ſupr. de pact. l. legem 9. l. cùm res 12. C. de donat.* Ergo huius actionis compenſatio fieri non poteſt cum alia actione per quam certum & liquidum petatur.

Ratio decidendi. Compenſatio fiebat Vlpiani temporibus, cuius hæc lex eſt, cuiuſcunque debiti ad quodcunque debitum, ſiue liquidum eſſet, ſiue non, adeóque etiamſi naturà tantum deberetur, *l. etiam 6. de compenſat.* manſitque ius hoc vſque ad tempora Iuſtin. in *dict. leg. vlt.* quæ lex primum fecit vt non liquidi ad liquidum obiici poſſit compenſatio, at non etiam vt non liquidi ad non liquidum. Si enim ex vtraque parte liquidandum ſit quid & quantum debeatur, nihil vetat obiici etiam hodie compenſationem, vt & olim *l. ſi autem 8. §. ſi quocunque. ſupr. h. tit.* Et è contrario ſi poſt diſcuſſam cauſam negotiorum geſtorum conſtet quantum debeat is vel qui aliena geſſit, vel cuius negotia geſta ſunt, etiam hodie compenſari poterit quod debitum eſſe conſtabit, cùm non modò naturaliter debeatur, ſed etiam iure prætorio, & ciuiliter, quatenus ius prætorium portio quædam iuris ciuilis exiſtimatur. Cum enim ob hoc ſint comparatæ compenſationes, quòd intereſt noſtra non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. de compenſationibus. lege ſi ſtipulatus 15. de fideiuſſoria.* quidni poterit compenſari quod etiam actione negotiorum geſtorum peti poteſt? Siquidem longè facilius eſt vt retentionem quis habeat & exceptionem, qualis compenſatio eſt, quàm actionem, *l. 1. §. is autem de ſuperfic. l. vniuerſus 156. §. 1. de regul. iuris.* Ex hac vero adiectione magis moueor, vt ſupradictam Cuiacij emendationem probare non poſſim. Quænam enim dubitandi cauſa afferri poſſet cur is qui pupilli negotia geſſiſſet, poſtmodum agendo contra pupillum cogeretur pati compenſationem eius quantitatis quam pupillus etiam actione negotiorum geſtorum exigere ab eo poſſet? At ne contra pupillum tam facilè compenſatio danda eſſet, illud ſuadere videbatur quod reſcriptum diui Pij non fuerat locutum niſi de actione danda contra pupillum locupletiorem factum. Cuius reſcripti tanquam noui & correctorij poteſtas non eouſque protrahenda videbatur, vt etiam actionis pupillo competentis vim & effectum remutari quis poſſet ob id quod inſcio tutore pupillus geſſiſſet.

5 ¶ Et ſi furioſi negotia geſſerim, competit mihi aduerſus eum negotiorum geſtorum actio. Curatori autem furioſi [a], vel furioſæ aduerſus eum, eámve dandam actionem Labeo ait.

Ad §. 5. Etſi furioſi.

Ratio dubitandi. Furioſus neque ex contractu obligari poteſt, neque ex quaſi contractu, cùm neque conſentire poſſit, neque quaſi conſentire qui nec ſentire intelligitur, *l. ſi tibi 8. §. ſi vnius, de opt. legat.* Nam ſicut contractus ſine conſenſu nullus eſſe poteſt *l. 1. §. 1. ſupr. de pact. l. quæcunque gerimus 11. de obl. & act.* ita neque quaſi contractus ſine aliquo quaſi conſenſu, *tot. tit. Inſtit. de oblig. quæ ex quaſ. contr. naſc.* Adeò autem verum eſt furioſum nullo modo poſſe obligari, vt neque ex iis teneatur quæ geſſit curatore auctore in quo peioris conditionis eſt quàm pupillus qui omnia ferè negotia gerere poteſt tutore auctore, *l. in negotiis 5. de reg. iur.* Multo minùs igitur fieri poteſt, vt ſi quis furioſi negotia geſſerit furioſus eo nomine obligetur. Nam cæteri quidem obligantur geſtori ex quaſi contractu, non quia mandaſſe videantur, ſed quia credantur fuiſſe mandaturi, potius quàm paſſuri negotia ſua deſeri ſi mandare potuiſſent. At furioſus nullomodo mandare potuiſſet ne quidem ex auctoritate curatoris, quia nec fieri poterat vt ſciret aut vt ratum haberet: Proinde non eſt habendus abſentis loco, *l. 2. §. 1. ſupr. de procur.*

Ratio decidendi. Furioſus non tenetur actione negotiorum geſtorum ob ea quæ ipſe geſſerit, ſed ob id tantùm quod ipſius negotia ab alio geſta ſint. Quam in rem nullo ipſius facto aut conſenſu vel quaſi conſenſu opus eſt, ſed tantùm facto eius qui geſſit quia ex geſtione & re ipſa actio hæc proficiſcetur, & ex æquitate illa quæ non patitur furioſum vt nec alium quemlibet ex alterius iactura locupletari, *l. fur. 46. de obl. & act.* Furioſum enim quantumuis pro ignorante habeatur, obligari tamen nouum non eſt ex quibus etiam ignorans obligaretur, ſicut & ei obligatio acquiritur ex eiſdem cauſis ex quibus ignoranti quoque acquireretur, *l. ſi à furioſo 24. eod. l. ſi à furioſo 12. de rebus credit.*

a *Curatori autem furioſi.* Ratio dubitandi. Neque obligari neque conueniri furioſus poteſt ne quidem cum curatoris ſui auctoritate, ſed tantùm curator eius vt proximè dictum eſt, ex *l. 5. de reg. iur.* Atqui abſurdum eſt & impoſſibile eundem curatorem furioſi & agere & conuenire ex eadem cauſa. Ergo curatori furioſi in furioſum ipſum actio dari nullomodo poteſt.

Ratio decidendi. Obligatio furioſi erga curatorem & actio contraria quæ curatori competit aduerſus furioſum naſcitur ex ſola adminiſtratione. Adeò vt ex hac cauſa etiam pupillus tutori ſuo, ſine vllius auctoritate ciuiliter obligetur, *l. 1. in princ. & § ſed etſi. de contr. tut. & vtil. act.* Itaque hoc caſu furioſus ipſe obligatur, non curator nomine furioſi: Et quamuis furioſus actionem excipere non poſſit, alius tamen curator in hanc rem furioſo dari poteſt qui excipiat, aut finito furore furioſus excipere poterit, aut denique mortuo furioſo hæres ipſius. Prouocandi enim fuerunt curatores furioſi ſicut & tutores pupilli & cæteri curatores omnes huiuſmodi iudicio contrario vt promptius de ſuo id impenderent, quod ſe aliquando recepturos ſcirent, *d. l.* 1. Nec quod curatores furioſi ex neceſſitate negotia ipſius gerant, actionem hanc iis auferre poteſt, *l. 3. §. pen. infr. hoc tit.*

6 ¶ Hæc verba, *ſiue quis negotia, quæ cuiuſque, cùm is moritur, fuerint, geſſerit*, ſignificant illud tempus, quo quis poſt mortem alicuius [b] negotia geſſit, de quo fuit neceſſarium edicere [c]: quoniam neque teſtatoris iam defuncti, neque hæredis, qui nondum adiit, negotium geſſiſſe videtur. Sed ſi quid acceſſit poſt mortem [d], vt putà partus, & fœtus, & fructus, vel ſi quid ſerui acquiſierint: & ſi (ex) his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi.

Ad

Ad §.6. Hæc verba.

b *Poſt mortem alicuius.* Ratio dubitandi. Hæc verba edicti *cum moritur* ſignificant inſtans mortis. Illud namque inſtans mortis eſt quo quis moritur. Atqui inſtans illud vitæ non morti adſcribitur, *leg. vlt. de condit. inſtit. l. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam.* Nec enim mortuus quiſquam moritur, ſed viuus. Ergo hæc verba non ſignificant tempus quod ſequitur mortem.

Ratio decidendi. Non referuntur hæc verba edicti ad geſtorem, ſed ad dominum negotiorum. Sic enim edictum habet *quæ cuiuſque cum moritur fuerint.* Pertinet enim hæc pars edicti ad negotia quæ fuerunt quidem defuncti eo tempore quo moriebatur, ſed quæ geſta ſunt poſt ipſius mortem.

c *De quo neceſſarium fuerit edicere.* Ratio dubitandi. Videtur hæc pars edicti ſuperuacua, quia quandiu hæreditas adita non eſt ea defuncti perſonam repræſentat, *l. non minus 31. §. 1. de hæred. inſt. l. in eod. 33. §. vlt. & l. ſeq. de acq. rer. dom. l. hæres 22. de vſuc.* ac proinde poteſt interim obligari hæreditas, ſicut & defunctus ipſe poſſet ſi viueret. Poſteà verò quam hæreditas adita eſt, hæres quandocunque adierit iam inde ex die mortis teſtatoris adiiſſe retrofingitur, *l. hæres quandocunque 49. de acqu. hær. l. omnia 131. de reg. iur.* & conſequenter hæredis negotia geſſiſſe videtur qui geſſit hæreditaria, *l. ſi ex re 18. §. vltim. de ſtip. ſeru.* Non fuit ergo neceſſarium quicquam edicere de illo qui negotia hæreditaria geſtiſſet.

Ratio decidendi. Actio negotiorum geſtorum cùm non ciuilis ſit, ſed prætoria, licèt ciuiliter exerceri dicatur, id eſt, non criminaliter, in *l. aduerſus 8. C. hoc tit.* æſtimari non debet ex fictionibus iuris ciuilis, ſed ex ipſa rei veritate & æquitate: qua porrò inſpecta verum eſt dicere eum qui negotia hæreditaria geſſit, nullius geſſiſſe. Res enim hæreditariæ ſi omnem iuris noſtri fictionem tollas interim nullius ſunt, *leg. 1. de rer. diuiſ.* Atqui negotiorum geſtorum actio non niſi ex vera & naturali geſtione inducitur, vt ſcriptum eſt, in *§. ſeq. iunct. l. atquin 10. §. ſi libero. infr. eod.* Ergo nec contra alium dari ſummo iure edicti poteſt quàm contra eum qui tunc dominus fuerit, conſequenter aduerſus neminem, ſi, vt in propoſita ſpecie nemo eo tempore dominus fuit. Benè igitur prætor hoc ſpecialiter edicendum eſſe putauit. Iunge quæ dicã, ad *l. 6. §. 1. & ad l. cùm pater 29. inf.*

d *Sed ſi quid acceſſit poſt mortem.* Ratio dubitandi. Iureconſulti non eſt ſupplere, ſed interpretari, *l. commodiſſimè 10. de liber. & poſt. iunct. leg. vlt. Cod. de poſt. hæred. inſtit. leg. 4. de vulg. & pupill. ſubſt.* Atqui verbis edicti nullomodo continentur ea quæ poſt mortem patrisfamilias acceſſerunt, vt puta partus, fœtus, fructus, & ſi quid ſerui acquiſiuerint. Ergo non potuerunt prudentes iſta pro adiectis habere, quia non eſt hoc interpretari, ſed ſupplere.

Ratio decidendi. Non poteſt hic aut ille Iureconſultus quicquam ſupplere propria auctoritate quam nullam habet. Sed ſunt quædam in quibus ob euidentiſſimam ſiue iuris ſiue æquitatis rationem, adeò prudentes omnes conſentiunt, vt quamuis aut legis aut edicti verbis nullomodo contineantur, perinde tamen habeantur ab omnibus prudentibus acſi continerentur. Nempe ſi diuerſitatis ratio nulla reddi poſſit, cur in iis conſtitui nõ debuerit, quod in aliis rebus conſtitutum eſt. Nam vt dicebat Pedius, quoties lege vel conſtitutione Principis vnum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt cæterà quæ tendunt ad eandem vtilitatem non ſolùm iuriſdictione, ſed etiam interpretatione quantum fieri poteſt ſuppleri, *l. nam vt ait 13. ſup. de legib.* Eiuſmodi verò eſt hoc de quo agimus. Quid enim poteſt intereſſe an fundum hæreditarium qui defuncti morientis fuit adminiſtrauerit: an verò fructus ex eo fundo poſt mortem collectos, quominus æquè negotiorum geſtorum & agere & conueniri poſſit? Haberi ergo pro adiectis debent iſta omnia quæ habent eandem rationem æquitatis, & vtilitatis vt quod edicti verbis omiſſum eſt, non omittatur religione iudicantium, arg. *l. quæſitum 13. de teſtib.* Nec nouum eſt vt edictum prætoris aut mancum reperiatur, aut etiam malè conceptum, vt in *l. aut prætor 5. de re iudic.*

7 ¶ Hæc autem actio, cùm ex negotio geſto oriatur, & hæredi, & in hæredem competit.

Ad §.7. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio non poteſt dari niſi ei vel in eum cuius negotia geſta ſunt, aut ſaltem cuius contemplatione, *l. ſi pupilli 6. in princip. & §. 1. infr. hoc tit.* Oritur enim ex ipſo negotio geſto, vt hîc Vlpianus ait. Atqui neque fuit negotium hæredis eo tempore quo geſtum eſt, neque hæredis contemplatione geſtum ſit, quidem nullus tùm adhuc erat, *l. 1. pro hæred.* neque quis futurus eſſet ſciri poterat, *l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pup. ſubſt.* Ergo hæc actio, neque hæredi neque in hæredem dari poteſt.

Ratio decidendi. Competit & hæredi & in hæredem non ex propria ipſius perſona quaſi is negotia geſſerit, aut eius negotia geſta ſint, ſed ex perſona defuncti in cuius locum & vniuerſum ius hæres ſuccedit, *leg. cùm hæres 11. de diuerſ. temp. præſcript. leg. nihil eſt aliud 24. de verb. ſignific.*

8 ¶ Si executor à prætore in negotio meo datus, dolum mihi fecerit, dabitur mihi aduerſus eum actio.

¶ Interdum in negotiorum geſtorum actione Labeo ſcribit dolum ſolummodo verſari: nam, ſi affectione coactus, *ne bona mea diſtrahantur*, negotiis te meis obtuleris, æquiſſimum eſſe dolum duntaxat te præſtare, quæ ſententia habet æquitatem.

Ad §.8. Si executor.

Ratio dubitandi. Non datur hæc actio niſi contra eum qui alienis negotiis ſe immiſcet animo ea gerendi nomine domini abſentis, & vt eum ſibi obliget, viciſſimque ei obligetur, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. ad fin. comm. diuid.* Atqui apparitor à prætore datus ad exequendam extra ordinem ſententiam non id agit vt gerat negotia condemnati, ſed vt pareat prætori. Ergo quamuis dolo malo aliquid faciat in eo negotio, non tamen actione negotiorum geſtorum teneri poteſt, ſed tantùm actione de dolo vt diſertè ſcriptum eſt, in *lege ſi pignora 50. de euict.* quę actio de dolo excludit proculdubio actionem negotiorum geſtorum, cùm nunquam poſſit concurrere cum alia actione, ſiue ciuili, ſiue honoraria, *l. 1. §. ait prætor. infra de dolo.* Qualis hæc negotiorum geſtorum actio eſt, *l. 1. h. tit.* Potiúſque danda eſſet in prætorem ipſum actio negotiorum geſtorum ſi qua poſſet competere, cum executori prætor mandauerit, vt negotium gereret. Nam & idem euenit cùm mandatu ſuo Titius negotia mea geſſit, vt non ille mihi, ſed tu actione negotiorum geſtorum tenearis, *l. nam & Seruius 21. §. vlt. infr. hoc tit.* Quanquam abſurdum eſſet dicere, prætorem teneri, cùm mandando negotium executori nihil fecerit niſi quod magiſtratus ſui iure facere, & potuit, & debuit, nec ei mandaſſe intelligatur, vt quicquam faceret dolo malo, arg. *l. creditor 60. §. vlt. mandat.*

Nullo igitur modo poteſt hoc caſu locum habere negotiorum geſtorum actio.

Ratio decidendi. Non ait Vlpianus hoc loco dandam mihi eſſe actionem negotiorum geſtorum aduerſus executorem, ſed ſimpliciter dandam mihi actioné, quod omnino intelligendum eſt de actione de dolo, ex *d. l. ſi pign.* quæ eſt eiuſdem Vlpiani ſecum alioquin pugnaret. Quid ergo inquies, commune habet hic §. cum hoc tractatu in quo non agitur niſi de negotiorum geſtorum actione? Hoc vnum, quod huic actioni de dolo negotium meum ſi non cauſam, ſaltem occaſionem præbuit, & quod in negotio meo gerendo dolus admiſſus eſt. Alioqui tam facilè fuiſſet Vlpiano ſcribere *hac actio* quam ſimpliciter ſcripſit *actio*, ſi de hac ſenſiſſet actione. Nec rurſus accommodatè ſequeretur, quod ſubiicitur in §. *ſeq.* Interdum in negotiorum geſtorum actione dolum ſolummodo verſari, neque eius rei vllum exemplum quærendum erat, cùm iam idipſum in huius §. ſpecie expreſſum fuiſſet. Executorem enim à prætore datum non aliter teneri certum eſt, quàm ſi quid dolo malo fecerit, *d. l. ſi pignora.* Proinde ſi negotiorum geſtorum actione teneretur, caſus hic vnus eſſet in quo dolus ſolummodo in hac actione verſaretur. Sed & quod ſequitur *interdum in negotiorum geſtorum actione*, ſubiudicat interruptum fuiſſe tractatum, De actione negotiorum geſtorum, interiecta mentione alterius actionis, quæ non poteſt alia eſſe quàm de dolo. Scribendum enim fuiſſet *in hac actione*, quemadmodum paulò antè ſcripſerat Vlp. *hac autem actio.* Puto igitur hunc §. vnico textu legendum eſſe cum ſeq. qui vulgò incipit à ſectione illa *interdum*, & hunc Vlp. ſenſum eſſe, quaſi ſcripſerit, quemadmodum dolus in negotio meo, admiſſus aliquando mihi tribuit actionem de dolo, & actione de dolo vindicatur, vt ſi executor à prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit (nunquam enim culpa etiam lata vindicatur per actionem De dolo) ita & aliquando euenire vt negotiorum geſtorum actione perinde atque actione de dolo, dolus ſolummodò vindicetur. Quod fuiſſet apertius ſi Vlpianus ita ſcripſiſſet, quomodo intelligi eum volo, *ſi executor à prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit dabitur mihi aduerſus eum de dolo actio: ſic & interdum in negotiorum geſtorum actione Labeo ſcribit dolum ſolummodò verſari.* Nos ergo ſic explicemus quaſi vnus ſit §. ſic & depoſiti actione dolus ſolus vindicatur, quãuis non ideo actio depoſiti ſit actio de dolo, *l. ſi vnus 27. §. illud nulla de pact. dolũ ſolummodo verſari.*

Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum bonæ fidei eſt, *l. in bona fidei 13. C. de vſur. l. quia tantundem 7. infr. h. tit.* Atqui bona fides exigit, vt qui aliena negotia inuaſit etiam culpę rationem reddat, *l. curatoris 17. C. eod.* cùm hoc ipſum culpa ſit immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti, *l. culpa eſt 36. de reg. iur.* Nunquam ergo fieri poteſt, vt in huiuſmodi actione dolus ſolũmodò verſetur.

Ratio decidendi. Verum illud eſt in eo, cui poteſt culpa illa imputari, quod alienis negotiis ſe immiſcuerit ſed non in eo, qui nimia affectione coactus ne bona mea diſtraherentur, negotiis meis ſe obtulerit. Ingratiſſimus namque ſim ſi ei obiiciam, cur tantam erga me affectionem habuerit. Hoc ergo caſu æquiſſimum eſt nihil niſi dolum ab eo præſtari.

9 ¶ Hac actione tenetur non ſolùm is, qui ſponte, & nulla neceſſitate cogente immiſcuit ſe negotiis alienis, & ea geſſit: verùm & is, qui aliqua neceſſitate vrgente, vel neceſſitatis ſuſpicione geſſit.

Ad §. 9. Hac actione.

Ratio dubitandi. Actionis negotiorum geſtorum à prætore inducendæ non alia ratio fuit, quàm quia fuerunt prouocandi amici ad abſentium negotia ne deperirent vltrò ſuſcipienda, vt dixi ad *l. 1. & 2. ſup. cod. ex l. 5. de oblig. & act. l. 1. de contrar. tutel. & vtil. act.* Atqui hæc ratio ceſſat in iis qui in aliqua neceſſitate vrgente, vel neceſſitatis ſuſpicione aliena negotia geſſerunt. Nec enim fuerunt iſti aliqua actione propoſita prouocandi. Ergo ſicut in iis locum non habet ratio, quæ hanc actionem induxit, ita neque actio locum habere debebit. arg. *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.*

Ratio decidendi. Plerumque latiùs patet actio quàm ratio inducendæ actionis: in actionibus enim euenit quod in aliis pleriſque rebus, vt certis rationibus inductæ ad publicam vtilitatem, protrahantur ad omnes caſus in quibus eadem vtilitas locum habere poſſit, licèt deficiat ratio quæ illas induxit. Ita namque fit vt iura paulatim creſcant, & quotidie in melius producantur. *l. 2. §. poſt originem 13. de orig. iur. l. 4. de vulg. & pup. ſubſt. l. 2. C. de oblig. & action.* Cùm ergo perinde verum ſit negotia mea geſta fuiſſe ab eo qui vrgente vel neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione ea geſſit, atque ſi vltro geſſiſſet, vtilitas ſanè & æquitas facit vt perinde poſſit à me conueniri actione negotiorum geſtorum ne ex iactura mea locupletetur, aut impunè alienis negotiis malè adminiſtrandis ſe immiſcuerit. *leg. atquin 19. §. ſi libero leg. ſi liber homo 36. infr. eod. hoc tit.* Eadémque ratio æquitatis facit vt viciſſim ei debeam teneri ſi quid hoc nomine illi abſit, abfuturúmque ſit. Exemplum eſto ſi te mihi curatorem pater meus teſtamento ſuo dederit túque putares tibi tanquam iure dato adminiſtrandi neceſſitatem incumbere, vt in *leg. curatorem 6. C. hoc titul.* Aut ſi ſucceſſores curatoris perſeuerauerint in adminiſtratione, putantes fortaſſe, non eſſe finitum morte officium curatoris, vt in *leg. curatoris 17. eod.* Sed & ipſi curatores ritè dati tenentur vtili actione negotiorum geſtorum, cùm nulla in eos legitima prodita ſit, quia nec dantur niſi petenti, quamuis vbi dati ſunt habeant adminiſtrandi neceſſitatem non minùs quàm curatores, *leg. 2. Cod. de hared. tutor. vel curator. l. 1. & tot. titul. de tutel. & ration. diſtr. & vtil. curat. cauſ. action.* iunct. *lege 3. lege ſi tutor 13. & l. ſeq. ſub. titul. lege quicquid 7. Codice arbitr. tut.*

10 ¶ Apud Marcellum libro ſecundo digeſtorum quæritur, ſi cùm propoſuiſſem negotia Titij gerere, tu mihi mandaueris, vt geram: an vtraque actione[a] vti poſſim: & ego puto, vtramque locum habere, quemadmodum ipſe Marcellus ſcribit, ſi fideiuſſorem accepero negotia geſturus: nam & hic dicit, aduerſus vtrumque eſſe actionem[b].

Ad §. vlt. Apud Marcellum.

a *Vtraque actione.* Mandati ſcilicet, & negotiorum geſtorum.

Ratio dubitandi. Actio mandati non datur, niſi cùm mandatum interuenit. Actio autem negotiorum geſtorum ita demum ſi mandatum nullum interuenerit. *l. ex mandato 20. §. 1. l. qui fide 53. infr. mand. l. mandaſti 46. hoc tit.* Atqui fieri non poteſt vt in eodem caſu mandatum interceſſerit & non interceſſerit, quia ſunt iſta contradictoria quæ ſimul ſtare nunquam poſſunt. Ergo nec fieri poteſt vt actio mandati concurrat cum actione negotiorum geſtorum, idéque eſt, quod ſi tuo mandatu negotia mea Titius geſſerit, non tenetur illa mihi actione negotiorum geſtorum, ſed tu qui ei mandaſti, quaſi tu per eum geſſeris, non ipſe, *leg. nam Seruius 21. §. vlt. eod.*

Ratio

Ratio decidendi. Propoſitum quod habui negotia Titij gerendi priuſquàm mihi mandares vt gererem, tribuit mihi actionem negotiorum geſtorum, ſecuta quandoque licèt poſt mandatum tuum geſtione. Quod verò ad meum illud propoſitum acceſſit, tuum quoque mandatum parit mihi contra te actionem mandati. Feciſſem enim propter mandatum tuum, etiamſi anteà propoſitum illud non habuiſſem. Ita fit vt vtraque quidem actio eidem perſonæ in vna eadémque ſpecie competat, ſed non in eandem perſonam. Datur enim mihi actio negotiorum geſtorum non contra te, qui mandaſti, ſed contra Titium cuius negotia geſſi, actio verò mandati non contra Titium, qui nihil mandauit, ſed contra te.

b *Si fideiuſſorem accepero negotia geſturus: nam & hîc dicit aduerſus vtrumque eſſe actionem.* Nimirum aduerſus fideiuſſorem ex ſtipulatione & aduerſus eum cuius negotia geſſi actione negotiorum geſtorum.

Ratio dubitandi. Qui abſentis Titij negotia geſturus accipit fideiuſſorem eodem Titio ignotante, non tam id agit vt abſentem ſibi obliget, quàm vt fideiuſſorem, cuius ſolius fidem præſentem ſequitur. Ergo etiamſi negotia Titij vtiliter gerat, non ideò tamen danda ei eſt negotiorum geſtorum actio, ne ipſius geſtio vltra eiuſdem intentionem operetur, contra, *leg. non omnis 19. de reb. cred.* Non magis quàm ſi mandante fideiuſſore negotia Titij geſſiſſet, *leg. nam & Seruius 21. §. vlt. infrà hoc tit.* Præſertim cùm actio negotiorum geſtorum non ſit comparata niſi ex neceſſitate ad indemnitatem ei præſtandam qui bona fide in aliena negotia quid impenderit, *leg. 1. & 2. ſuprà.* Quæ porrò neceſſitas nulla ſubeſt, cùm is qui aliena negotia geſſit, habet fideiuſſorem obligatum.

Ratio decidendi. Poſſet hoc dici ſi is qui negotia geſſit non aliter fuerat geſturus, quàm ſi fideiuſſor interueniſſet. At nos ponimus interueniſſe fideiuſſorem, cùm iam ille gerendi propoſitum haberet. Quamvis ergo ſolum gerendi propoſitum non poſſit producere actionem negotiorum geſtorum niſi geſtio ſequatur, ſecuta tamen geſtione non eſt fundandus geſtor ea actione, quam habiturus fuit, etiamſi fideiuſſor nullus acceſſiſſet. At quemadmodum ſuperueniens fideiuſſor non adimit ei animum gerendi negotia, ſed tantò magis confirmat, ita neque tollit actionem negotiorum geſtorum adiectio quæ fit ſuperuenientis ex fideiuſſione actionis ex ſtipulatu.

4. IDEM lib. 45. ad Sabinum.

SEd videamus, an fideiuſſor hîc habere aliquam actionem poſſit: & verum eſt, negotiorum geſtorum eum agere poſſe, niſi donandi animo fideiuſſit [a].

Ad l. Sed videamus 4.

Ratio dubitandi. Hic fideiuſſor nihil geſſit in vtilitatem abſentis cùm fideiuſſerit apud eum qui æquè geſturus erat, quinoe habet etiam ipſe ex propria perſona ob ſuam geſtionem in eundem abſentem actionem negotiorum geſtorum, vt dictum eſt in *§. vltim. l. præced.* Ergo non debet habere negotiorum geſtorum actionem, præſertim cùm hæc actio ex negotio geſto oriatur, *leg. prox. §. hac actio, ſuprà.* Vna verò duntaxat geſtio ſit, & conſequenter vna tantùm eſſe debeat actio negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Vterque geſſit vtiliter abſentis negotia, & is qui fideiuſſit, vt tantò citiùs & tutiùs gererentur & is qui geſſit accepto fideiuſſore poſt ſuſceptum iam propoſitum bene gerendi. Et ex huiuſmodi geſtione damnum vterque ſentit, is quidem qui geſſit ſi quid ob eam cauſam impenderit, fideiuſſor verò ſi indemnitatem geſtori præſtiterit. Mirum ergo non eſt vtrique competere actionem negotiorum geſtorum. Neque id abſenti cuius negotia geſta ſunt, oneroſum eſt, quippe qui vnica præſtatione ab vtroque liberari poſſit. Siue enim præſtiterit indemnitatem geſtori, ſiue fideiuſſori, ſi poſtea ab altero cui nihil præſtitit conuenīatur, defendi debebit, & indemnis ipſe fieri ab eo qui ſatisfecit. Etſi cautiùs facturus eſt ſi geſtori ſoluerit, quàm ſi fideiuſſori. Niſi eo caſu quo per ſolutionem à fideiuſſore factam ſublata iam ſit actio quæ geſtori competebat. Ita enim aſſequetur vt non ab vno tantùm, ſed ab vtróque liberetur ipſo iure, ab vno per ſolutionem, ab altero, quòd nihil ei abſit, neque abeſſe vnquam ex hac cauſa poſſit.

a *Niſi donandi animo fideiuſſit.* Qui enim donandi animo fideiuſſit, regreſſum habere nullum debet, quem nec habere voluit, *leg. ſi filius 12. Cod. hoc tit. l. ſi quis reum 5. de liber. legat.*

5. IDEM lib. 10. ad Edictum.

ITem ſi, cùm putaui à te mihi mandatum, negotia geſſi: & hîc naſcitur negotiorum geſtorum actio, ceſſante mandati actione. ¶ Idem eſt etiam, ſi pro tè fideiuſſero, cùm puto mihi à te mandatum eſſe.

Ad l. Item ſi cum 5.

Ratio dubitandi. Qui putauit mandatum ſibi eſſe, vt abſentis negotia gereret, is non habuit animum acquirendæ ſibi aduerſus abſentem actionis negotiorum geſtorum, ſed tantùm actionis mandati, quia nunquam agitur negotiorum geſtorum contra eum, qui mandauit. Ergo non debet habere negotiorum geſtorum actionem. Nec ad rem pertinet quod multò minùs actionem mandati habere poſſit mandato nullo intercedente. Non enim nouum eſt vt neutram habeat, non hanc, defectu poteſtatis, non illam defectu voluntatis, argum. *l. quoties 9. de hered. inſtit. l. multum intereſt 6. Cod. ſi quis alter. vel ſibi.*

Ratio decidendi. Habuit animum ſibi obligandi omnimodo eum cuius negotia geſſit. Itaque quamvis in cauſa obligationis errauerit, veritate tamen inſpecta cùm vtiliter negotia geſſerit in damno morari non debet, ideóque negotiorum geſtorum actio ei neceſſariò danda eſt, *l. qua vtiliter 45. §. vlt. infr. hoc tit.* In hac enim actione quæ ex negotio geſto oritur, *leg. 3. §. hac autem actio ſup.* Non tam qua mente quàm quid & cui negotium re vera geſtum ſit inſpiciendum eſt.

b *Etiam ſi pro te fideiuſſero dum puto mihi à te mandatum eſſe.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad ſpeciem præcedentem. Nec enim mandati actionem habere poteſt fideiuſſor cui nihil mandatum fuit, etiamſi mandatum ſibi eſſe putauerit, quia in eo, quod facti eſt plus veritas poteſt quàm opinio, & tamen morari eum in damno æquum non eſt, cùm non donandi animo fideiuſſerit, ſed vt alium ſibi obligaret. Actionem igitur negotiorum geſtorum habere debet, *leg. ex mandato 20. §. 1. infrà, mandat. iunct. §. ſi quis rem ſuam, Inſt. de legat.*

1 ¶ Sed & ſi, cùm putaui Titij negotia eſſe, cùm eſſent Sempronij, ea geſſi : ſolus Sempronius mihi actione negotiorum geſtorum tenetur.

Ad §.1. Sed etſi.

Ratio dubitandi. Is qui Sempronij negotia geſſit cùm putaret eſſe Titij non habuit animum obligandi Sempronij, ſed Titij. Ergo neque Sempronium ſibi obligauit, quia non voluit, neque Titium, quia non potuit.

Ratio decidendi. Sufficit vt habuerit animum ſibi aliquem obligandi, licèt in perſona errauerit, *l. quæ vtiliter 45. §. vlt. infrà, ſi quis putans 6. l. in hoc iudicium 14. §. 1. verſ. diuerſum, l. ſi quis cùm 49. infrà commun. diuid.* Iunge quæ dixi ad duas ſpecies proximè præcedentes. Sunt enim omnia ſimilia, niſi quod in illis erratum fuerat in cauſa non in perſona : in hac verò fuit erratum in perſona non in cauſa.

6. IVLIANVS libro 3. Digeſtorum ſcribit.

SI pupilli tui negotia geſſero, non mandatu tuo, ſed ne tutelæ iudicio tenearis : negotiorum geſtorum te habebo obligatum : ſed & pupillum, modò ſi locupletior fuerit factus a.

Ad l. Si pupilli 6.

Ratio dubitandi. Non geſſi tua negotia ſed pupilli. Ergo quamvis ideo geſſerim ne tutelæ iudicio tenearis non tamen contra te, ſed contra pupillum danda mihi eſt negotiorum actio, ſicut & daretur mihi ſi mandatu tuo, id eſt, tutoris, geſſiſſem negotia pupilli, *leg. 4. Cod. hoc tit.*

Ratio decidendi. Non tantùm pupilli, ſed etiam tutoris negotium gerit qui bona pupilli abſente tutore ideò adminiſtrat, ne tutor iudicio tutelæ teneatur. Nam bona quidem ſunt impuberis, ſed negotium eſt tutoris qui ſi in adminiſtratione ceſſaret indemnitatem de ſuo præſtare pupillo deberet. Æquum igitur eſt eum teneri actione negotiorum geſtorum cùm quicquid ex ea cauſa præſtabit, idipſum pupillo ſuo reputaturus ſit iudicio tutelæ. Ita enim fit vt neque tutor, neque is qui tutoris contemplatione negotia pupilli geſſit moretur in damno quod vnum inſpiciendum eſt.

a *Sed & pupillum modò ſi locupletior fuerit factus.* Ratio dubitandi. Non geſſi negotia pupilli, contemplatione ipſius, neć vt ei prodeſſem, ſed contemplatione tutoris ne is tutelæ iudicio teneretur. Ergo non poſſum negotiorum geſtorum habere pupillum obligatum, nec ſi locupletior factus ſit. Nam etſi abſens etiam ignorans huiuſmodi actione obligatur, non ſimiliter tamen ignorans quiſquam aut non volens eam obligationem acquirere ſibi poteſt : ſatiſque mihi eſſe debet, quod non ideò moraturus ſim in damno qui tutorem ipſum habeo in ſolidum, vt modò diximus, obligatum.

Ratio decidendi. Non tamen cuius contemplatione geſſerim negotia inſpici debet, quàm cuius negotia, & cui ea geſtio bono ſit. Atqui non tantùm tutoris fuerunt negotia, ſed etiam & multò magis pupilli, cuius patrimonium adminiſtratum proponitur, & ex ea geſtione pupillus locupletior factus eſt. Ergo pupillum quoque teneri æquum eſt, in quantum ſaltem locupletior factus fuit, ne alioqui contra naturalem æquitatem ex iactura mea locupletetur, *leg. naturaliter 13. §. vltim. cum leg. ſeq. de condict. indeb.* Maximè poſt reſcriptum D. Pij quo inductum fuit, vt ex omnibus cauſis pupillus non tantùm naturaliter, ſed etiam ciuiliter obligetur ſine tutoris auctoritate quatenus locupletior factus, probatur, *leg. 3. §. pupillus, ſuprà l. Neſennius 34. l. litis 37. in princip. infra hoc tit.*

1 ¶ Item ſi procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, vt creditorem tuum, vel pignus tuum liberet : aduerſus te negotiorum geſtorum habebo actionem : aduerſus eum cum quo contraxi, nullam. Quid tamen ſi à procuratore tuo ſtipulatus ſum b : poteſt dici, ſupereſſe mihi aduerſus te negotiorum geſtorum actionem : quia ex abundanti hanc ſtipulationem interpoſui.

Ad §.1. Item ſi procuratori.

Ratio dubitandi. Certi condictio ex mutuo naſcitur ex contractu mutui, & ex ipſa numeratione quam ponimus factam procuratori. Actio autem negotiorum geſtorum non naſcitur niſi ex quaſi contractu, §. 1. *Inſt. de oblig. quæ ex quaſ. contr. naſc.* Ergo poteſt competere certi condictio ex mutuo contra procuratorem, qui ipſe contraxit, & mutuam pecuniam accepit, nec proinde danda eſt creditori negotiorum geſtorum actio contra dominum, vt potior ſit cauſa contractus quàm quaſi contractus. Præſertim cùm actio hæc ſit comparata quodammodo in ſubſidium, ne qui abſentis negotia bona fide geſſiſſet, in damno moraretur : quod in propoſito verendum non eſt, ſiquidem is qui pecuniam credidit, habeat procuratorem obligatum, qui rurſus mandati iudicio indemnitatem conſequi poteſt ab eo, qui mandauit.

Ratio decidendi. Qui contraxit cum procuratore contemplatione domini numerata procuratori pecunia, vt is creditori domini ſolueret, vel pignus liberaret, non id egit vt procuratorem ſibi proprio nomine obligaret, ſed vt negotia domini gereret per interpoſitam procuratoris perſonam, qui nihil niſi miniſterium hoc caſu præſtare intelligitur, vt in *leg. & licet 15. de conſt. pec.* Nullam ergo actionem habere debet contra procuratorem, ſed tantum actionem negotiorum geſtorum contra eum cuius negotia gerere voluit. Nam in numerationibus potiſſimùm illud obſeruatur, vt non tam cuius pecunia, vel à quo, vel cui numerata ſit inſpici oporteat, quàm qua mente & quo propoſito, *leg. 2. §. penult. l. certi 9. §. ſi nummos, leg. non omnis 19. de rebus credit. leg. qui mihi 13. de donat.* iunge *l. liberto 31. in princip. infra, hoc titul.*

b *Si à procuratore tuo ſtipulatus ſim.* Ratio dubitandi. Cùm à procuratore tuo ſtipulatus ſum, negari non poteſt, quin cum eo contraxerim. Nec dici poteſt quod in præcedenti ſpecie diximus procuratorem nudum miniſterium præſtitiſſe videri, cùm ſtipulatio non ſit ex earum rerum numero quæ fieri poſſunt per procuratorem, *leg. 2. Cod. ſi cert. pet. leg. 1. Cod. per quas perſon. vt dixi ad leg. quod procurator 68. & leg. per procuratorem 72. ſup. de procur.* Non ergo hoc caſu ratio aut neceſſitas vlla ſubeſt dandæ mihi contra dominum actionis negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Valet quidem ſtipulatio, & ex ea competit mihi actio contra procuratorem eundémque promiſſorem, quia non ſicuti numeratio alium poteſt obligare quàm qui pecuniam naturaliter accipit, ita & ſtipulatio alium poteſt obligare quàm qui promittit : ſed non eò minùs verum eſt ſupereſſe mihi aduerſus te negotiorum geſtorum actionem, quia ſtipulatio cum procuratore

curatore

curatore interpoſita non facit, quin pecunia numerata ſit tui cõtemplatione, ac deinde in rem tuam verſa, quod ſufficit vt negotium tuum dici poſſit vtiliter geſtum, nec à procuratore tuo, ſed à me qui pecuniam in hoc dedi procuratori. Eſt igitur ſtipulatio hæc interpoſita non inutiliter, ſed tamen ex abundanti & non neceſſariò, cùm actio negotiorum geſtorum poſſet ſufficere, ſi modò eras ſoluendo. Aliud eſſet ſi procuratori tuo numeraſſem pecuniam ipſius non tui contemplatione. Etſi enim poſtmodum ea pecunia in rem tuam verſa probaretur, non eo tamen magis haberem te obligatum negotiorum geſtorum, *l. eum qui 13. C. ſi cert. pet.* Nimirum, quia non quaſi contrahere tecum volui ſed contrahere tuo procuratore, eiúſque ſolius fidem ſequi.

2 ¶ Si quis pecuniam, vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium geſſit, negotiorum geſtorum mihi actio aduerſus eum competit.

Ad §. 2. Si quis pecuniam.

Ratio dubitandi. Pecunia vel alia res quam quis ſine vllo mandato meo ad me perferendam accepit, non priùs facta fuit mea quàm mihi reddita ſunt, *leg. abſenti 10. de donat. leg. penultim. in princip. de acquir. rer. domin.* Ponimus enim eſſe hominem liberum qui rem ad me perferendam acceperit, non ſeruum meum, cui ſanè tradita res ea mente vt mea fiat, ſtatim mihi acquiritur, *dict. leg. abſenti. in fin.* Ergo non poſſum hanc rem petere actione negotiorum geſtorum, quia prius eſt vt res mea ſit, quàm vt qui eam adminiſtrat, negotium meum gerere videatur.

Ratio decidendi. Nihil vetat rem ipſam nondum meam eſſe, & tamen negotium ab alio ſuſceptum eius rei ad me perferendæ meum eſſe, cùm mea interſit ad me perferri, vel ob hoc ipſum vt poſſit fieri mea. Negotium enim meum eſt ex quo incipit mea intereſſe, damnóque aliquo vel minimo afficior ob factum ab alio quod facere non debuit, vel non factum quod facere debuit. Quid ergo ſi tertius ille mandatum habuerit rei ad me perferendæ. Non negotiorum geſtorum, ſed mandati tenebitur, non propter geſtionem ipſam quæ alteram actionem parere non poteſt quàm negotiorum geſtorum, ſed propter mandatum, *l. ex mandat. 20. §. 1. mandat. leg. ſi mandatum 14. C. hoc tit.*

3 ¶ Sed & ſi quis negotia mea geſſit, non mei contemplatione, ſed ſui lucri cauſa: Labeo ſcripſit, ſuum eum potiùs, quam meum negotium geſſiſſe: qui enim deprædandi cauſa accedit, ſuo lucro, non meo commodo ſtudet. Sed nihilominùs, imò magis, & is tenebitur negotiorum geſtorum actione. ¶ Ipſe tamen, ſi circa res meas aliquid impenderit non in id, quod ei abeſt, quia improbè ad negotia mea acceſſit, ſed in quod ego locupletior factus ſum, a habet contra me actionem.

Ad §. 3. Sed & ſi quis.

Ratio dubitandi. Si quis negotia mea geſſerit non mei contemplatione, ſed ſui lucri cauſa, ſuum potiùs quàm meum negotium geſſiſſe intelligitur, quia cùm deprædandi cauſa accedat ſuo lucro ſtudet non meo. Ergo non eſt danda mihi contra ipſum, multo minùs ipſi contra me negotiorum geſtorum actio, cùm ex verbis edicti non alij aut in alium detur, quàm ei & in eum qui alia negotia geſſit, non qui ſibi maximè conſultum voluit, *leg. creditor 60. §. 1. inf. mandat.*

Ratio decidendi. Nihilominùs imò tantò magis debet hic teneri actione negotiorum geſtorum. Ne alioqui melioris conditionis ſit is qui deprædandi animo aliena negotia inuadit, quàm qui bona fide ad ea gerẽda accedit. Dolus enim ſemper quo magis qui teneatur facere debet, non quominùs. Ipſe tamen ſi circa res meas aliquid impenderit, non debet habere contra me actionem contrariam negotiorum geſtorum in omne id quod ei abeſt, quia improbè ad mea negotia acceſſit, ſed in id tantùm in quod ego factus ſim locupletior.

a *Sed in quod ego locupletior factus ſim.* Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa ſua damnum ſe[nt]it, ſentire non videtur, *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui huic geſtori culpa, adeóque dolus malus imputari poteſt, non ob id tantùm quod ſe immiſcuerit rei ad ſe non pertinenti, *l. culpa eſt 36. eod.* Sed ob id maximè quod mea negotia deprædandi animo inuaſerit. Ergo nulla ei contra me actio danda eſt, multò minùs negotiorũ geſtorum quàm vlla alia; cùm negotiũ ſuum gerere voluerit non meum, nec habuerit animum ſe obligandi, imo potiùs mihi donandi, vt dici ſolet de illo, qui in alienam rem ſciens impendit, *l. adeò 7. §. ex diuerſo de acquir. rer. domin.* Maximè verò cùm nemo ex ſua improbitate actionem conſequi debeat, *l. itaque 12. §. 1. de furt.*

Ratio decidendi. Non conſequitur hic geſtor actionem ex dolo ſuo, ſed ex ſua geſtione quatenus ea fuit vtilis domino, & ipſum fecit locupletiorẽ. Vincit enim ſemper ratio illa æquitatis naturalis, tanquam potentiſſima quòd nemini vnquam permittendum ſit vt cum aliena iactura locupletetur, *l. nam hoc nat. 14. de condict. indeb. leg. iure nat. 206. de reg. iur.* Adeò vt prædoni quoq; ſoleat ea res date exceptionẽ doli ſi expenſæ neceſſariæ, aut etiam vtiles quas in rem alienam fecit ei, non reſtituantur, *leg. planè 38. de petit. hered.* Nec enim donandi animum habere videri poteſt qui habet animum deprædandi. Etſi autem difficilius eſt vt habeat etiã actionem, in propoſito tamen habet cõtrariam in quantum ego locupletior factus ſum, non vt vltrò poſſit eam exercere ſi ego non agam (nec enim hoc ei permittẽdum eſſet, neq; nouum eſt, vt non poſſit vltrò agere is qui conuentus agere poſſet, *l. ſed an vltrò 10. in princ. inf. hoc tit.* Licèt contrariarum actionum omnium alia natura eſſe ſoleat, *l. in commod. 17. §. 1. cõmod. l. 8. in fi. de contr. tut. & vtil. act.*) At potiùs vt à me cõuentus poſſit viciſſim me reconuenire, vt ſe tueatur exceptionis quodãmodo & compenſationis cuiuſdam magis quàm actionis iure, quod indicant verba illa *ipſe tamen.* Parum enim diſtat contraria actio à compenſatione cùm ab eo opponitur qui directa actione conuenitur, *leg. in rebus 18. §. vltim. commodat.* Vt ex eo conſtat quòd compenſatio à iudice reprobata ſit, poſtea contrario iudicio agi non poteſt, *l. ſi autem 8. §. ſi quocunque, inf. hoc tit. l. quod in diem 7. §. 1. de compenſ.* Quaſi de actione quoque contraria iudicatum ſit, vt Vlpianus ait. Huius autem iuris æquitas ex eo proficiſcitur, quod cùm ago negotiorum geſtorum aduerſus eum qui deprædandi animo negotia mea inuaſit, hoc ipſo videor ratam habere ipſius geſtionem, non vti ne teneatur, ſed vt tantò magis teneatur, & quidem quaſi ab eo factam mei non ſui contemplatione. Cùmque actio directa non poſſit mihi contra eum competere, niſi in id quod mihi abeſt aut abfuturum eſt, nemo non videt nec abeſſe mihi, nec vnquam abfuturum eſſe id in quo facturus ſum locupletior. Abutuntur itaque hoc loco, qui ex eo probant prædoni quoque dandam eſſe vltrò actionem ob vtiles impenſas quas in rem alienam fecit, vt pluribus à nobis diſputatum eſt contra Molineum in ſecunda parte Chiliadis noſtræ. De erroribus pragmat.

4 ¶ Si quis ita ſimpliciter [b] verſatus eſt, vt ſuum negotium in ſuis bonis, quaſi meum geſſerit: nulla ex vtroque latere naſcitur actio [c]: quia nec fides bona hoc patiatur. Quòd ſi & ſuum & meum, quaſi meum geſſerit [d]: in meum tenebitur. Nam & ſi cui mandauero [e], vt meum negotium gerat quod mihi tecum erat commune dicendum eſſe Labeo ait, ſi & tuum geſſit ſciens, negotiorum geſtorum eum tibi teneri.

Ad §.4. Si quis ita.

b *Ita ſimpliciter.* Id eſt, adeò ſupinè & incautè. Vix enim eſt vt quiſquam ſit tam ſupinus & incautus, & rerum ſuarum iam imperitus, vt in bonis ſuis negotium quod re vera ſuum eſt ſic gerat tanquam alienum, *l. vlt. verſ. neque enim ſic homo ſimplex. C. arbitr. tutel.*

c *Nulla ex vtroque latere naſcitur actio.* Ratio dubitandi. Verum eſt hunc negotia geſſiſſe, & quidem alterius contemplatione, ac proinde eo animo, vt ſibi alium obligaret. Ergo cùm actio hæc negotiorum geſtorum ea ipſa geſtione naſcatur, non eſt hoc caſu deneganda, præſertim quia fuit in geſtoris poteſtate vt negotium quod alioquin erat ſuum faceret alienum ſcilicet donando rem ſuam ei cuius negotium in illa re gerere volebat. Quid enim tam naturale eſt quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi? *leg. qua ratione 9. §. nihil autem de acquir. rerum domin. l. 2. ſi quis à parent. manum.* Neque verò nouum eſt, vt qui agit negotiorum geſtorum faciat per ratihabitionem ſuum negotium quod ab initio fuerat alienum, *§. item quæritur, infra hac leg. & leg. Pompon. 9. infrà eod.*

Ratio decidendi. Sola geſtio etiam alterius contemplatione facta non parit hanc actionem, ſed illud omnimodo requiritur vt aliena negotia geſta ſint, *l. 3. in princ. ſuprà.* Nemo enim ex eo quod ſuum negotium gerit, alij obligatur. Hic autem negotium ſuum geſſit non alienum; Et quamuis quaſi alienum geſſerit, non ob id tamen fecit alienum, quia nec voluntate certóque iudicio id fecit, ſed ſupino errore, neque ſi donandi animum habuiſſet, potuiſſet tamen donare niſi vel per traditionem, vel per ſtipulationem ante conſtitutionem Iuſtiniani in *l. ſi quis argentum 35. §. penult. Cod. de donat.* Quorum neutrum hic interueniſſe proponebatur. Bona igitur fides non patitur, vt cùm quis negotium ſuum in bonis ſuis quaſi alienum geſſit, actio negotiorum geſtorum vllo ex latere naſcatur: non ex latere geſtoris, quia ſuum negotium re vera geſſit non alienum. Non etiam ex latere illius cuius negotium eſſe putabatur, quia cùm re ipſa eius non fuerit, non poteſt dicere quicquam ſua intereſſe.

d *Quod ſi & ſuum & meum quaſi meum geſſerit.* Ratio dubitandi. Non debet induci diuiſio voluntatis, *leg. eum qui 18. §. vlt. de his quæ vt indign.* Atqui voluit hic geſtor & ſuum, & meum negotium gerere quaſi meum. Ergo neceſſe eſt vt vel in totum habeat locum negotiorum geſtorum actio, vel nulla ea parte.

Ratio decidendi. In iis quæ pendent à voluntate perpetuum illud eſt vt non debeat induci diuiſio voluntatis. At negotiorum geſtorum actio non tam ex geſtoris voluntate pendet quàm ex ipſa geſtione & quidem alieni negotij, *leg. 3. in princ. & §. hac actio, ſuprà eod.* Ergo cùm quis negotium & ſuum & meum geſſit, quamuis non niſi quaſi meum, fieri non poteſt, vt negotiorum geſtorum actio ei competat, aut in eum quatenus negotium ſuum geſſit, nec rurſus vt non debeat competere quatenus geſſit meum.

e *Nam & ſi cui mandauero.* Ratio dubitandi. Mandatum dedit cauſam huic geſtioni, præſertim cùm res pro indiuiſo communis non potuerit geri pro parte, *leg. ſi communes 40. infrà, hoc titul. leg. heredes 25. §. non tantùm dolum. familiæ erciſc.* Ergo non poteſt hoc caſu competere actio negotiorum geſtorum, *dicto §. non tantùm.*

Ratio decidendi. Mandatum non poteſt parere actionem mandati, niſi inter dominum, qui mandauit procuratorem, *l. licèt 42. §. ea obligatio. de procur.* Ergo ſi cui mandauero vt meum negotium gerat quod mihi tecum erat commune, & is mandatum ſuſceperit, geſſeritque negotium ſciens eſſe tecum commune, non poteſt mandatum meum facere quin pro tua parte naſcatur inter nos negotiorum geſtorum actio. Siquidem verum eſt & negotium tuum ab eo geſtum eſſe, & animo te obligandi, *leg. ſi mandatum 14. C. hoc tit.* Planè ſi neſciuiſſet negotium tibi mecum eſſe commune, aliud reſponderi oporteret, quia licèt non eo minùs verum eſſet negotium tuum geſtum fuiſſe. Attamen geſtum eſſet ab eo, qui non habuiſſet animum te obligandi, quique totum negotium quaſi meum gerendo ſolam fidem meam ſecutus, id magis agebat, vt ſe à ſuſcepti mandati obligatione liberaret, quàm vt aliquam ſibi acquireret actionem.

5 ¶ Si quis quaſi ſeruus meus, negotium meum geſſerit, cùm eſſet vel libertus, vel ingenuus: dabitur negotiorum geſtorum actio.

Ad § 5. Si quis quaſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Hæc actio non datur niſi ei qui vltrò abſentis vtilitatem ſpectauit, & eo animo ad gerenda ipſius negotia acceſſit, vt tanquam alius geſtor quilibet & obligaretur & obligaret, *l. 1. & 2. ſuprà, hoc tit.* Atqui geſtor hic non libera voluntate negotium meum geſſit, ſed quaſi ea neceſſitate ſeruili, *l. atquin natura 19. §. ſi libero, infrà hoc tit.* Nec quaſi amici, ſed quaſi domini negotium geſſit, *l. ſi liber homo 36. eod.* Ac proinde citra animum contrahendæ obligationis ciuilis, cuius ſcilicet prorſus incapax eſt ſeruus, *leg. nec ſeruus 41. de pecul.* Ita vt neque conuenire poſſit neque conueniri, *l. quoties 13. ſi quis cantion. leg. cum ſeruo 107. de reg. iur.* Ergo etiamſi is reuera, vel libertus vel ingenuus fuerit, non tamen debet, aut ei, aut in eum dari negotiorum geſtorum actio.

Ratio decidendi. Actio negotiorum geſtorum non ea opinione & affectione gerentis naſcitur, ſed ex re ipſa & ex negotio geſto, id eſt, ex naturali facto geſtionis, *leg. 3. §. hac autem actio, ſup. hoc tit.* Proinde parum refert, an libera voluntate, an quaſi ex neceſſitate ſeruili, quis geſſerit negotium, ſicut nec an vrgente neceſſitate, aut aliqua neceſſitatis ſuſpicione, *dict. leg. 3. §. pen.* Quia rei veritas ſufficit ad inducendam actionem negotiorum geſtorum, quæ tamen non ſufficeret ad inducendam actionem mandati, quoniam ea ciuilis eſt, nec facto ſolo contenta eſt, ſed exigit liberam voluntatem in eo qui ſuſcipit mandatum, vt dicam ad *d. §. ſi libero, & ad d. l. ſi liber homo.*

6 ¶ Sed ſi ego tui filij negotia geſſero, vel ſerui: videamus, an tecum negotiorum geſtorum habeam actionem: & mihi videtur verum, quod Labeo diſtinguit, & Pomponius libro viceſimo ſexto probat: vt, ſi quidem contemplatione tui negotia geſſi peculiaria, tu mihi tenearis: quòd ſi

amicitia

amicitia filij tui, vel ſerui, vel eorum contemplatione, aduerſus patrem, vel dominum, de peculio duntaxat dandam actionem [a]. ¶ Idémque eſt, & ſi ſui iuris eſſe eos putaui [b]. Nam & ſi ſeruum non neceſſarium emero filio tuo, & tu ratum habueris: nihil agitur ratihabitione [c]. Eodem loco Pomponius ſcribit, hoc adiecto: quod putat, & ſi nihil ſit in peculio [d], quoniam plus patri, dominóve debetur, & in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea adminiſtratione factus ſit.

Ad §. 6. Sed ſi ego.

Ratio dubitandi. Negotium peculiare magis eſt patris vel domini, quàm filij vel ſerui, *l. 3. §. ſed vtrùm ad fin. l. patri 27. in princip. de minor.* Ergo qui vel filij vel ſerui alieni negotia peculiaria geſſit, re vera patris ipſius vel domini negotia geſſit, & conſequenter ſiue patris aut domini contemplatione, ſiue amicitia filij vel ſerui geſſerit, indiſtinctè danda eſt inter eum & patrem aut dominum actio negotiorum geſtorum, & quidem in ſolidum, perinde ac ſi alia quælibet patris aut domini negotia geſta eſſent.

Ratio decidendi. Negotia peculiaria neque ita ſunt patris aut domini, vt non ſint etiam filijfamilias vel ſerui, cuius ſcilicet peculium proprium ipſius patrimonium eſſe intelligitur, *leg. hinc quæritur 19. §. leg. pecul. 39. leg. quoties 47. §. vlt. de pecul.* Neque rurſus ita etiam ſunt filijfamilias vel ſerui, vt non ſint patris quoque aut domini, *d. §. ſed vtrum, & d. l. patri.* Cùm ergo ſint vtriuſque & patris & filij, aut domini, & ſerui neceſſariò admittenda eſt Labeonis & Pomponij diſtinctio cuius contemplatione geſta ſint, vt actio negotiorum geſtorum naſcatur quod ad eum in cuius perſona & geſtoris affectio & rei veritas concurrat.

a *De peculio duntaxat dandam actionem.* Cui nimirum locus eſt quoties ex contractu & ex perſona vel filijfamilias vel ſerui pater aut dominus conuenitur, *leg. 1. & tot. tit. de pecul.* Qui enim filijfamilias vel ſerui negotia peculiaria gerit non patris facultates cæteras aut domini, ſed ſolum peculium, tanquam eius cum quo contrahit patrimonium intuetur, *dict. leg. 19. §. 1. & in leg. ſi quis cum filiofamilias 44. eodem tit.* Iunge *l. ſi qui amicitia 44. inf. hoc titulo.*

b *Etſi ſui iuris eos eſſe putaui.* Ratio dubitandi ſui iuris eſt peculium habere nullo penitus caſu poteſt. Peculium enim nihil niſi puſillum patrimonium eſt hominis in aliena poteſtate conſtituti, *l. 5. §. peculium de pecul.* Ergo qui negotia geſta geſſit eius quem ſui iuris eſſe putabat cùm reuera eſſet in aliena poteſtate non poteſt habuiſſe animum obligandi ſibi patris vel domini actione de peculio. Nec proinde ex ſua geſtione actionem de peculio habere debet.

Ratio decidendi. Negotiorum geſtio quo caſu parit actionem negotiorum geſtorum in ſolidum contra filium cuius negotia peculiaria geſta ſunt, & pareret contra ſeruum habentem peculium, ſi ſeruus exemplo filijfamilias conueniri poſſet, eo ipſo caſu parit actionem de peculio contra patrem vel dominum, quia & actio de peculio naſcitur ex ipſa geſtione, ſicut & actio negotiorum geſtorum, id eſt, ex eo quod reuera, & naturaliter geſtum eſt cum filiofamil. aut ſeruo, *tot. tit. C. quod cum eo, qui in alien. poteſt. eſt negot. geſt. eſſe dicet,* iunct. *l. ſi quis cum filiofamilias 44. de pecul.* Et in eo commodior eſt actio de peculio quàm negotiorum geſtorum quod non inquirit an peculiare negotium vtiliter geſtum ſit necne, niſi cùm principalis actio quæ competit aduerſus filium, quæve competeret aduerſus ſeruum ſi conueniri poſſet, hoc ipſum requirit neceſſariò vt peculiare negotium vtiliter geſtum ſit quod proprium eſt actionis negotiorum geſtorum.

c *Nihil agitur ratihabitione.* Id eſt ratihabitio tua non faciet vt ſi ſeruum non neceſſarium emero filio tuo, naſcatur eo nomine inter nos actio negotiorum geſtorum, aut alia vlla quàm de pecul.

Ratio dubitandi. Ratihabitio ſicut æquiparatur mandato ſi quis negotium meum geſſerit me ignorante, *l. vltim. Cod. de Senatuſconſulto Macedon.* Ita facit negotium meum quod ab initio alienum fuit, & conſequenter facit plerumque vt mihi competat negotiorum geſtorum actio quæ alioqui non eſſet competitura, *§. item quæritur, & §. ſeq. huius legis & leg. Pomponius 9. infrà, hoc tit.* Ergo ſi ratam habuero emptionem factam filij mei nomine perinde danda erit mihi & in me actio negotiorum geſtorum ac ſi emptus mihi fuiſſet.

Ratio decidendi. Ratihabitio neque poteſt æquiparari mandato in iis quæ alterius quàm ratum habentis negotia fuerunt, neque facere meum negotium quod alterius quàm meo nomine geſtum fuit. Vt enim meum negotium fiat quod reuera alienum fuit, illud ſaltem opus eſt vt meo nomine geſtum fuerit, vt in *dict. §. item quæritur & ſequent. & dict. leg. Pomponius.* Atque in propoſita ſpecie neque negotium mihi geſtum fuit neque meum. Non mihi quia emptio facta fuit filio meo. Non meum quia ne quidem filio meo fuerat is ſeruus neceſſarius, qui ſi neceſſarius aut etiam vtilis fuiſſet, meum ſanè negotium aliqua ex parte geſtum videri potuiſſet hoc ipſo quod peculium locupletius factum fuiſſet, atque ideò tenerer emptori ſaltem de peculio. Proinde neque in me neque in filium meum actio negotiorum geſtorum danda eſt, etiamſi ratum habuero, at nec de peculio, quia neque contractum quicquam eſt cum filio meo, neque quaſi contractum ex negotio inutiliter geſto. Actio autem de peculio contra patrem ſupponit ſemper præcedentem filijfamilias obligationem. Sed ſi filius meus ratam emptionem habuiſſet, vtique per hanc ratihabitionem feciſſet ſuum negotium, & ita ſe obligaſſet in ſolidum directa actione negotiorum geſtorum, me verò per conſequentias actione de peculio, *dict. leg. ſi quis cum filiofamilias,* quia ſcilicet negotium emptionis ei geſtum fuerat non mihi & quamvis inutiliter geſtum fuerit, attamen ratihabitio facit vt pro vtiliter geſto habeatur, *dicta leg. Pomponius 9. infrà.*

d *Etſi nihil ſit in peculio.* Ratio dubitandi. Pater ob geſtionem etiam vtilem factam filij nomine non tenetur niſi de peculio, vt dictum eſt in princip. huius §. Atqui peculium non dicitur niſi deducto eo quod domino debetur vel patri, *leg. 5. §. vltim. l. ſed ſi damnum 9. §. peculium de pecul.* Ergo ſi tantum domino vel patri debeatur quantum in peculio eſt computato etiam eo quod peculio acceſſerit ex negotij peculiaris geſtione aut etiam plus, nihil in peculio eſſe videbitur. Et conſequenter non poterit pater actione de peculio conueniri. Notiſſimum enim eſt actionem de peculio ſic appellatam, non quia detur ob peculium, ſed quia non datur niſi quatenus eſt in peculio.

Ratio decidendi. Cùm dicimus peculium computandum eſſe deducto eo, quod patri dominove debeatur, non illud etiam computamus, quod ex vtili negotiorum geſtione acceſſit, quia tametſi peculium ex eo locupletius factum ſit, non poteſt tamen, nec debet ea res poſſe patri vſque adeò vt in acceſſione geſtori quoque præferendus ſit, quoniam ita fieret vt cum aliena iactura: imò ex alieno damno locupletaretur, quod iniquiſſimum eſſe diximus. Deinde ratio quæ facit vt ex peculio ſubducendum ſit quod patri Dominóve debetur non alia eſt, quàm quia non eſt veriſimile patrem vel dominum, id concedere filio vel ſeruo in peculium

habere

ere quod ſibi debetur, *dict. leg. Sed ſi damnum 9. alias le. precu. §. præterea de pecul.* Hæc autem ratio non habet locum in ea pecunia, quæ peculio acceſſit, non ex ipſius patris conceſſione, ſed ex alterius geſtione. Ergo quod patri vel domino debetur deducendum quidem eſt de peculio ante omnia, ſed de illo peculio quod fuit antequam ex ea geſtione locupletaretur, aut ſaltem in quo non comprehenditur id quo locupletius factum eſt per negotiorum peculiarium geſtionem. Aut etiam ſi largiamur patri vel domino vt ex tota maſſa peculij deducatur id omne quod patri dominóve debetur, vt ita nihil ſit in peculio, in eum tamen adhuc actionem dabimus, non quidem de peculio, quæ ſanè nulla eſſe poteſt, cùm nihil eſt in peculio, ſed negotiorum geſtorum in quantum locupletior ipſe ex adminiſtratione factus eſt. Factus enim fuit locupletior, & quidem ex re geſtoris, cum tibi ſoluit ex peculio filij, quod ſoluere nequiuiſſet ſi peculium ex adminiſtratione auctum non fuiſſet. Et hæc Pomponij ſententia fuiſſe mihi videtur. Cui omnino diſſimile eſt quod ſcribitur in *leg. 1. §. ſi cum impubere de peculio.* Si cum impubere filiofamilias vel ſeruo contractum ſit, dandam eſſe in dominum vel in patrem actionem de peculio, ita demum ſi locupletius eorum peculium factum eſt. Illius enim loci ſententia eſt negatiua, Patrem vel dominum non teneri de peculio ex contractu inito cum filiofamilias vel ſeruo, niſi quatenus peculium locupletius factum ſit, quod omnino ita debet accipi, etiamſi ſit in peculio vnde ſolui poſſit, deducto etiam omni eo quod domino vel patri debetur, vt melior ſit conditio patris vel domini quando contractum eſt cum filio vel ſeruo impubere, quàm ſi cum pubere. Nam neque ex contractu facto cum pubere teneri poſſet ſuprà quàm locupletius factum fuiſſet peculium, ſi in peculio nihil eſſet. At huius loci ſententiaè contrario eſt affirmatiua, Patrem ex geſtione negotiorum filij teneri quatenus locupletior ex ea adminiſtratione factus eſt, etiamſi nihil ſit in peculio poſt factam deductionem omnium eorum, quæ patri ipſi debentur, quia locupletior fit pater ex adminiſtratione hoc ipſo, quod ob factam geſtionem negotiorum filij habet quod poſſit ex peculio locupletiore facto deducere vt tibi ſoluat, qui alioquin non haberet. Quod ergo ſi quis contraxerit cum filiofamilias vel ſeruo pubere & peculium locupletius factum ſit, ita tamen vt deducto omni eo quod patri dominóve debetur, nihil ſuperſit in peculio. An adhuc dabimus ei, qui contraxit aduerſus patrem vel dominum de peculio actionem? Non puto, quia, vt iam dixi, vbi peculium nullum eſt, neque actio de peculio vlla eſſe poteſt.

An igitur dabimus negotiorum geſtorum actionem? vt in ſpecie huius §. Ne hoc quidem; quoniam is qui cum filiofamilias vel ſeruo ſiue pubere ſiue impubere contraxit, neque filij aut ſerui, neque patris aut domini negotia gerere voluit, ſed ſua. Neque rurſus patri aut domino condici poteſt id quo locupletius peculium factum eſt, vulgari condictione ex *lege ſi me & Titium 32. de rebus creditis.* Quaſi pecunia creditoris penes patrem aut dominum locupletiorem factum ſine cauſa reperiatur. Non enim reperitur ſine cauſa quod ex iuſto filijfamilias vel ſerui contractu quæſitum fuit: debétque ſibi imputare extraneus qui cum filiofamilias vel ſeruo contraxit, cur non antea diligentius inquiſierit in facultates peculij, & quantum patri vel domino deberetur, vt ſcire poſſet an peculium ſoluendo eſſet, necne, argument. *lege qui cum alio 19. de regulis iuris.* Nam ex pecunia poſteriorum creditorum priores dimitti nihil prohibet, nec tamen ea res condictionem acquirit poſteriori contra priorem, qui ſuum recepit, *lege ſi venire 24. §. vltimo de rebus auctoritate iudic. poſſidendis* iunct. *leg. repetitio 44. de condictione indebiti*, cum ſimilibus. Ita ergo fiet vt melior ſit conditio eius qui abſentis negotia filijfamilias vel ſerui gerit, & cum eo quaſi contrahit, quàm illius qui contrahit cum filiofamilias præſente. Hic enim ſolum filium ſibi ex contractu obligat in ſolidum, patrem verò non niſi de peculio, ac proinde ita demum ſi aliquid ſit in peculio deducto omni eo, quod ipſi etiam patri debetur. Qui verò abſentis filijfamilias negotia vtiliter geſſit, non tantùm filium ipſum habet ſibi in ſolidum obligatum ex quaſi contractu & actione negotiorum geſtorum, ſed etiam patrem etiam ſuprà quàm in peculio, & quidem eadem actione negotiorum geſtorum, ſed non ad eundem modum, id eſt, non in ſolidum, ſed quatenus duntaxat locupletius peculium, & locupletior pater ex ea adminiſtratione factus eſt, quia eatenus verum eſt patris quoque negotium geſtum fuiſſe in effectu, licèt nihil patris contemplatione geſtum ſit, quia nec nouum eſt vt negotiorum geſtorum actio detur, etiam contra eum, cuius intuitu nihil geſtum eſt, & tamen non in ſolidum, ſed quatenus tantùm is locupletior factus eſt, vt puta in pupillum, in ſpecie huius legis in prin. Sufficit enim eum qui geſſit habuiſſe animum gerendi negotia aliena, & vtiliter geſſiſſe negotia etiam patris, quem potuit ſibi non minùs quàm filium obligare, ſaltem quatenus locupletior factus eſſet. arg. *dict. leg. atquin. 19. §. ſi libero infrà, hoc tit.*

7 ¶ Sed ſi hominis liberi, qui tibi bona fide ſeruiebat, negotia geſſero: ſi quidem putans tuum eſſe ſeruum geſſi, Pomponius ſcribit, earum rerum peculiarium cauſa, quæ te ſequi debent, tecum mihi fore negotiorum geſtorum actionem. Earum verò rerum, quæ ipſum ſequuntur, non tecum, ſed cum ipſo: ſed ſi liberum ſciui, earum quidem rerum, quæ eum ſequuntur, habebo aduerſus eum actionem: earum verò, quæ te ſequuntur, aduerſus te.

Ad §. 7. Sed ſi hominis.

Ratio dubitandi. *Si hominis liberi, qui bona fide tibi ſeruiebat,* negotia peculiaria geſſi putans eum ſeruum tuum eſſe, id ſanè egi vt non illum mihi, ſed te obligarem. Sciebam enim ſeruum obligari mihi non poſſe ciuiliter, *leg. nec ſeruus 41. de pecul.* Neque ipſum actione aliqua vel conuenire vel conueniri poſſe, *lege quoties 13. ſi quis caut.* Ergo etiam earum rerum nomine quæ liberum hominem ſequuntur, nec bonæ fidei poſſeſſori per eum acquiruntur, id eſt, quæ aliunde quàm ex operis ſuis, vel ex re bonæ fidei poſſeſſoris obuenerunt, *leg. liber homo 19. l. qui bona fide 23. de acquir. rer. do.* Danda mihi eſt contra te non contra ipſum actio negotiorum geſtorum, ſicut & earum nomine quæ te ſequuntur. Alioqui induceretur diuiſio voluntatis, quod fieri non debet, vt dixi ad §. 4. *verſ. quod ſi & ſuum, huius legis.*

Ratio decidendi. Eadem penè quæ ad illum verſ. Actio negotiorum geſtorum non tam ex opinione & affectione geſtoris, quàm ex ipſo negotio geſto naſcitur ac proinde contra eum danda eſt cuius negotia vtiliter geſta reperiuntur, etiamſi de illo non cogitauerit, is qui geſſit: vt videre eſt in iis ferè omnibus ſpeciebus de quibus in hac lege Vlpianus hucuſque dixit, iunct. *l. atquin. 19. §. ſi libero. & l. ſi liber homo 36. inf. eod.* Eadem porrò dubitandi & decidendi ratio eſt circa aliam ſpeciem quæ ſequitur apud Vlp. ſi hominis liberi qui bona fide mihi ſeruiebat negotia geſſerim cùm liberum eſſe ſcirem.

8 ¶ Si

8 ¶ Si Titij ſeruum putans, qui erat Sempronij, dedero pecuniam, *ne occideretur*; vt Pomponius ait, habebo negotiorum geſtorum aduerſus Sempronium actionem.

Ad §.8. Si Titij.

Ratio dubit. Is qui Titij ſeruum putans Stichum qui tamen erat Sempronij dedit pecuniã ne occideretur, non Sempronij negotium gerere voluit, ſed Titij. Ergo cõtra Titium actionem habere debet negotiorum geſtorum, non contra Sempronium, vel ſaltem contra neutrum.

Ratio decidendi. Voluit gerere negotium Titij, ſed in effectu & re vera geſſit negotium Sempronij, cuius erat ſeruus. Proinde contra Sempronium danda ei eſt negotiorum geſtorum actio, quàm contra Titium habere non poteſt. Sic in *leg.5. ſuprà, & tota hac lege.*

9 ¶ Item quæritur apud Pedium libro ſeptimo: ſi Titium quaſi debitorem tuum, extra iudicium admonuero, & is mihi ſoluerit, cùm debitor non eſſet, túque poſteà cognoueris, & ratum habueris: an negotiorum geſtorum actione me poſſis conuenire? Et ait dubitari poſſe: quia nullum negotium tuum geſtum eſt, cùm debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, & ſicut ei à quo exactum eſt, aduerſus eum datur repetitio, qui ratum habuit [a]: ita & ipſi debebit, poſt ratihabitionem aduerſus me competere actio. Sic ratihabitio conſtituet tuum negotium [b], quod ab initio tuum non erat, ſed tua contemplatione geſtum.

Ad §.9. Item quæritur.

Ratio dubitandi. Si Titium quaſi debitorem tuum extra iudicium admonuero & is mihi ſoluerit, cùm debitor non eſſet, quamvis tu poſtea cognoueris & ratum habueris, verum tamen eſt nullum negotium tuum geſtum eſſe cùm debitor tuus non fuerit. Ergo non poteſt inter nos locum habere negotiorum geſtorum actio quæ naſcitur ex geſtione negotij alieni, nec niſi contra eum cuius negotium fuit, *l.3.§.hæc autem actio, ſuprà & paſſ. tot. hac lege.*

Ratio decidendi. Ratihabitio fecit negotium tuum, quod antea ita erat tuum vt tamen non eſſet alienum. Hæc enim vis eſt ratihabitionis ſi modo contemplatione tua negotium geſtum fuerit, vt & in ſpecie, *§.ſeq. & in l. Pomponius 9. inf. eod.*

a *Aduerſus eum datur repetitio, qui ratum habuit.* Ratio dubitandi. Condictio indebiti aduerſus eos ſolos competit, quibus quoquomodo ſoluta fuit pecunia, non aduerſus eos in quorum vtilitatem ſolutio facta eſt, *leg. his ſolu. 49. de condict. indeb.* Oritur enim ex quaſi contractu. Quaſi contractum autem eſt cum eo qui ſolutionem accepit. Atqui in propoſito caſu ſolutio facta eſt non quidem procuratori, quia mandatum nullum interuenit, ſed negotiorum geſtori. Ergo cùm indebitum fuerit quod ſolutum eſt condicendum eſt negotiorum geſtori non domino tametſi ratum habuerit.

Ratio decidendi. Ratihabitio facit vt quod negotiorum geſtori vel procuratori ſolutum eſt ipſi domino ſolutum videatur, leg. *ſi procuratori 14. de condict. cau. dat. leg. cùm indebitum 57. §.1. de condict. indeb. leg. ſi vendidero 80. §. ſi Titius de furt.* Danda ergo eſt actio illa & condictio indebiti non contra negotiorum geſtorem aut procuratorem, ſed contra dominum qui ratum habuit, quæ alioqui contra eum qui accepiſſet daretur, *lege ſi quis negotia. 23. infrà, hoc titulo.* Indéque fit vt qui ratum habuit ſicuti condictione indebiti tenetur, ita & obligatum habeat negotiorum geſtorum vt eam pecuniam quam accepit ſibi reddat. Idque per actionem negotiorum geſtorum vt conſequatur indemnitatem qui alioquin violaretur in damno.

b *Sic ratihabitio conſtituet tuum negotium.* Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mandato, *l. ſemper qui non prohibet 60. de reg. iur. l. vlt. Cod. de SC. Maced.* Atqui mandatum parit actionem mandati, & conſequenter impedit actionem negotiorum geſtorum, quæ ſcilicet nunquam poteſt competere interueniente mandato, *l. ſi mandat. 14. C. hoc tit. l. ex mandato 20. §.1. inf. mandat.* Ergo neque ratihabitio poteſt parere actionem negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Tunc ratihabitio æquiparatur mandato, cùm negotium eius geſtum fuit, qui ratum habet: At ſi non fuit eius negotium, licet eius contemplatione geſtum non poteſt habere vim mandati, quia neceſſe eſt vt ratihabitio prius faciat negotium eius qui ratum habet, quam vt mandato æquiparari poſſit, quando nemo creditur mandaturus alicui vt aliena gereret negotia, quod neque hunc facturum fuiſſe ex eo clarè conſtat quod negotium non ſuum ideò voluit habere ratum vt faceret ſuum: Non poteſt autem vna eadémque ratihabitio ſimul facere vt & negotium quod ratum habeo fiat meum & ex meo mandato geſtum videatur. In iis enim quæ ordinem faciendi requirunt, & voluntate hominis non à lege pendent, non poſſunt duæ res diuerſæ fieri vno eodémque actu, at neque per fictionem induci. Reſponderi etiam poteſt vt dicam ad *leg. Pomponius 9. in finem, Infrà eodem.*

10 ¶ Idem ait, ſi Titij debitorem, cui te hæredem putabam cùm eſſet Seius hæres, conuenero ſimiliter, & exegero, mox tu ratum habueris, eſſe mihi aduerſus te, & tibi mutuam negotiorum geſtorum actionem. Atquin alienum negotium geſtum eſt? ſed ratihabitio hoc conciliat, quæ res efficit, vt tuum negotium geſtum videatur, & à te hæreditas peti poſſit.

Ad §.10. Idem ait.

Ratio dubitandi. Si Titij debitorem cui te hæredem eſſe putabam, cùm Seius hæres eſſet, conuenero, id eſt, admonuero extra iudicium, vt in ſpecie §. præced. ſimiliter & exegero, quamvis tu poſtea ratum habueris, non eò minùs tamen verum eſt nullum negotium tuum geſtum eſſe. Ergo negotiorum geſtorum actio inter nos eſſe non poteſt.

Ratio decidendi. Ratihabitio conciliat hoc negotium, facitque tuum quod re vera non fuerat tuum. Ex quo illud etiam fit vt Seius hæreditatẽ à te petere poſſit poſt ratihabitionem, qui ex eo tempore incipis habere aliquid hæreditarium quod ſufficit, quantulumcunque illud ſit, vt hæreditatis petitio contra te inſtitui poſſit, *l. regulariter. 9. & ſeq. infrà de petit. hæred.* Iunge quæ dixi ad §. præced.

11 ¶ Quid ergo, (inquit Pedius) ſi, cùm te hæredem putarem, inſulam fulſero hæreditariam, túque ratum habueris? an ſit mihi aduerſus te actio? Sed non fore ait: cùm hoc facto meo alter ſit locupletatus, & alterius re ipſa geſtum negotium ſit: nec poſſit, quod alij acquiſitum eſt ipſo geſtu, hoc tuum negotium videri.

Ad §.11. Quid ergo.

Ratio dubitandi. Ratihabitio facit tuum negotium, quod antea non fuit, eaque res parit actionem negotiorum geſtorum, *§. item quæritur. & §. proxim. præcedentis huius legis.* Ergo ſi cùm te hæredem putarem inſulam fulſero hæreditariam, cùm Seius hæres eſſet, túque ratum habueris, danda mihi eſt contra te negotiorum geſtorum actio.

Ratio decidendi. Hæc ſpecies diſſimilis eſt ſuperioribus, quia negotium quod à me geſtum eſt tuo nomine, non ſolùm tuum non fuit cùm hæres non eſſes, ſed etiam reuera fuit alienum, id eſt, Seij, cùm Seio fuerit acquiſitum geſtu ipſo, ſiquidem locupletatus ille eſt facto meo, & cœpit habere inſulam, pretioſiorem quæ in eo erat vt eſſet ruitura. Atqui fieri nullomodo poteſt, vt negotium quod ipſo geſto alij acquiſitum eſt, hoc propter tuam ratihabitionem negotium tuum eſſe videatur. Ratihabitio enim tunc conciliat negotium, vt ex non tuo fiat tuum, cùm non eſt reuera alienum, vt contingit ſi à debitore hæreditario exigam tuo nomine quaſi hæres eſſes cùm alius hæres eſſet: ipſo enim geſtu neque tuum negotium eſt cùm hæres non ſis, neque Seij, cùm huiuſmodi exactione non fiat ille locupletior, ideóque nihil impedit quominùs per ratihabitionem facias tuum negotium quod re vera nullius eſt. At quod iam alterius eſt non ſimiliter poſſis tuum facere, etiamſi maximè velis, quia termini non ſunt habiles, & implicat contradictionem vt quod iam vnius eſt, & eius manet, fiat alterius, *l.5.§.ſi duobus commod. l.de hæred.§.pater de caſtr. pecul.*

12 ¶ Videamus in perſona eius qui negotia adminiſtrat ſi quædam geſſit, quædam non, contemplatione tamen eius alius ad hæc non acceſſit, & ſi vir diligens, quod ab eo exigimus etiam ea geſturus fuit an dici debeat, negotiorum geſtorum eum teneri & propter ea, quæ non geſſit. Quod puto verius. Certè ſi quid à ſe exigere debuit, proculdubio hoc ei imputabitur: quanquam enim hoc ei imputari non poſſit, cur alios debitores non conuenerit, quoniam conueniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen à ſemetipſo cur non exegerit, ei imputabitur, & ſi fortè non fuerit vſurarium debitum, incipit eſſe vſurarium [b]: vt Diuus Pius Flauio Longino reſcripſit: niſi fortè, inquit, vſuras ei remiſerat [c].

Ad §.2. Videamus.

Ratio dubitandi citra mandatum negotia aliena ſponte gerit propria voluntas finem adminiſtrationis facit, abundéque ſufficit ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur, *leg. tutori 20. Cod. hoc titul. leg. tutores 39.§.qui ſe negotiis de admin. tutor.* Ergo qui negotia aliena adminiſtrat ſi quædam geſſit, quædam non geſſit, nunquam teneri debet actione negotiorum geſtorum propter ea quæ non geſſit, nec ſi alius diligentius paterfamilias ea geſturus fuit, adeóque nec ſi huius geſtoris contemplatione alius ad hæc negotia non acceſſerit qui alioqui fuiſſet acceſſurus. Semper enim dicet dominus non fuiſſe defuturum aliquem, qui ſuſcepiſſet negotia ſi hic non cœpiſſet, vt ſcriptum eſt in *l. in commodat.* 17. *§. ſicut commoda.*

Ratio decidendi. Regulariter non tenetur quis actione negotiorum geſtorum ob ea, quæ non geſſit, niſi ſint connexa cum iis quæ geſſit, ita vt non poſſint negligi quin deſerantur ea ipſa quæ ſunt inchoata, quod ſanè nunquam permittitur. *dict. §. ſicut.* Sed tamen ſi conſtet, nec tantùm allegetur verum etiam probetur hunc geſtorem acceſſiſſe ad negotia gerenda eo tempore quo alius aderat, acceſſurus vtique ad eandem geſtionem niſi huius contemplatione ab eo inſtituto reuocatus fuiſſet, magis eſt vt debeat teneri, vtque hoc caſu ſimilis ſit protutori, qui omnimodo tenetur de neglectis iis quæ alius veriſimiliter geſturus fuit, *d. §. qui ſe negotiis* iunct. *l. 1. §. vlt. de eo qui pro tutor.* Sed probationem hoc caſu à domino exigimus ſcilicet quòd contemplatione huius geſtoris alius non acceſſerit qui fuerat acceſſurus, ſicut & probare pupillus debet alium diligentiorem patremfamilias geſturum fuiſſe, quæ protutor neglexit ſi is ſe pro tutore non geſſiſſet.

a *Certè ſi quid à ſe exigere debuit.* Ratio dubitandi. Exactio præſupponit actionem. Eſt enim effectus actionis, *leg. exigere 65. infra, de iudic.* Atqui nullam actionem poteſt habere negotiorum geſtor, neque ex propria perſona cùm non ſit creditor, neque ex perſona domini cùm nullum habeat mandatum. Multò minùs verò contra ſeipſum, quia cum ſeipſo agere non poteſt, *leg. nec cum filiofamilias* 16. *de furt.* Ergo negotiorum geſtori nunquam poteſt imputari cur debitum non exegerit præſertim à ſemetipſo.

Ratio decidendi. Alios quidem debitores in iudicio conueniendi facultatem non habet geſtor, quia nullam actionem intendere potuit, neque rurſus agere ſine actione, & ideò nihil ex hac parte poteſt ei imputari etiamſi debitores interim facti ſint non ſoluendo quomodo, & de illo ſcriptum eſt qui tutor eſſe deſiit, *dicta leg. tutores 39. in prin. lege, cùm poſt mortem 43. in princip. infrà, de adminiſt. tutor.* Sed aduerſus ſeipſum vt ſolueret quod ſe debere ſciebat, nulla ei opus fuit actione, quia potuit & debuit ſibi ipſi vltro ſoluere bonámque fidem agnoſcere vt de tutore quoque ſcriptum eſt, in *lege quoties 9. §. & generaliter eodem titulo*, cùm actiones non niſi in perfidos ſint comparatæ, & aduerſus eos qui ius gentium violant & quorum fidem creditor ſecutus eſt vt Theoph. ſcribit initio, *tit. De act. ex leg. cùm amplius* 184. *§. is natura debet. de reg. iur.*

b *Incipit eſſe vſurarium.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. qui ſine vſuris 38. inf. hoc tit.*

c *Niſi fortè inquit vſuras ei remiſerat.* Senſus eſt debitum quod nunquam fuit vſurarium, facilius fieri vſurarium in perſona eius qui creditoris ſui negotia geſſit, quàm debitum quod fuit quidem ab initio vſurarium, ſed poſtea eſſe deſiit remiſſis per creditorem vſuris, ſiue expreſſa conuentione ſiue tacita, vt in *leg. quidam 17. §. D. Pius de vſur. l. vir vſur. 54. de donat. int. vir. & vxor.*

Ratio dubitandi. Vnaquæque res facile redditur priſtinæ ſuæ formæ. *leg. ſi vnus. 27. §. pactus ne peteret in fin. de pact.* Ergo debitum quod aliquando fuit vſurarium licet eſſe deſierit, facilius tamen vſurarium fieri poteſt ex ſuperueniente geſtione quam quod nunquam fuit vſurarium.

Ratio

Ratio decidendi. Facilè vnaquæque res redit ad priſtinam ſuam formam, ſi ea fuit naturalis. Nam & illud eſt, quod ſolemus dicere. Vnamquamque rem facilè redire ad ſuam naturam. Atqui natura debiti pecuniarij non eſt vt ſit vſurarium, quia vſura iure non natura percipitur, *l. ſi nauis 62. de rei vindic.* Eſt enim pecunia res ſterilis quæ pecuniam aut quid aliud naturaliter gignere non poteſt. Vnde fit vt toto iure noſtro vſura pecuniæ fœnebris ſit odioſa, *leg. 3. iunct. l. frum. 12. & l. oleo 23. C. de vſur.* Non eſt igitur fauorabilius debitum quod fuit aliquando vſurarium: quàm quod nunquam. Imò poſtquam remiſſæ ſemel vſuræ fuerunt ſiue expreſsè ſiue tacitè, tam fauorabilis eſt ea remiſſio, vt noua & expreſſa conuentione opus ſit ad nouam obligationem vſurarum inducendam. Ne alioqui debitum fiat vſurarium non modò ratione iuris non ſuffragante, ſed etiam voluntate creditoris refragante. Etſi enim ſuperuenit, geſtio, non eò minus tamen intelligitur durare voluntas creditoris qui vſuras remiſit cùm eo abſente & ignorante geſtio fiat.

7. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

QVia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in ſtipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.

Ad l. Quia tantundem 7.

Ratio dubitandi. Etiam in bonæ fidei iudiciis datus iudex adſtrictus eſt formulæ non minùs quam in ſtrictis: Atqui in formula nihil exprimitur, neque ſolet exprimi de vſuris. Ergo ad inducendam condemnationem vſurarum fortior eſt ſtipulatio in quam nominatim vſuræ deductæ ſint, quàm officium iudicis. Nullus enim ambigendi locus relinquitur, quin ea omnia quæ in ſtipulationem expreſſim deducta ſunt debeantur, & ſint etiam deducenda in condemnationem, *leg. quicquid 98. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Eſt quidem iudex datus & pedaneus ſemper adſtrictus formulæ, ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris, ſiue denique arbitrarium iudicium proponatur, ita vt ſi iniqua ſit formula & ab improbo aut imperito prætore dictata, iniquam etiam & improbam iudicis ſententiam eſſe omnino oporteat, quantumvis ſit ille, & iuris & officij peritiſſimus, vt loquitur M. Tullius. 4. in Verrem. Sed notiſſimum eſt in eo vno differentes fuiſſe formulas iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod in formula iudiciorum bonæ fidei addebat prætor verba illa *ex fide bona*, quæ in formula iudiciorum ſtricti iuris nunquam addebantur. Faciebat autem hæc adiectio, vt ex ipſis etiam verbis formulæ liberum eſſet iudici aut potius neceſſarium pronunciare quicquid ex bono & æquo eſſe videretur, ac proinde etiam de vſuris ſi quæ ex mora non minùs quàm ex ſtipulatione deberentur, quia nimirum id exigit bona fides quæ in huiuſmodi iudiciis dominatur, vt ex mora & vſuras & fructus præſtari oporteat, *l. mora 32. §. in bonæ fidei, infrà de vſur. leg. in bonæ fidei 13. Cod. eod. leg. 3. C. in quib. cauſ. reſt. non eſt neceſſ.* Non quaſi debeantur iure obligationis, ſed quia officio iudicis & ex æquitate iudicij, *leg. qui per colluſionem 49. §. 1. de action. empt. leg. quæro 54. locat.* vt & ſumptibus de quibus in *leg. 3. C. de fructib. & lit. exp.* Tantundem ergo iudicis officium poteſt ad vſurarum condemnationem faciendam, quantum expreſſa vſurarum ſtipulatio. Niſi quod ſublata actione bonæ fidei ſiue per ſententiam ſiue quo alio iure nullus amplius de vſuris pronunciandi locus relinquitur, *d. leg. qui per colluſionem. §. 1.* De quibus tamen pronunciari & poſſet & deberet ſi ex ſtipulatione deberentur, aut alterius obligationis iure non officio iudicis. Nimirum quia iudicis officio locus eſſe nullus poteſt, ſi nulla ſit actio. Vnde eſt quod interpretes vulgò hoc officium iudicis mercenarium appellant, quòd ſubſeruiat actioni ad differentiam officij nobilis vt vocant, quod per ſe nullaque actione præſuppoſita exercetur. Sed ridiculè vt aliàs docui. Nihil enim tale vnquam apud prudentes reperias. Quid ergo iuris erit hodie poſt differentias formularum adeóque impetrationes ſublatas? ex *titul. de formular. & impetrat. action. ſublat. C. idem prorſus.* Etſi enim formulæ ſublatæ ſunt, actionum tamen natura non magis eſt immutata quam in totum ſublata: Sempérque intereſt quanam actione agatur & quænam competat, licèt hanc aut illam impetrari non ſit neceſſe.

d *Officium iudicis valet.* Ratio dubitandi. Officium iudicis nunquam facere poteſt vt vſuræ debeantur, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, niſi mora interueniente, *dict. leg. 3. C. in quibus cauſis reſtit. non eſt neceſſ. leg. Titio Seio 87. §. vſur. de legat. 2.* Atqui mora nulla eſſe poteſt vbi nulla eſt petitio, *leg. mora 32. in princip. de vſuris. leg. ſi pupillus 127. de verbor. obligat. leg. nulla 88. de regul. iur.* Nemo autem poteſt petere à ſeipſo, *leg. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Ergo non probat hæc ratio quod probare vult Paulus eum qui creditoris ſui negotia geſſit, cur pecuniam ſine vſuris debebat, incipere vſuras debere actione negotiorum geſtorum, ex quo die potuit & debuit ſibi ſoluere.

Ratio decidendi. Cùm quis à ſeipſo exigere quid debet, nulla interpellatione aut petitione opus eſt ad moram contrahendam, quia eo caſu contrahitur ipſo iure & re ipſa, vel ob hoc ipſum quod debitor ſuggerente ſola debiti conſcientia ſeipſum interpellare debuit, *dict. l. 3. & d. §. vſuras.* Quidni enim potuit ſibi ſoluere qui ab aliis quoque debitoribus ſolutionem accepit? arg. *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo de vſur.*

a *In ſtipulatione.* Ex qua naſcitur actio ſtricti iuris in qua nullus vnquam iudicis officio locus eſſe poteſt, quod ad vſuras attinet, ſed tantùm quod ad fructus, ſi qui poſt litem conteſtatam percepti ſint, idque ex ſententia Sabinianorum, *leg. videamus 38. §. ſi act. de vſur.* Cuius ratio redditur in *leg. eod. tit.* At negotiorum geſtorum actio, vt initium huius legis demonſtrat, bonæ fidei eſt, *l. & in contraria 37. eod. tit. de vſur. leg. in bonæ fidei 13. C. eod.*

8. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SI autem is fuit, qui negotia adminiſtrauit, à quo mandatum non exigebatur: poſſe ei imputari [a], cur oblata de rato cautione, eum non conuenit: ſi modò facile, ei fuerit ſatiſdare. Certè in ſua perſona indubitatum eſt: & ideò ſi ex cauſa fuit obligatus [b], quæ certo tempore finiebatur [c], & tempore liberatus eſt: nihilominus negotiorum geſtorum, actione erit obligatus. Idem erit dicendum [d] & in ea cauſa, ex qua hæres non tenetur, vt Marcellus ſcribit.

Ad l. Si autem 8.

a *Poſſe ei imputari.* Ratio dubitandi. Edictum prætoris quod coniunctis poteſtatem facit vt poſſint agere pro coniuncto, etiamſi mandatum nullum proferant, oblata tantùm ſatiſdatione de rato, *leg. ſed & hæ 35. in princip. de procuratorib.* Non facit eos procuratores, *lege 3. §. ſed ſi fortè. iudicat. ſoluen.* Ergo non poteſt iis imputari, cur non egerint, etiamſi ſatiſdare potuerint, quia quod arbitrio & facultati committitur, non etiam committitur iuris neceſſitati, *leg. non quicquid 40. infrà de iudiciis.* Nam & ſi expreſſim mandaretur iis vt agerent, liberum haberent vel ſuſcipere mandatum, vel recuſare, *lege in commodato 17. §. ſicut commodat. leg. ſi mandauero 22. §. vlt. mandat.*

Ratio decidendi. Si nihil geſſiſſent pro coniuncto, nihil poſſet iis imputari. Sed cùm quis cœpit gerere, imputandum ei eſt ſi non fecerit omne id quod alius diligens paterfamilias facere potuiſſet & debuiſſet. Atqui potuit exigere non tantùm à ſeipſo, ſed etiam ab aliis debitoribus oblata rati ſatiſdatione, ſi modò in eius poteſtate fuit vt ſatiſdaret. Ergo hoc quoque nomine condemnandus eſt actione negotiorum geſtorum: nempe ſi eius contemplatione alius ad hæc negotia gerenda non acceſſit, qui alioqui fuerat acceſſurus. Hoc enim repetendum eſt ex ſpecie, *§. vltimo, lege 6. ſuprà.* Vt hic locus aliquam habeat rationem. Quanquam, vt liberè dicam quod ſentio, mihi hæc ratio ſatisfacere nequaquam poteſt. Nam etſi ponas alium fuiſſe acceſſurum ad negotia gerenda, qui contemplatione eius qui prior occupauit, non acceſſerit, non ideò tamen aſſequeris vt acturus ille fuerit aduerſus alios debitores. Nec enim agendi ius haberet, ne quidem oblata cautione nullo allegato mandato: niſi addceres æquè illum coniunctum eſſe, & ex iis perſonis à quibus mandatum non exigatur, quod ſanè minùs eſſet commentitium. Quod ſi nequidem illud repetas ex *§. vltimo lege præced.* Tantò euidentior erit ratio, quæ faciet pro geſtore. Quia nimirum is qui aliqua negotia geſſit, non ob id cogendus fuerit alia gerere, ne quidem ea quæ ſine vllo ſuo incommodo gerere potuiſſet, *lege tutori 20. Cod. hoc titulo, lege tutores 39. §. qui negotiis de admin. iſt. tutorib. ue.* Quantò minùs ea quæ non potuit gerere ſine ſatiſdando? Nam & eo caſu quo facilè fideiuſſorem inuenire quis poſſit, habet tamen ſatiſdatio ſua incommoda, nec ratio vlla probabilis afferri poteſt, cur debeat quis teneri ſine negotiorum geſtorum actione ſiue alia ob id ſolùm, quòd alieni compendij gratia non quæſierit & dederit fideiuſſorem, quem inuenire pleriſque impoſſibile, multis difficile, omnibus ſanè oneroſum & graue eſt. Vel ideò quod non niſi valdè imprudenter & ingratè poſſis recuſare, ne poſtea quandocunque rogatus fidem tuam obſtringas pro eo, qui prior ſuam pro te obſtrinxerit. Quare, aut valde me fallo, aut totum huius legis initium vſque ad verba illa *& ideò*, Triboniani eſt, volentis extendere Vlpiani ſententiam ad alium caſum tanquam ſimilem, qui tamen omnino diſſimilis eſt, ſed dubitanter, vt ſolet. Quod enim ait *poſſe ei imputari*, non abſolutè dictum videri debet, ſed pro eo quod voluit Tribonianus, & ſolet dicere *poſſe dici ei imputandum*, vt probat manifeſtè quod ſequitur, *certè in ſua perſona indubitatum eſt.* Non enim potuit apertiùs exprimi ſententiam præcedentem non carere dubitatione. Quam & ſubinde aliquo temperamento corrigendam Tribonianus more ſuo putauit, adhibita ſcilicet illa diſtinctione, *ſi modò facile ei fuerit ſatiſdare*, quaſi verò nullo penitus incommodo afficiatur is qui ſatiſdare cogitur cùm poteſt. Quod ſi ita eſſet, cur contumeliam ſatiſdationis dixiſſet idem Vlpianus in *leg. teſtamento 17. §. vltimo de tutor. & curator. dat.* Cur etiam in *lege hac ſtipulatio 14. in finem, vt legat. nomin. caueat.* Iniquum eſſe onerari quem ſuperuacua cautione? Cur denique paſſim Iureconſulti onus ſatiſdationis appellarent? Atqui nullum incommodum eſt eius, qui à ſeipſo exigere debuit, nec exegit. Non enim ſatiſdare in eam rem debuit, in quo euidens diſſimilitudo eſt harum ſpecierum, quas Tribonianus pro ſimilibus accepit. Qui agit ſine mandato tanquam coniuncta perſona non agit ſine actione, nec rurſum ſine ſatiſdatione. Qui verò debuit à ſeipſo exigere, is neque actionis ius & commodum deſiderare potuit, neque ſatiſdationis incommodum timere.

b *Et ideò ſi ex ea cauſa fuit obligatus.* Congruit optimè hæc illatio cum fine *leg. 6.* Vbi actum eſt de illo qui à ſeipſo exigere potuit, & debuit, & cuius debitum ex non vſurario factum eſt ob eam cauſam vſurarium. Eadem enim ratio quæ hoc euincit, illud etiam facit, quod hic ſubiicitur, vt ſi is qui creditoris ſui abſentis negotia geſſit, ex ea cauſa fuit obligatus quæ tempore finiebatur, & tempore liberatus ſit, nihilominùs negotiorum geſtorum actione ſit obligatus. Quò magis veriſimile fit quod volumus totam intermediam ſententiam non Vlpiani eſſe, ſed Triboniani, qui vt ad Vlpianum quem interpolauerat rediret, neceſſe habuit verſiculum illum addere, *Certè in ſua perſona indubitatum eſt.* Satis ineleganter, pro eo quod voluit dicere *in ipſius perſona quantum ad ea, quæ à ſeipſo exigere debuit.*

c *Quæ tempore finiebatur.* Ratio dubitandi. Qui liberatur tempore, liberatur ſolo lapſu temporis, ac ſine vllo facto ſuo, neque verò poteſt facere vt non liberetur ſi contra eum non agatur, non magis quàm vt tempus quod ſui natura in continuo fluxu eſt, non elabatur. Nec poteſt calumniari creditor cui actio periit tempore acturum ſe fuiſſe intra tempus conſtitutum, ſi debitor eius negotia non geſſiſſet, cùm ponamus geſta eſſe negotia & abſentis & ignorantis. Cur ergo deterior erit conditio geſtoris ob id quod ſaltem in aliqua re amici officium impleuerit, cùm etiamſi nihil geſſiſſet, non eò minus perituta actio fuiſſet, argumento, *leg. ſi plures 14. in finem depoſit. lege is qui 44. ex quibus cauſam maiorem, lege ſi alius 7. §. eſt & alia quod vi aut clam.* Non enim perit actio propter geſtionem, ſed propter lapſum temporis. Non quaſi tempus ſit modus tollendæ obligationis, *lege obligationum ferè 44. § placet. de obligat. & action.* Sed quoniam actio certo tempore coarctata ab iis ipſis legibus à quibus inducta fuit, vltra tempus illud porrigi & viuere non poteſt, *tot. tit. de perpet. & temp. act. iunct. leg. imperator 8. in fin. ſupr. de poſtul.*

Ratio decidendi. Geſtio non impedit quin actio temporalis tempore ſuo finiatur, ſed facit vt ex eo tempore quo negotia geri cœperunt, ac proinde priuſquàm tempore finita eſſet, ea actio videatur transfuſa in actionem negotiorum geſtorum, vt in *leg. ſi tutor. 13. de tutel. & rat. diſtr.* Aut ſaltem vt poſteaquàm tempore finita eſt, incipiat geſtor teneri eo nomine actione negotiorum geſtorum, quaſi malè geſſerit negotia in eo quod paſſus eſt eam actionem perire tempore cuius commodum ſaluum facere poterat abſenti, ſi pecuniam quam faciebat ſe debere à ſeipſo exigere vt debuerat, voluiſſet: Aut denique, vt teneri debeat geſtor, non quaſi debitor ex priſtina actione, nec quod à ſeipſo non exegerit, at contraria potiùs ratione quòd à ſeipſo exegiſſe credendus ſit, & conſequenter perinde habendus ac ſi à quolibet alio debitore exegiſſet. Quælibet enim ex his tribus cauſis ſufficiens eſt ad inducendam actionem negotiorum geſtorum. Secunda tamen conuenientior videtur, *l. atquin 19. in princ. inf.*

d *Idem erit dicendum.* Ratio dubitandi. Actio quæ finitur morte nec in hæredem dari poteſt, quales ſunt actiones furti, iniuriarum de dolo & ſimiles non ideò perit creditori, quod eius negotia geſta ſint, nec alio

vllo

vllo facto geſtoris, ſed ſolo facto, & ob id tantùm quod geſtor, idémque debitor deceſſerit priuſquam conueniretur. Ergo non poteſt eo nomine teneri ipſius hæres actione negotiorum geſtorum quippe quam neceſſe ſit oriri, ex ipſo negotio geſto, *leg. 3. §. hæc autem actio, ſupra hoc tit.*

Ratio decidendi. Etiam hoc caſu naſcitur hæc negotiorum geſtorum actio ex ipſa geſtione, cùm non alia de cauſa is qui creditoris ſui negotia geſſit relinquat moriens hæredem ſuum obligatum eius quoque actionis nomine quæ morte finiebatur, quam quod à ſeipſo ante mortem ſuam intelligatur eam pecuniam exegiſſe aut quia non exegerit, culpam ſaltem leuem contraxiſſe cùm diligens quilibet geſtor alius id facturus fuerit. Cuius culpæ, etiam quæ leuis tantùm ſit, ſuccedaneum relinquit hæredem qui etiam vitiorum defuncti omnium ſucceſſor eſt, *d. §. hac autem actio. iunct. l. tutori 20. C. eod. l. cùm heres 11. de diuerſ. tem. præſcr.*

1 ¶ Item ſi fundum tuum, vel ciuitatis per obreptionem petiero, negotium tuum, vel ciuitatis gerens, & ampliores, quàm oportuit, fructus fuero conſecutus, debebo hoc ipſum tibi, vel reipublicæ præſtare, licèt petere non potuerim.

Ad §. 1. Item ſi fundum.

Ratio dubitandi. Qui mandatum nullum habet, actionem ſiue perſonalem, ſiue realem alterius nomine inſtituere nullam poteſt, *leg. 6. §. vltim. ſupra.* Quia nemo agit ſine actione, *leg. quoties 9. §. & generaliter. de administrat. tut.* Ergo ſi fundum tuum vel ciuitatis petiero per obreptionem, id eſt, ſimulans me habere mandatum, quod tamen re vera nullum habebam, & obtinuero non tantùm fundum, ſed etiam fructus, & quidem ampliores quàm oportuit, putà ex die moræ controuerſiæ, quos ex ratione iuris non potuiſſem petere etiam cum mandato, niſi à die litis conteſtatæ contra bonæ fidei poſſeſſorem, licèt animum habuerim gerendi tua vel ciuitatis negotia, non poſſum tamen actione negotiorum geſtorum teneri tibi aut ciuitati, vt eos fructus reſtituam, qui neque peti, neque in condemnationem deduci potuerunt, quia eos habui non propter geſtionem, ſed propter imperitiam & iniuriam iudicis, quæ lucro meo cedere iuſtiùs debet, quàm tuo, argumentator, *lege 3. ad legem Falcidiam. leg. ſi per imprudentiam 51. de euiction. l. exceptione 67. de fideiuſſ.*

Ratio decidendi. Qui alienis negotiis ſe immiſcet, cùm bonam fidem non minùs quàm procurator præſtare debeat, nihil commodi ex iis retinere ſibi debet, ne quidem quod per errorem aut iniuriam iudicis conſecutus eſt, *leg. qui proprio 46. §. procur. ſuprà de procur.* Id enim non eſſet ex bona fide: ſatiſque ei eſſe debet quod nec damnum ſenſurus ſit, ſi nihil fecerit quod ei poſſit imputari, *leg. ſi quis negotia 21. infrà. hoc titulo.* Atqui non poteſt damnum ſentire, etiamſi domino reſtituat quod indebitè conſecutus fuit ex iudicato, quia licèt condictione indebiti teneatur, ipſe non dominus ſi ratihabitio nulla ſequatur, vt dixi ad *§. item quæritur. l. 6. ſup.* Tamen tamen non poteſt condictio eius quod ſolutum fuit ex iudicato, cùm nec indebitum dici poſſit quod in condemnationem deductum eſt. Res enim iudicata pro veritate habetur, *l. Iulianus 59. de cond. indeb.* Præter id quod ſatis ratum habet iudicatum dominus qui negotiorum geſtorum agit vt quod geſtor ex iudicato conſecutus eſt reſtituat.

2 ¶ Si quocunque modo ratio compenſationis habita non eſt à Iudice, poteſt contrario iudicio agi. Quòd ſi examinationem [a] reprobatæ fuerint penſationes [b]: verius eſt, quaſi re iudicata, ampliùs agi contrario iudicio non poſſe [c], quia exceptio rei iudicatæ opponenda eſt [d].

Ad §. 2. Si quocunque modo.

Ratio dubitandi. In compenſationem hoc caſu illud ipſum deductum eſt quod in contrariam negotiorum geſtorum actionem deduci potuiſſet. Nimirum id quod negotiorum geſtor ſe in aliena negotia bona fide impendiſſe affirmauit. Ergo ſi compenſationis ratio à iudice habita non eſt, neque contrario iudicio agi poterit: quia exceptio rei iudicatæ opponi poteſt, quoties de eadem re agitur in poſteriore iudicio de qua in priore actum fuit, licèt non eadem actione, *leg. de eadem re 5. de except. rei iudi.*

Ratio decidendi. Compenſatio tametſi fauorabilis exiſtimatur quod intererſit non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. de compenſ. l. ſi ſtipulat. 15. de fideiuſſ.* Non tamen ſemper fauore digna eſt, ſed eo demum caſu quo ex probationibus facti apparet verè debitum id eſſe cuius compenſatio obiicitur. Si enim res altiorem requirat indaginem non eſt audiendus compenſare volens ne rei iudicandæ iam paratæ mora fiat, ex eáque cauſa in longius tempus lis protrahatur, quod olim videtur in arbitrio fuiſſe iudicantis, hodie verò expreſſim ita ſancitum à Iuſtiniano in *l. vlt. C. de compenſat.* Hoc igitur caſu bonus iudex nullam oppoſitæ compenſationis rationem habere debet, neque tamen ea mente vt qui eam oppoſuit à iure ſuo cadat, ſed vt veritati locus ſuperſit, & petitioni per contrariam actionem inſtituendæ. Itaque cùm iuſtè fieri vtrumque poſſit vt & compenſationis ratio non habeatur, & nihilominùs in contrario iudicio vincere debeat is qui oppoſuerat compenſationem, apparet ex eo quod compenſationis ratio habita non eſt, exceptionem rei iudicatæ oriri non poſſe aduerſus contrariam actionem, cùm non ſemper idem ius ſit actionis contrariæ ſubmouendæ, & compenſationis interim reiiciendæ.

a *Quòd ſi poſt examinationem.* Id eſt, poſt diſcuſſam quæſtionem facti, fortè quòd non minùs obſcura eſſet actoris intentio, nec citiùs expediri poſſet, quod euenit plerumque.

b *Reprobatæ fuerint penſationes.* Id eſt, reiectæ tanquam improbæ, aut quia non veræ, aut quia etiamſi veræ, non tamen iuſtæ. In his enim duobus tota cauſæ cognitio conſiſtere ſolet, vt iudex negotij, & veritatem & iuſtitiam examinet, *leg. 3. ſuprà, de in integr. reſtitut.* Quorum prius ad factum ſolum, poſterius verò ad ius refertur.

c *Quaſi re iudicata amplius contrario iudicio agi non poſſe.* Ratio dubitandi. Non eſt bona conſecutio à compenſationis exceptione reiecta ad contrariam actionem reiiciendam, vt proximè dictum eſt. Ergo is qui nunc agit contrario iudicio negotiorum geſtorum non eſt ſubmouendus exceptione rei iudicatæ ob id quod compenſatio quam idem oppoſuit antea, fuerit reprobata, Nam cùm quæritur an res iudicata noceat, eandem rem eſſe oportet, *leg. cùm quæritur 12. cum duabus ſeqq. de exception. rei iudic.*

Ratio decidendi. Minùs quidem bona eſt conſecutio ſi quis ex eo quod iudex non habuit rationem compenſationis, inferre velit etiam quod ad contrarium iudicium rem iudicatam eſſe. Sed eſt optima ſi compenſatio

ſatio non ſolùm reiecta ſit, ſed etiam reprobata poſt diſcuſſam pleniſſimè totam facti quæſtionem, quia ſic reprobatam eſſe cōpenſationem nihil aliud eſt, quàm pronunciatum fuiſſe nihil deberi ei qui oppoſuit compenſationem. quæ ipſa nihil aliud eſt quàm mutua debiti & crediti facta inter ſe contributio, *l. 1. de comp.* Atqui cùm iudicatum eſt nihil deberi ſiue deſertis verbis, ſiue æquipollentibus id factum ſit, certum eſt neque contrario iudicio peti quicquam poſſe. Vt enim cōpenſari non poteſt, niſi quod debetur, ita nec peti. Nam & quædam compenſari poſſunt, quæ tamē peti non poſſent, vt quod natura tātùm debetur, *l. etiam 6. de compenſ.* At nihil peti poteſt, quod non moltò magis poſſit compenſari, cùm compenſatio non tantùm petitio ſit, *leg. ampl. 15. rat. rem hab.* Sed etiam exceptio & retentio quæ ſolet eſſe fauorabilior actione, *l. 1. de pign. l. 1. §. is autem de ſuperfic.* Nec quod aliud te vera ſit compenſare, aliud agere, poteſt impedire exceptionem rei iudicatæ, quæ vt competat ſufficit in poſteriore iudicio agi de eo ipſo quod iudicatum eſt, licèt alia ſit actio, *l. de eadem re 5. & d. l. cum quæritur* iunctis *duab. ſeq de except. rei iudic.*

d *Quia exceptio rei iudicata opponenda eſt.* Hinc apparet multum intereſſe, quibus verbis ſentētia concipiatur, & quam periculosè errent ex interpretibus & pragmaticis illi qui omnes verborum differentias quaſi verborum aucupia damnant & rident. Compenſationis rationem non habet iudex qui apud nos ſic pronunciat, *ſans auoir eſgard à la compenſation oppoſée*, aut etiam ita *ſans nous arreſter à la compenſation requiſe par le defendeur.* Reprobat verò compenſationem qui adiicit *de laquelle nous l'auons debouté.* Meliùs tamen faciunt & cautiùs, qui vt nullum quæſtioni locum relinquant, cùm nullam compenſationis rationem habent adiiciunt, *ſauf au deffendeur de ſe pourueoir par action ſeparée & à part ſi bon luy ſemble, & au demandeur audit cas ſes deffences au contraire.* Iunge *l. quod autem 7. §. 1. de compenſ.*

3 ¶ Iulianus libro tertio tractat, ſi ex duobus ſociis alter me prohibuerit adminiſtrare, alter non, an aduerſus eum qui non prohibuit, habeam negotiorum geſtorum actionem? mouetur eo, quod ſi data fuerit aduerſus eum actio, neceſſe erit & eum pertingi, qui vetuit: ſed & illud eſſe iniquum, eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari, eùm, ſi mutuam pecuniam alteri ex ſociis, prohibente ſocio, dediſſem, vtique eum obligarem: & puto ſecundùm Iulianum debere dici, ſupereſſe contra eum, qui non prohibuit, negotiorum geſtorum actionem: ita tamen, vt is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per ſocium, neque per ipſum, aliquid damni ſentiat.

Ad §. 3. Iulianus.

Ratio dubitandi. In textu poſita eſt. Cùm ex duobus ſociis quorum negotia pro indiuiſo communia gerere cœperam, alter me prohibuit adminiſtrare, alter non prohibuit, & quæritur an aduerſus eum qui non prohibuit, habeam negotiorū geſtorum actionem, ſi dicas dandam mihi eſſe neceſſe erit vt is etiam qui prohibuit pertingatur, cùm ſocietas quæ inter eos eſt faciat vt dum vnus conuenitur, alius quoque conueniri videatur, *leg. 3. §. nunc de effectu verſiculo, ſed quid ſi ſocij de liber. legat.* Atqui hoc abſurdum, & iniquum eſt eum conueniri actione negotiorum geſtorum qui prohibuit ſua negotia geri licèt vtiliter geſta ſint, quia non quemadmodum ignorantis ita & prohibentis negotia gerendo poſſum mihi contra ipſum acquirere actionem, de quo tamen non videtur omnino conſtitiſſe inter veteres vſque ad conſtitutionem Iuſtiniani in *lege vltima, Cod. hoc titulo.* Vbi magis probat ille ſententiam Iuliani, quæ in hoc ipſo §. refertur & probatur ab Vlpiano. Itémque à Paulo, in *leg. ſi pro te 40. mandat.* Rurſum ſi neges dandam mihi actionem contra eum ex ſociis qui non prohibuerit, fiet vt qui non prohibuit liberetur facto alieno, id eſt, ob ſocij prohibitionem, quod ipſum quoque iniquum eſt, cùm ſi mutuam pecuniam vni ex ſociis altero prohibente dediſſem vtique eum obligaſſem. Nec ſimile eſt quod alieno facto contingit liberatio, cùm is per ſolutionem eius nomine factam ab alio liberatur, *l. ſoluendo 39. inf. hoc tit. l. ſolut. 23. de ſolut.* Ibi enim liberatio contingit ex voluntate creditoris ſolutionem accipientis, & cuius proinde nihil intereſt, hic verò contingeret inuito creditore, id eſt, eo qui pecunias ſuas bona fide in alterius ignorantis quidem, ſed non prohibentis negotia erogaſſet. Neutrum ergo videtur dici poſſe.

Ratio decid. Supereſt contra eum qui non prohibuit, negotiorum geſtorū actio, quemadmodum ſi eius ſolius negotia geſta eſſent, ſed pro parte duntaxat, id eſt, ita tamen, vt neq; conueniatur pro parte ſocij qui prohibuit, neq; rurſum is qui prohibuit vlla ex parte, ſiue per ſocium, ſiue per ſeipſum aliquid damni ſentire poſſit. Hoc enim temperamentum difficultatibus omnibus medetur, vt & in *leg. Granad. 7 t. verſ. cum altero, infra de fideiuſſ.*

SCÆVOLA lib. 1. Quæſtionum.

POmponius ſcribit [a], ſi negotium à te, quamvis malè geſtum, probauero, negotiorum tamen geſtorum te mihi non teneri. Videndum ergo [b], ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum geſtorum pendeat: nam quomodo, cùm ſemel cœperit, nuda voluntate tolletur [c]? ſed ſuperius ita verum ſe putare [d], ſi dolus malus à te abſit. Scæuola: Imò puto, & ſi comprobem [e], adhuc negotiorum geſtorum actionem eſſe. Sed eo dictum [f], te mihi non teneri, quod reprobare non poſſim ſemel probatum, & quemadmodum quod vtiliter geſtum eſt, neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi: ita omne quod ab ipſo probatum eſt. Cæterùm ſi, vbi probaui non eſt negotiorum actio: quid fiet, ſi à debitore meo exegerit, & probauerim? quemadmodum recipiam? item ſi vendiderit? ipſe denique, ſi quid impendit, quemadmodum recipiet? nam vtique mandatum non eſt: erit igitur & poſt ratihabitionem negotiorum geſtorum actio.

Ad l. Pomponius 9.

a *Scribit.* Non tantùm ex ſua, ſed etiam ex communi aliorum prudentum omnium, veraque ſententia, quam & Scæuola probat, ſi negotium à te quamvis malè geſtum probauero, te mihi non teneri negotiorum geſtorum actione.

b *Videndum ergo* ſupple *eſſe ſcribit idem Pomponius.* Eſt enim hic verſiculus etiam ex Pomponio, vt & cætera omnia quæ ſequuntur vſque ad verſicul. Scæuola. Erat autem hæc illatio Pomponij ex ſuperiore prudentum omnium propoſitione. Nam ſi verum eſt quod omnes volunt, non teneri te actione negotiorum,

geſtorum,

geſtorum, ſi negotium quamuis malè à te geſtorum probauero. Ita ergo dicendum erit, inquiebat Pomponius, in dubio hoc & pendêre, An ratum ſim habiturus necne actionem negotiorum geſtorum pendêre. Et hanc illationem ex eo probabat, quod alioqui ſi ſemel cœpiſſet actio non poſſet tolli poſtea nuda voluntate, id eſt, ratihabitione, quæ fit per nudam & quamlibet voluntatem. Hoc enim ſignificant verba illa, *Nam quomodo cùm ſemel cœperit nuda voluntate tolletur?* Quod enim receptum eſt in actione iniuriarum, vt etiam diſſimulatione tollatur, *§. vlt. Inſt. de iniur.* valde ſingulare eſt, & inductum fauore conſeruandæ inter ciues concordiæ per obliuionem iniuriarum, vt non tam actio iniuriarum quàm actionis materia per diſſimulationem tolli videatur. Nam nec iniuriarum actio naſcitur ſimpliciter ex iniuria & contumelia, ſed ita demum ſi is qui iniuriam paſſus eſt eam ſtatim ad animum reuocauerit, *d. §. vlt.* Quid verò intereſt an ad animum nunquam reuocauerit, an verò ſemel reuocatam poſtea deleuerit? vt probum quemque virum, præſertim Chriſtianum facere decet, *l. ſi venditor 6. §. 1. & l. ſeq. de ſeru. expor. l. auxilium 37. de minor.* Cæterùm illud exploratum eſt non niſi certis & legitimis modis finiri & obligatione & actiones, *l. obligationem ferè 44. §. placet. de obligat. & act.* inter eos verò modos non eſſe nudam creditoris voluntatem, cùm nec ſi pacto expreſſo declarata ſit, tamen ſufficiat niſi pactum fuerit legitimum furti ſcilicet, vel iniuriarum, *l. ſi tibi decem 17. §. 1. ſup. de pact.*

b *Sed ſuperius ita verum ſe putare*, ſupple & repete *ſcribit idem Pomponius*. Nam in hoc verſic. eiuſdem Pomponij ſententia refertur exiſtimantis propoſitionem illam iuris à prudentib. omnibus probatam de qua in principio legis, & quæ habet ſi negotium à te, quamuis malè geſtum, probauero, negotiorum tamen geſtorum te mihi non teneri, ſic eſſe accipiendam ſi dolus malus à te abſit. Nempe quòd non ita facilè doli mali atque culpæ remiſſio præſumenda videatur: Nam & inde eſt quod dici ſolet in generali remiſſione dolum malum non venire, *l. Aurelio 20. in fin. de liber. legat. l. 5. §. Iulianus* aliàs *l. quidam decedens. de adm. tutor l. ſi ſeru. vetit. 119. ad l. t.*

c *Scæuola Imo puto etſi comprobem.* Hinc Scæuolæ ſententia incipit reprobantis, non quod Pomponius ex aliorum omnium ſententia dixerat, ſi negotium quamuis malè à te geſtum probauero te mihi negotiorum geſtorum actione non teneri, ſed quod ex ea propoſitione Pomponius inferebat. Pendêre igitur actionem negotiorum geſtorum quandiu pendeat ratihabitio, ne ſubſecuta quandocunque ratihabitione tam agendum ſit de tollenda actione quæ nuda voluntate tolli non poſſet, quàm de impedienda actionis, vt ita dixerim natiuitate. Contrà enim putat Scæuola, neque pendêre interim actionem negotiorum geſtorum, neque ſemel competentem tolli poſtea per ratihabitionem: ſed & ſtatim naſci ex ipſa geſtione, & ſemel natam durare etiam poſt ratihabitionem, idque probat veriùs argumentis in verſ. cæterùm, vſque ad finem legis. An ergo illud etiam improbat Scæuola quod aliis omnibus placet, ſi negotium quamuis malè à te geſtum probauero te mihi negotiorum geſtorum actione non teneri? Imo probat, ſe aliter quàm Pomponius explicat illa verba *te mihi non teneri*. Sic enim Pomponius ea accipiebat, quaſi actio negotiorum geſtorum nulla competat, Scæuola verò ita vt competat quidem, ſed ita tamen vt non eò magis condemnandus ſit is qui malè geſſit, ſicut & ſi benè ac vtiliter geſſiſſet, non eò minùs teneretur. Ideò autem non condemnatur poſt ratihabitionem is qui malè geſſit, quòd reprobare non poſſim id quod ſemel probaui, & quemadmodum quod vtiliter geſtum eſt. id neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi, ita & nunc id quod à metipſo probatum eſt. Sic enim lego non vt vulgò *quod ab ipſo* cùm & præcedentia & ſequentia omnia ſint de me in prima perſona. Ex his apparet, nec illam Pomponij diſtinctionem à Scæuola probari, an dolus malus geſtoris interuenerit necne, Sic enim Pompon. diſtinguebat quod abſurdum putaret ſola ratihabitione tolli actionem negotiorum geſtorum quæ ob dolum competeret. Atqui verum eſt quod vult Scæuola eam actionem etiam poſt ratihabitionem durare etiam dolo nullo interueniente. Non ergo poteſt dolus facere vt magis duret. Nihilne igitur intererit, an dolus interuenerit, necne? Imò intererit, ſed hactenus tantùm vt exceptio ratihabitionis per doli replicationem elidatur, non in eo vt actio retineatur, quæ nunquam per ratihabitionem tollitur, ſiue bene geſtum ſit negotium ſiue malè.

f *Sed eo dictum*, id eſt, *ideò dictum*. ſcilicet non à Pomponio tantum, ſed ab aliis etiam omnibus prudentibus, ex quorum ſententia Pomponius ita ſcripſerat. De huius legis interpretatione, quæ obſcuriſſima eſſe creditur ab iis à quibus malè verba conſtruuntur ſcripſi pluribus lib. Coniect. cap.

g *Nam vtique mandatum non eſt.* Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mandato, *l. vlt. C. de SC. Maced.* Ergo poteſt ratihabitionem actio mandati competere debet non negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Ratihabitio æquiparatur mandato quantum ad hoc ne is qui ratum habuit quod ipſius ignorantis nomine geſtum fuit improbare id vnquam poſſit, non magis quàm ſi idipſum fieri mandaſſet. At non etiam quantum ad hoc vt mandati obligatio contrahatur. Exigit enim illa præcedens mandatum idque verum & expreſſum, non fictum aut tacitum.

10. VLPIANVS lib. 50. ad Edictum.

SEd an vltrò mihi tribuitur actio ſumptuum, quos feci? & puto competere: niſi ſpecialiter id actum eſt, vt neuter aduerſus alterum habeat actionem [a].

Ad l. Sed an vltrò 10.

Hæc lex cùm ſit Vlpiani referenda eſt non ad legem proximè præcedentem quæ eſt Scæuolæ, ſed ad ſpeciem, tractatam in §. *vltim. l. 8.* quæ eſt ex eodem libro Vlpiani de illo qui duorum ſociorum commune negotium geſſit prohibitus ab vno, non etiam ab altero. In qua ſpecie diximus ex Iuliano negotiorum geſtorum agi poſſe contra eum qui non prohibuit. Quod quia ſatis difficile videbatur, & ex quadam æquitate magis quàm ex mera iuris ratione reſponſum, ideò ſubiungit. Vlpianus quaſi difficilius quidpiam. Verum mihi vltrò tribuenda ſit actio eorum ſumptuum nomine, quos feci in negotium commune ſociorum, pro parte ſcilicet eius qui non prohibuit. An verò ita demum, ſi conueniat directa negotiorum geſtorum actione?

Ratio dubitandi. Fauorabilior eſt actio contraria quæ proponitur, cùm directa exercetur, quàm quæ ſola & vltrò inſtituitur, vt dixi ad *l. 6. §. ſed & ſi quis ſupra hoc tit.* in ſpecie illa cùm quis inuaſit mea negotia animo deprædandi. Habet enim contrariam actionem negotiorum geſtorum contra me ſi à me directa conueniatur, non etiam vltrò. quod priore caſu videatur habere actionem ex mea quodammodo voluntate, qui ſciui aut ſcire debui, non poſſe me agere negotiorum geſtorum actione directa etiam contra prædonem, quin hoc ipſo pati debeam actionem contrariam, quaſi quæ eo caſu non tam conuentio quàm reconuentio, aut quaſi quædam compenſatio dicenda ſit, *leg. in rebus 18. §. vlt. commod.* Eſt enim reconuentio fauorabilior conuentione, itémque compenſatio quæ ideò pleriſque caſibus lo-

cum habet, quibus petitio locum habere non poteſt, *l. ſi id quod 28. §. vlt. de don. int. vir. & vxor. l. etiam 6. de compen.* At poſteriore caſu acquireret prædo actionem contra me ex ſua improbitate quod abſurdum eſſet, vt tibi dixi.

Ratio decidendi. Non minor ratio & æquitas ſuadet, vt in propoſito caſu detur actio contraria ei qui ſumptus fecit etiamſi non conueniatur directa quàm ſi conueniretur, cùm nihil dolo malo aut alter fecerit propter quod non ei licere debeat, vltro agere ad ſumptus repetendos quos vltrò fecit bona fide. Nam licèt actio contraria ſic dicatur ex comparatione & in antitheſim directæ, vt proinde contraria nulla eſſe poſſit, vbi directa nulla eſt, nihil tamen vetat directa non propoſita ab vna parte, contrariam ex altera parte exerceri, *l. in commodato 17. §. 1. & l. ſeq. §. vlt. infr. commod. l. 1. §. vlt. de contr. tute. & vtil. act.*

a *Niſi ſpecialiter hoc actum eſt vt neuter aduerſus alterum habeat actionem.* Ecce rurſum Triboniani noſtri manum ſimul & inſcitiam. Cùm enim actio negotiorum geſtorum non detur niſi ei vel in eum cuius abſentis & ignorantis negotia geſta ſunt (alioqui ſi ſciam te negotia mea gerere, nec prohibeam hoc ipſo videor tibi mandare vt geras, ideóque contrahuntur inter nos mutuæ obligationes mandati. *l. qui patitur 18. l. qui fide 53. mandat. l. ſemper qui non prohibet 60. de reg. iur.*) quomodo fieri poteſt vt id actum ſit ſpecialiter ne actione negotiorum geſtorum inter eos agatur? Sed neque puto valere huiuſmodi conuentionem ſi ab initio interponatur, vt neuter aduerſus alterum habeat actionem. Eſſet enim id alienum à bona fide, vt vel geſtor impunè retineret, quòd ex alienis bonis deprædatus eſſet, vel is cuius negotia geſta eſſent ex geſtoris iactura locupletaretur, quorum vtrumque pugnaret cum æquitate naturali, & ad delinquendum inuitaret, *l. ex empto 11. §. vlt. in m. d. l. bonæ fides 50. de act. empt. l. 1. §. 1. de pact. dot.* Vno tantùm caſu poſſet ea pactio valere. Nempe ſi fieret ex poſtfacto, & poſt examinatum quantum ex vtraq; parte & vtraque actione tam directa quàm contraria deberetur: Tunc enim non tam exactio iuſti debiti impedita quàm ſolutio cuiuſdam compenſationis tute vtrinque facta videretur, quaſi poſitis rationibus & calculis omnibus ſubductis. Deinde ſi excipienda fuit pactio aliqua, nónne accommodatiùs debuiſſet illa exceptio adiici, *niſi ſpecialiter id actum eſt, vt ſumptuum nomine non poſſit geſtor agere contrario iudicio, ſi non prius directo conueniatur.* Eſt enim ea conuentio æquior, & quæ faciliùs ex facto incidere poteſt.

1 ¶ Is autem, qui negotiorum geſtorum agit, non ſolùm ſi effectum habuit negotium, quod geſſit; actione iſta vtetur, ſed ſufficit, ſi vtiliter geſſit, & ſi effectum non habuit negotium, & ideò ſi inſulam fulſit, vel ſeruum ægrum curauit: etiam ſi inſula exuſta eſt, vel ſeruus obiit, aget negotiorum geſtorum: ídque & Labeo probat. ¶ Sed (vt Celſus refert) Proculus apud eum notat, non ſemper debere dari: quid enim, ſi eam inſulam fulſit, quam dominus, quaſi impar ſumptui, dereliquerit [b][c], vel quam ſibi neceſſariam non putauit? onerauit (inquit) dominum ſecundùm Labeonis ſententiam [d]: cùm vnicuíque liceat & damni infecti nomine rem derelinquere [e]. Sed iſtam ſententiam Celſus eleganter deridet: Is enim negotiorum geſtorum (inquit) habet actionem, qui vtiliter negotia geſſit: non autem vtiliter negotia gerit, qui rem non neceſſariam, vel quæ oneratura eſt patrẽmfamiliâs, aggreditur. § Iuxta hoc eſt, & quod Iulianus ſcribit: eum, qui inſulam fulſit, vel ſeruum ægrotum curauit, habere negotiorum geſtorum actionem, ſi vtiliter hoc faceret, licèt euentus non ſit ſecutus. Ego quæro, quid ſi putauit vtiliter facere [f], ſed patrisfamiliâs non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum geſtorum actionem. vt enim euentum non ſpectamus, debet vtiliter eſſe cœptum.

Ad §. 1. Is autem.

Ratio dubitandi. Hæc actio oritur ex negotio non gerendo, aut geri cœpto, ſed iam geſto, *l. 3. §. hac autem act. ſupr. hoc tit.* Non ergo ſufficit vt negotium vtiliter cœptum & inchoatum ſit, niſi etiam vtiliter ſit perfectum. Quemadmodum dicimus non videri in rem verſum, quod non durat verſum, *l. ſi pro patre 10. §. verſum de in rem verſ.* nec mandatum aut permiſſum quod non durat mandatum & permiſſum, *l. item eorum 6. §. quid ſi act. ſupr. tit. prox.* Certum enim eſt ad actionem hanc negotiorum geſtorum inducendam non ſufficere vt negotium alienum geſtum ſit, niſi ſit etiam vtiliter geſtum, *l. 1. & 2. ſup. hoc tit.* nec rurſum ſufficere propoſitum gerentis, id eſt, quod vtiliter gerere voluerit, niſi etiam re ipſa vtiliter geſſerit, vt ex Celſo ſcribit Vlp. in hoc §. *verſ. ſed & iſtam.*

Ratio decidendi. Vtiliter geſſit is qui vtiliter gerere cœpit faciendo, id quod alius quilibet diligens paterfamilias facere debuiſſet ad rem vtiliter gerendam, licèt euentus cœptis non reſponderit, quod & in actione de in rem verſo obſeruatur, *leg. ſeruus 17. in princ. de in rem verſ. l. vlt. in princ. de exercit. act.* & in actione tutelæ contraria, *l. 3. §. ſuffiſit de contr. tutel. & vtil. act.* Exemplum affert. Vlp. ſi quis inſulam fulſerit vel ſeruum ægrum curauerit. Nam tametſi poſtea inſula exuſta ſit, vel ſeruus obierit non eò minùs aget negotiorum geſtorum, *leg. ſi ſeruum 10. Cod. hoc tit.* Sunt enim iſti caſus futuri qui etiam præuiſi geſtionem tamen impedire non debuerunt, ſicut nec præberent minori iuſtam cauſam in integrum reſtitutionis, *l. verum 10. §. item non reſtituetur & ſequent. de minor. l. fluminum 24. §. Seruius. de damn. infect.*

b *Quam dominus quaſi impar ſumptui dereliqueris.* Ratio dubitandi. Etiamſi dominus eam inſulam dereliquerit quaſi impar ſumptui non eò minùs verum eſt precioſiorem factam eſſe quæ ſumptibus geſtoris fulta fuit, ac proinde locupletiorem factum dominum ad quem ea pertinet. Perinde igitur teneri debet actione negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Si inſula illa aut non fuit neceſſaria domino, aut non potuit fulciri, vel refici ſumptibus domini ſine magno eius incommodo faciendum eſt oneratum fuiſſe dominum potiùs quàm locupletatum. Finge adeò pauperem, vt ſi cogatur id reddere quod bona fide impenſum fuit, laribus, & ſepulcris auitis carendum habeat, vt in *l. in fundo. 38. de rei vendic.* aut ſaltem re ipſa in quam impenſa facta eſt, vt in *l. ſi ſeruos. 25. de pignor. action.* Non enim permiſſum eſt abſentium negotia in hoc genere, vt ſumptibus mergantur, quomodo de pupillis ſcriptum eſt in *l. 3. de contr. tutel. & vtil. act.* Et ideò hanc Proculi notam ad Labeonem eleganter Celſus deridebat, vt ſequitur apud Vlpianum: is enim negotiorum geſtorum habet actionem, inquiebat Celſus, qui vtiliter negotia geſſit. Non autem geſſit vtiliter, qui rem non neceſſariam, vel quæ patremfamilias oneratura fuerat, aggreſſus eſt, non magis quàm ſi voluptarias impenſas feciſſet, *l. ex duob. 37. in princ. infr. eod.*

c *Dere*

c *Dereliquerit.* Id eſt, defendere noluerit, non tamen eam habuerit pro derelicto. Alioqui hoc ipſo dominus eſſe deſiiſſet, *l. 5. & paſſ. inf. pro derelict.* nec proinde locus quæſtioni vllus relinqueretur, an quod in eam rem impenſum eſſet reſtitui deberet à vetere domino eum in rem alienam facta impenſa reperiretur.

d *Secundum Labeonis ſententiam.* Id eſt, ſe verum eſt quod Labeo dicebat, dandam hoc etiam caſu negotiorũ geſtorum actionem. Sed ridicula erat hæc reprehenſio, quia Labeonis ſententia ad hunc caſum non pertinet, vt ex Celſo pro Labeone contra Proculum ſubiungit Vlpianus. Labeo enim locutus fuerat de illo qui vtiliter negotia geſſiſſet, Proculus verò reprehendendi Labeonis ſtudio cum caſum quæſiit, in quo inutiliter geſtum fuerit negotium.

e *Damni infecti nomine rem derelinquere. 7. §. 1. infr. de damn. infect.* vbi dicam. *Iuxta hoc eſt.*

Ratio dubitandi. & decid. eadem quæ ad initium huius §. Iunge, *l. 2. §. vlt. l. 13. l. ſiue 22. infr. hoc tit.*

f *Quid ſi putauit vtiliter ſe facere?*

Ratio dubitandi. Euentus non eſt ſpectandus, vt dictum eſt in toto hoc §. Ergo tametſi patrifamil. non expediret, perinde tamen negotiorum geſtorum agi poteſt ſi is qui geſſit bona fide ſumptus fecit, cum ſe vtiliter putaret.

Ratio decidendi. Quamuis euentum non ſpectemus debet tamen vtiliter eſſe cœptum negotium, nec ſufficit propoſitum vtiliter gerendi. Et hoc eſt quod Vlp. ait *vt euentum non ſpectamus. Vt* enim dixi pro *quanquam* eleganter.

22. POMPONIVS lib. 21. ad Quintum Mucium.

SI negotia abſentis & ignorantis geras: & culpam, & dolum præſtare debes, ſed Proculus interdum etiam caſum præſtare debere [g]: veluti ſi nouum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine eius geras: veluti venales nouitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam ſi quod damnum ex ea re ſecutum fuerit te ſequetur: lucrum verò abſentem [h], quòd ſi in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam damnum, abſens penſare lucrum cum damno debet [i].

Ad l. Si negotia 22.

Ratio dubitandi. Qui abſentis & ignorantis negotia gerit non ſuam, ſed ſolius abſentis vtilitatem ſpectat, cuius gratia nec proprio labori parcit nec ſumptibus prorogandis quod vtrumque non fit ſine incommodo: ergo nihil niſi dolum præſtare debet, cùm enim quæritur in contractibus. An dolum duntaxat an culpam eámque vel latam, vel leuem vel leuiſſimam præſtare quis debeat illud vnum inſpici ſolet, cuius gratia non debet reus præſtare niſi dolum, vt in depoſito, *l. ſi vnus 27. § illud nulla de pact. & latam culpam l. 1. C. de poſ.* Si gratia vtriuſque debet præſtari culpa etiam leuis, vt in pignore. *§. vlt. inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Si gratia ſolius rei etiam culpa leuiſſima, vt in commodato. *§. item is cui. eod.* Atqui negotiorum geſtor ſolius abſentis gratia gerit negotia. Ergo non eſt æquum vt teneatur, niſi de dolo & lata culpa.

Ratio decidendi. Culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti, *l. culpa eſt 36. de reg. iur.* niſi is, qui gerit aliena negotia, oſtendat ſe & dolo & culpa carere gerendo vtiliter quomodo gereret ſua. Mirum igitur non eſt ſi cogatur præſtare culpam non modò latam, ſed etiam leuem, quam ſolent prudentes noſtri intelligere, cùm culpam ſimpliciter dicunt, *l. tutori 10. C. h. tit.* Non tamen præſtat culpam leuiſſimam, quia non maior diligentia exigenda eſt ab eo qui aliena gerit negotia, quàm in rebus & negotiis ſuis eſſet adhibiturus. Et hoc ſolùm ab eo requiritur vt ſit vir diligens, *l. ſi pupilli 6. §. vlt ſup. hoc tit.* non etiam vt ſit diligentiſſimus. Sed & interdum nihil niſi dolum præſtare debet, vt in ſpecie, *l. 3. § antepen. ſupr.* At nonnunquam etiam caſum, vt ſequitur in hac lege.

g *Etiam caſum præſtare debere.*

Ratio dubitandi. Caſus fortuiti nullo bonæ fidei iudicio præſtantur, *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Atqui negotiorum geſtorum actio bonæ fidei eſt, *l. quia tantundem 7.* vbi dixi *ſup. hoc tit.* Ergo negotiorum geſtor nunquam caſum præſtare debet, niſi interueniente ſpeciali pacto, *leg. negotium 22. C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Regulariter non præſtat caſum, *d. l. contractus*, imò neque culpam leuiſſimam, vt proximè diximus. Sed interdum tamen id fit, veluti abſentis nomine nouum negotium geſſerit, quod non erat ſolitus abſens facere, veluti venales nouitios coëmendo, vel aliquam aliam huiuſmodi nouam negotiationem ineũdo Nam ſi quid damni ex ea re ſecutum ſit, ſequetur geſtorem, lucrum verò abſentem, vt hic Pomponius ait.

h *Lucrum verò abſentem.* Ratio dubitandi. Secundùm naturam eſt cuiuſque rei commoda eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, *leg. ſecundùm naturam 10. de reg. iur.* Ergo ſi damnum ſequitur geſtorem lucrum quoque eundem ſequi debet.

Ratio decidendi. Idem ius ſolet conſtitui in lucro & in damno, cum eadem vtriuſque ratio eſt: At in propoſito caſu diuerſa ratio eſt, quia vt lucrum pertineat ad eum cuius negotia geſta ſunt nihil impedit, cùm geſtor eo animo ſit vt abſentis non ſibi lucrum acquirat: vt verò damnum ad eum non pertineat, illud facit quod immiſcet ſe rei ad ſe non pertinenti, ſed etiam in eo quod abſentis nomine inſtituit periculoſam negotiationem quam dominus ipſe ſiue timidior ſiue prudentior nunquam aggreſſus nec aggreſſurus fuerat periculi præuiſi metu. Debuit enim proſpicere poſſe euenire vt ſerui nouitij morerentur, *l. verum 11. §. ſi locupletes infra de minor. l. ſi quis domum 9. §. hic ſubiungi locat.* Nihil ergo abſurdi eſt vt lucrum ad abſentem pertineat, damnũ verò ad geſtorem. Nam & naturalis ſimul & ciuilis ratio ſuadet alienam conditionem meliorem etiam inuito & ignorante alio facere nos poſſe, deteriorem non poſſe, *l. ſoluendo 39. hoc tit.* dicam ad *l. 13. infr. eod.*

i *Abſens penſare lucrum cum damno debet.* Ratio dubitand. Qui compenſat petere videtur, *l. amplius 15. rat. rem haber.* parúmque intereſt an contrario iudicio quis agat an compenſet, *l. in rebus 18. §. vlt. commod.* Atqui is qui aliena negotia geſſit lucrum habere hoc caſu non non debet ſed damnum tantummodo ſentire. Ergo neque lucri & damni compenſatio fieri poteſt ne quod directò prohibetur, indirectò concedatur, *l. ſi autem 8. §. vlt ſupr. hac l. ſcire oportet 21. §. 1. de tutor. & curator. dat.*

Ratio decidendi. Facilior & fauorabilior eſt compenſatio, quàm petitio, non ſolùm quia non tam actio, quàm exceptio eſt, exceptiones autem omnes ſunt fauorabiliores, *leg. 1. §. ſi autem de ſuperfic. leg. inuitus 156. §. cui damus. de reg. iur.* ſed etiam quia compenſatio oppoſita ei cuius negotia geſta ſunt, non irrogat ei damnum, ſed lucrum duntaxat ei adimit, quod alioquin haberet: Semper autem legiſlator facilior eſt in lucro auferendo, quàm in damno irrogando, *l. 3. in princ. de vi armat. l. quod autem 6. §. ſimili modo dicimus quæ in fraud. credit. l. ſi mineris 25. de adminiſtrat. tutor. lege 4. §.*

§.ſi cum legitima. de doli mali except. Obſeruandum tamen eſt hanc Pomponij ſententiam de compenſando lucro cum damno, neque alijs prudentibus placuiſſe, neque Imperatoribus vt conſtat, ex *lege de illo 23.§. primo.* pro ſocio vbi licèt ſpecies diſſimilis proponatur de ſocijs non de negotiorum geſtorum, vix tamen ratio reddi poteſt cur in illa ſpecie potius quàm in hac debuerit Diuus Marcus pronunciare non poſſe obijci ſocio: Abſtine commodo quod per ſeruum acceſſit, ſi damnum petis. De quo dicemus latiùs ad eum locum.

12. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SVcceſſori eius, cuius fuerunt negotia, qui apud hoſtes deceſſit, hæc actio danda erit.

Ad l. Succeſſori 12.

Ratio dubitandi. Qui apud hoſtes eſt verè ſeruus eſt, *tot.tit.de captiu.& poſtlim.* Atqui ſerui pro nullis habentur non ſolum iure ciuili, *leg. quod attinet 23.de reg.iur.* ſed etiam iure prætorio cum neque extra ordinem computentur, *l.nullomodo 7.ad leg. Cornel. de falſ.* Ergo qui captiui negotia gerit, nullius gerit. Non igitur debet habere actionem negotiorum geſtorum, quæ ſcilicet non alij competit quam ei qui alicuius abſentis negotia geſſit, *l. 3.in princ.& §.alterius.ſup.h.t.* aut quæ cuiuſque cùm mortui fuerunt vt habent verba edicti, de quo in *d.l.3.in princip.* Nec eſt quod quis dicat ciuem Romanum, qui apud hoſtes deceſſit videri in ciuitate deceſſiſſe ipſa hora captiuitatis ex fictione legis Corneliæ, *l. lege Cornelia 12.qui teſt.fac.poſſ.* Tanto enim apertius ſit non fuiſſe ipſius negotia quæ geſta ſunt durante captiuitate quaſi geſta poſt mortem: At neque fuerunt hæredis quoniam qui in captiuitate eſt cùm nec liber nec mortuus ſit & adhuc in ciuitatem redire poſſit, hæredem habere nullum poteſt.

Ratio decidendi. Fictio legis Corneliæ ſicuti facit vt captiuus videatur in ciuitate deceſſiſſe ex die captiuitatis, ita efficit vt qui eius negotia tempore captiuitatis geſſit perinde haberi debeat ac ſi defuncti negotia hæreditaria geſſiſſet, quo caſu haberet & pateretur procul dubio actionem negotiorum geſtorum ex edicto de quo in *d.l.3.in princ.* cuius verba illa, *quæ cuiuſque cùm moritur fuerint*, ad eam geſtionem referuntur, quæ facta ſit poſt mortem, *d.l.3.§.hæc verba*, vbi dixi. Danda igitur eſt ei & in eum actio negotiorum geſtorum ſucceſſori & contra ſucceſſorem captiui quemadmodum datetur hæredi & in hæredem cuiuſlibet alterius mortui, *leg.fin. autem 20. iunct.l.ſiue hæreditaria 21.infr.hoc tit.* Iunge *finem huius legis.*

1 ¶ Sed ſi filijfamilias militis defuncti teſtamento facto geſſi, ſimiliter erit danda actio.

Ad §. 1. Sed ſi.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias miles quamuis caſtrenſe peculium habeat, non omnimodo tamen & omni caſu hæredem habet, ſed ita demum ſi moriatur cum teſtamento, *l.2. de caſtrenſ.l.vlt §.1.ad SC. Tertyll.* Si enim moriatur inteſtatus pater bona ipſius occupat nō tanquam hæreditatem, ſed iure peculij, *d.l.2.* Ergo qui filijfamilias militis iam defuncti negotia gerit ſiue defunctum ſciens ſiue ignorans, non poteſt cogitare de obligando ſibi futuro hærede, aut de ſe obligando hæredi futuro, niſi illud etiam ſciat militem teſtatum deceſſiſſe. At neque videtur hoc ſufficere vt poſſit naſci actio negotiorum geſtorum tanquam geſtis negotijs hæreditatis: non enim ſatis eſt & teſtatum & defunctum fuiſſe filiumfamilias militem vt hæreditatem aliquam reliquiſſe videatur, cuius negotia proinde ſint hæreditaria, ſed illud prætereà requiritur, vt aditio hæreditatis iam ſecuta ſit, quia non fit hæreditas niſi aditione, *l. filiusfamilias 18.ad leg.Falcid.* Quicquid ergo ante aditionem geſtum eſt, cùm neque defuncti filij qui iam nullus eſt, neque hæreditatis quæ adhuc nulla eſt negotium dici poſſit, neque hæredis qui nondum adijt, nec denique patris qui nullum ius habet in caſtrenſi peculio filij teſtati, conſequens eſt vt nullius negotium ſit ac proinde vt eo nomine neque geſtori neque in geſtorem actio negotiorum geſtorum danda ſit, aut ſaltem vt danda ſit patri vel in patrem cuius peculium & ius extiterit quandiu nulla hæreditas eſt, non ſucceſſuri & in ſucceſſorem.

Ratio decidendi. Adita quandocunque hæreditas retro fingitur adita ex die mortis, *l.hæres quandocunque 49. de acq hæred.l.omnia 131.de reg.iur.l. ſi ex re 28.§. vlt.de ſtip.ſeru.* Et conſequenter videtur hæredis negotia geſſiſſe, nō patris qui filijfamilias militis teſtato defūcti negotia geſſit. Euaneſcit enim ius patris, nec vllū in caſtrenſi peculio vnquam fuiſſe intelligitur, ſtatim atque cœpit filius habere in eo hæredem: adeò vt filio quoque defuncto inteſtato, non niſi poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine pater antiquo iure habeat peculium, retróque dominium rerum peculij caſtrenſis habuiſſe videatur, vt ſcriptum eſt, in *l. hæreditate 19.§ pater.& ſeq. & paſſ. de caſtrenſ.pecul.* Aditio enim quandocunque ſubſecuta ex teſtamento filijfamilias militis, ſicut extinguit omne ius patris & ſpem illius veluti poſtliminij, ita & facit vt ab eo die quo mortuus eſt filius ad diem vſque aditionis hæreditas aliqua filij eaque iacens fuiſſe intelligatur. Idque nimirum eſt quod ait Paulus, in *d.l. filiusfamilias aditione fieri hæreditatem.* Alioqui certum eſt hæreditatem quamlibet, quo inſtanti adita eſt, imò quo aditur deſinere eſſe hæreditatem, fierique patrimonium hæredis, *l.1 & tot.tit.de ſeparat l.ſed ſi plures 10.§.filio, & l.ſi filius 12.de vulg. & pup.ſubſt.* Ergo edictum prætoris, qua parte dat actionem in negotiorum hæreditariorum geſtorem ad hunc quoque caſum pertinet. Nec debent iſta videri contradictionem implicare, cùm ſint ex eorum numero in quibus non niſi ex poſtfacto apparet quidnam fuerit, & in quibus rei veritas cum iuris fictione pugnat, *l.qui res 98.§.item autem de ſolut.§. pater & ſeq.iunct.l.quædam ſunt 15.de reb.dub.*

a *Similiter danda erit actio.* Id eſt, ſucceſſori & in ſucceſſorem quomodo in ſpecie præcedenti: non autem patri & in patrem, quia nec ſucceſſor eſt pater filijfamilias militis inteſtati, cum eius bona caſtrenſia occupet, non titulo ſucceſſionis, ſed tanquam peculium & iure antiquo ac priſtino, vt ſcriptum eſt, in *d.§. pater & alibi paſ. eod.tit.*

2 ¶ Sicut autem in negotiis virorum geſtis ſufficit vtiliter negotium geſtum: ita & in bonis mortuorum, licèt diuerſus exitus ſit.

Ad §. 2. Sicut autem.

Ratio dubitandi. Sicuti grauior culpa eſt eius qui defuncti negotia inuadit a quo prohiberi nō poſſit, ſi malè adminiſtret, ita maior fides & diligentia exigi videtur ab eo qui mortui, quàm qui viui hominis negotia gerit. Eſſe enim adhuc curæ hominibus fidem & officium, tunc maximè apparet, cùm ſunt qui defunctorum amicos agant, inquit *Plin. 1.epiſt.17.* Ergo quamuis in negotiis viuorum ſufficiat vtiliter cœptum eſſe

nego

negotium, licèt bonum euentum non habuerit, *l. ſed an vltro in fin. ſup.* tamen in negotiis mortuorum illud prætereà exigendum videtur, vt negotium non tantùm vtiliter cœptum, ſed etiam vtiliter perfectum ſit, bonúmque exitum habuerit.

Ratio decidendi. Ex bona fide pendet initium duntaxat & propoſitum negotij vtiliter gerendi, ſiue viuorum, ſiue mortuorum negotia gerantur, nec quicquam quod poſſit imputari ei qui vtiliter cœpit gerere, etiamſi diuerſus exitus ſit, niſi fortè aut cœptum negotium deſeruerit, aut eius perdendi cauſam vel occaſionem, ſiue dolo, ſiue ſaltem facto ſuo præbuerit. At ſi negotio vtiliter cœpto aliquid accidat quod efficiat ne bonum exitum habere poſſit quod optima fide ac induſtria fuerat inchoatum, ſi tale illud ſit, quod impediri non potuerit, iniquum eſſet ex ea cauſa deteriorem fieri conditionem geſtoris. Nec alioqui nemo futurus ſit, qui ad negotia ſiue viuorum ſiue mortuorum gerenda velit accedere, ſi futuros caſus præſtare cogatur, quos dici ſolet, neque prouidi eſſe, neque ſapientis præſtare.

13. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

DEbitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, deceſſit, huius hæreditatis curationem ſuſcepi [a], & impendi decem, deinde redacta ex venditione rei hæreditariæ centum in arca repoſui, hæc ſine culpa mea perierunt: quæſitum eſt, an ab hærede, qui quandoque extitiſſet, vel creditam pecuniam quinquaginta petere poſſim, vel decem, quæ impendi. Iulianus ſcribit, in eo verti quæſtionem vt animaduertamus, an iuſtam cauſam habuerim ſeponendorum centum [b]: nam ſi debuerim & mihi, & cæteris hæreditariis creditoribus ſoluere, periculum non ſolùm ſexaginta, ſed & reliquorum quadraginta (millium) me præſtaturum: decem tamen, quæ impenderim retenturum [c], id eſt, ſola nonaginta reſtituenda: ſi verò iuſta cauſa fuerit, propter quam integra centum cuſtodirentur, veluti ſi periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna traiecticiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromiſſo committeretur, non ſolùm decem, quæ in hæreditaria negotia impenderim, ſed etiam quinquaginta quæ mihi debita ſunt, ab hærede me conſequi poſſe.

Ad l. Debitor 13.

a *Huius hæreditatis curationem ſuſcepi.* Id eſt, bonorum hæreditariorum: quomodo, & in *l. vlt. §. 1. in fin. C. de bon. quæ liber.* Iuſtinianus dixit, *curatorem hæreditati dari*, pro eo quod dicere voluit, dari hæreditariis bonis curatorem, imò iis bonis quæ nec amplius erant hæreditaria, cùm hæreditas filio delata iam ab eo adita proponeretur. Nemo enim neſcit hæreditatem per aditionem deſinere hæreditatem eſſe, vt dixi ad §. 1. *legis præcedent.* Nec ſanè prætor dat vnquam curatorem iacentis hæreditati, cùm hæreditas repræſentet perſonam defuncti, qui non indigebat curatore, quique etiamſi minor fuiſſet deſiiſſet tamen indigere curatore mortis ſuæ tempore, ſed dat curatorem bonis, nunc hæreditatis, vt in hac *leg. & dicta lege vltima & in lege ſi quis inſtituatur 23. §. item ſi conditioni, de hæreditat. inſtituen. leg. 1. de curator. bon. dand.* nunc abſentis vt putà captiui, *leg. ab hoſtibus 15. ex quibus cauſ. maior.* nunc inopis debitoris & latitantis ſi à nemine defendatur, aut ſi bonis ceſſerit, *l. 2. 4. & vltim. de curat. bon. dand. lege creditore 14. de rebus auctor. iudic. poſſid.* iunct. *leg. idem 22. §. 1. eod. titul.* Vnde eſt quod hic curator neque conueniri poteſt à creditoribus, neque actiones vllas exercere niſi ſi quæ ſint tempore perituræ, *dict. l. 1. de cur. bon. dand. & §. vlt. d. l. creditore 14. l. 5. in fin. & l. 6. & l. 7. in fin. de iur. delib.* quod vtrumque falſum eſſet in eo qui eſſet verè curator hæreditatis. Habet enim hæreditas debita & credita & poteſt hæreditati deberi non bonis, & poteſt hæreditas debere non bona, quia non ſicut hæreditas ita & bona perſonam aliquam repræſentant. Alia ratio eſt curatoris dati bonis diſtrahendis, de quo in *leg. 2. §. 1. & leg. 3. de cur. bon. dand. & toto illo tit. l. 90.* Ei enim & in eum vtiles actiones dantur, non etiam cæteris. Et in hoc errant grauiter Pragmatici noſtri qui ſolent dare curatorem hæreditati tanquam iacenti, adeóque illo etiā caſu quo ſit adita ab hærede cum beneficio legis & inuentarij. Item illo quo certum ſit nullum amplius ſperari hæredem aut ſucceſſorem, cùm tamen vtróque caſu deſinat eſſe hæreditas & priore quidem fiant bona hæredis, poſteriore verò bona vacantia vt diſputaui pluribus, in *Error. Decad. De error. Pragmat.*

b *An iuſtam cauſam habuerim ſeponendorum centum.* Ratio dubitandi. Semper iuſta cauſa eſt ſeponendæ, id eſt, ſeorſim & ſeparatim habendæ alicuius pecuniæ præſidij cauſa, Solebant enim veteres dicere pecuniam ſine peculio fragilem eſſe peculium appellantes id quod præſidij cauſa ſeponeretur, *lege ſi chorus 79. §. 1. de leg. 3.* Ergo fruſtrà Iulianus hanc diſtinctionem adhibebat.

Ratio decidendi. Eius eſt pecuniam præſidij cauſa ſeponere, qui rem ſuam tractat, non eius qui alienam. Hic enim nullum ſibi in aliena pecunia ponere debet præſidium: Sed neque diligentis patris familias eſt pecuniam habere domi otioſam ſi æris alieni exſoluendi neceſſitate vrgeatur. Ea namque omnium optima adminiſtratio & acquiſitio eſt ſi quis à creditoribus ſuis liberetur, *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolutionib. l. ſpecies 11. de acceptilat.* In propoſito igitur ſi debuerim mihi & cæteris creditoribus ſoluere ex ea pecunia quam ſepoſui imputandum mihi eſt cur ſepoſuerim ac non potius mihi & aliis ſoluerim, vt in *lege quoties 9. §. ſicut autem, de adminiſtr. tutor.* ideóque & periculum ad me pertinet non ſolùm ſexaginta quæ mihi debebantur, ſed etiam reliquorum quadraginta, in quibus tamen ideò maior erat ratio dubitandi, quia cùm nullum in iis ius haberē iuſtius videbatur vt domino perirent, id eſt, hæreditati quæ dominæ loco habetur, aut potiùs domini, ſcilicet defuncti, *leg. non minus 31. §. de hæred. inſtit.* iunct. *l. quæ fortuitu 6. Cod. de pignor. act.* Sed ratio decidendi eſt quia caſus ille non contigiſſet ſi nulla in me culpa præceſſiſſet, nec tam videor in hac ſpecie caſum præſtare quàm culpam. Si verò iuſta cauſa fuerit propter quam integra centum cuſtodirentur, vt in caſibus quos hæc lex recenſet, non ſolùm decem quæ impenderim, ſed etiam quinquaginta quæ mihi debita ſunt potero conſequi ab hærede, qui poſtmodum adierit hæreditatem.

c *Decem tamen quæ impenderim retenturum.* Puto hanc adiectionem in textum irrepſiſſe ex gloſſa imperiti interpretis, vt & verba illa quæ ſtatim ſequuntur & quæ tanquam magis ſuſpecta lineis intercluſa ſunt, *id eſt, ſola nonaginta reſtituenda.* Nam ſicuti eadem erat ratio dubitandi & quærendi de illis decem in negotia hæreditaria impenſis, quæ de quinquaginta mihi debitis. Ita & de vtriuſque ſimul Paulus ex Iuliano reſpondit illis verbis *periculum me non ſolum ſexaginta.* Nec enim ſexaginta debebantur ex mutuo, ſed tantum quinquaginta fiunt autem ſexaginta additis decem illis, quæ in negotia hæreditaria impenderam. Quid verò aliud eſt me præſtare periculum ſexaginta, quàm eſſe mihi deperdita ſexaginta illa quæ caſu fortuito perierūt? Ac rurſum

quid

quid aliud eſt ea ſexaginta mihi periiſſe, quàm ſi dictum eſſet amiſſam à me duplicem illam actionem quam alioqui habiturus eram contra hæredem ad ea conſequenda? Nempe certi condictionem ex mutuo ad quinquaginta negotiorum verò geſtorum ad decem. Nam cogi me ad reſtituenda & numeranda ſexaginta hæredi qui poſteaquandóque extiterit, abſurdum ſanè & iniquum eſſet, cùm tam ipſi hæredi quàm mihi commodior ſit ratio illa præſtandi periculi vt actionem amittam quaſi ſoluerim mihi ipſi, quàm vt amiſſam pecuniam reponere debeam & hæredi numerare, mox tantundem ab eo per actiones iſtas condictionem certi ex mutuo & negotiorum geſtorum repetiturus. An non intereſt vtriuſque noſtrum me non ſoluere potius quàm ſolutum repetere? *l. 3. de compenſat. lege ſi ſtipulatus 15. de fideiuſſ.* Cúmque in omnibus bonæ fidei iudiciis compenſatio locum habuerit iamolim *§. in bonæ fidei. Inſtitut. de act.* actio autem quæ competit aduerſus curatorem bonis datum ſit bonæ fidei, tanquam quæ ſit negotiorum geſtorum, aut eaſdem ſaltem præſtationes habeat, quas haberet actio negotiorum geſtorum, *lege creditore 14 §. 1. de rebus auctor. iudic. poſſid.* iunct. *leg. 3 §. vlt. de cur. bon. dand.* nihil cauſæ eſt: cur non perinde poſſim compenſare quinquaginta mihi debita ex mutuo, atque decem illa quæ impendi in negotia hæreditaria. Atquè enim ſunt debita, niſi fortè magis, quia ex vero contractu debentur, mihi, quæ verò impendi, non niſi ex quaſi contractu. Neque rurſus video quomodo poſſit dici retenturum me decem ex centum illis quæ amiſſa & deperdita proponuntur: Niſi intelligas retenturum me ex centum illis quæ actione negotiorum geſtorum reſtituere debeo. Sed quid neceſſe eſt me reſtituere amiſſam pecuniam ſi poteſt commodiùs res explicari & expediri per irrogatam mihi actionis amiſſionem? Denique aut centum integra reſtituere debeo & mox repetere ſexaginta, ſi non ſit locus compenſationi, aut ſi compenſationi locus eſt, non tantùm decem quæ impendi retinere debeo, ſed & quinquaginta illa mihi debita ex mutuo, id eſt, ſexaginta integra, & conſequenter quadraginta tantùm reſtituere debeo: non vt lex ait nonaginta. Imperitum interpretem duo fefellerunt. Illud in primis quod ea Iuliani & Pauli verba, *periculum non ſolum ſexaginta ſed & reliquorum quadraginta me praſtaturum*, ſic accepit acſi ſcriptum eſſet me non modò ſexaginta, ſed etiam quadraginta præſtaturum. Cùm tamen ſint hæc valdè differentia, Præſtare ſexaginta, & præſtare periculum ſexaginta. Præſtantur ſexaginta cùm numerantur, & eo caſu retentioni locus eſſe poteſt & compenſationi, ſi ei qui præſtat & numerat aliud quid viciſſim debeatur. Et hoc quidem ſenſu poſſet dici me qui centum reſtituere deberem ex illis centum, decem retenturum quæ impendi ſed tamen eodem ſenſu dicendum eſſet etiam quinquaginta mihi ex mutuo debita me retenturum, vt iam probaui. At periculum ſexaginta quæ amiſi, cùm totidem mihi deberentur, præſtari poteſt, & verò præſtatur commodius, ſi denegetur mihi actio, quam alioquin habiturus eram ad ſexaginta conſequenda, quàm ſi cogar ea præſtare, mox acturus vt tantundem repetam. Siquidem poſt factam à me reſtitutionem totius quantitatis, quæ per culpam meam amiſi, nemo iuſtè mihi denegauerit eorum omnium quæ mihi viciſſim debeantur, petitionem. Sanè quod attinet ad quadraginta reliqua quæ amiſi, & quibus nullam poſſum opponere quantitatem quæ mihi debeatur, nihil intereſt an quis dicat præſtare me quadraginta, an periculum quadraginta, quia nec alia ratio eſt præſtandi periculi huius, quàm ſi quadraginta numerentur à me ac reſtituantur. Itaque inter ſexaginta & quadraginta de quibus vtriſque in hac lege agitur nihil planè refert ſi loquamur de præſtatione periculi. Refert tamen valdè ſi loquamur de præſtatione & numeratione quantitatis, & ideò vtraſque ſummas exæquant Iulianus & Paulus, quia de præſtando periculo tractant, non de præſtanda & numeranda quantitate. Alterum quod interpretem fefellit illud eſt, quod in hoc legis ſcriptum eſt in hæc verba, *non ſolum decem, quæ in hæreditaria negotia impenderim, ſed etiam quinquaginta quæ mihi debita ſunt ab hærede me conſequi poſſe.* Sic enim ab eo accepta ſunt, quaſi maior ratio ſit conſequendorum decem quæ impenſa ſunt in negotia hæreditaria, quàm conſequendorum quinquaginta quæ mihi iam à defuncto debebantur: item quaſi in priore ſpecie in qua diuerſum ius conſtitui videbar, non vtraque ſed altera tantum, id eſt, decem, non quinquaginta deberentur. Nec animaduertit ita Iulianum & Paulum ſcripſiſſe & ſcribere debuiſſe, quia facilius videbatur vt ego conuentus actione negotiorum geſtorum poſſem conſequi decem per exceptionem & compenſationem, quæ ſcilicet etiam contrario negotiorum geſtorum iudicio perſequi poſſem, *l. in rebus 18. §. vlt. commod. l. ſed an vltrò. 10. in princ. ſupr. hoc tit.* quàm vt poſſem vltrò petere quinquaginta, quæ nec in contrarium iudicium negotiorum geſtorum venire poſſunt. Eſt enim fauorabilius debitum quod deſcendit ex eodem negotio, ex quo agitur, *l. cùm Papinianus 14. C. de ſent. & interloc. omn. iudic. l. 6. §. ſed & ſi quis ſupr. hoc tit.* Sed non eo minùs tamen verum eſt quinquaginta mihi deberi, & ideò dandam mihi eorum petitionem, multò magis verò permittendam compenſationem, ſi quid à me debeatur petatúrque actione negotiorum geſtorum. Multa enim ſunt quæ non veniunt in contrariam actionem negotiorum geſtorum, & quæ tamen aut compenſari poſſunt aut peti, licèt non è contrario quæcunque vel peti poſſunt vel compenſari, poſſint etiam in contrariam actionem venire. Denique non poterit negari quin ſibi Iulianus contradixerit, ſi ſcripſit quod habet vulgata lectio, & periculum ſexaginta me præſtaturum, & nihilominùs decem quæ impenderim retenturum. Si enim ſalua mihi ſint decem per retentionem, ſupererunt duntaxat quinquaginta mihi ex mutuo debita, quorum periculum ad me pertinere poſſit. Illud etiam errori cauſam dare potuit quod initio legis Paulus ita ſcribit, *quaſitum eſt, an ab harede, qui quandoque extitiſſet, vel creditam pecuniam quinquaginta petere poſſim, vel decem quæ impendi.* Sic enim videtur Paulus ſcripſiſſe, quaſi putaret aliquo ſaltem caſu non vtraque peti poſſe, ſed altera tantùm: quæ vis & poteſtas eſt diſiunctionis, *leg. cùm pupillus 78. §. 1. de condit. & demonſtr.* Sed nemo non videt diſiuncta fuiſſe à Paulo hæc debita, non quòd diuerſam rationem haberent, ſed quia diuerſam originem, cùm alterum ab ipſa negotiorum geſtione, alterum à contractu, qui cum defuncto initus fuerat, proficiſceretur. Quamquam nec illud nouum eſt, vt diſiunctio pro coniunctione accipiatur, & contrà, *l. ſæpè 53. de verbor. ſignif.* quod ſi vſquam aliàs, hoc certè loco admittendum eſſe apertum eſt. Non enim de decem tantùm, quærebat Paulus, ſed de ſexaginta ſimul, vt ex eo apparet quod mox ad propoſitam quæſtionem reſpondet de ſexaginta, eandem vtriuſque ſummæ rationem conſtituens quantum ad hoc vt vtriuſque periculum ad me pertineat, ſi nullam habuerim iuſtam cauſam ſeponendæ pecuniæ, quæ poſtea caſu fortuito amiſſa fuit.

14. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SI filiusfamilias negotia geſſiſſe proponatur æquiſſimum erit, in patrem quoque actionem dari: ſiue peculium habet, ſiue in rem patris ſui vertit. § Et ſi ancilla, ſimili modo.

Ad

Ad l. Si filiusfamilias 14.

Probo quod vult Cuiacius,*lib.12.obſeruat.c.7.* legendum eſſe,*Si filiafamilias*,non quod aliud iuris ſit in filiofamilias, ſed quia maior erat ratio dubitandi,in filiafamilias,propter ſexum,& quia hoc ſuadent verba illa vltima legis, *Et ancilla ſimili modo.* Comparanda enim fuit ancilla cum filiafamilias,non cum filiofamilias.

Ratio dubitandi.Pater qui filiæfamilias,vel dominus qui ancillæ peculium dat ,eo animo dat, vt ipſa pecuniam illam pupillarem adminiſtret, non etiam vt aliena negotia: præſertim cùm ſit inuerecundum & à conditione ſexus alienum,vt fœmina ſiue libera ſiue ſerua ſit,accedat ad alienorum negotiorum adminiſtrationem, vt dixi ad *legem tertiam §. primo. & §. alterius. ſupra hoc titul.*

Ratio decidendi. Actio de peculio, & quæ eius pars quædam eſt, actio de in rem verſo, datur contra patrem vel dominum non tantùm ex contractibus eorum quos habet in poteſtate,ſed etiam ex quaſi contractibus, *lege ſi quis cum filiofamilias 44. de peculio. lege ſi filiusfamilias 7. de tutel.lege Lucius 21. de adminiſtrat. tutor.* Atqui quaſi contrahit is qui aliena gerit negotia, *lege 3. in princip.de obligatio.& actionib.* Ergo & ex hac cauſa patrem dominúmve obligari dicendum eſt. Nec refert an filiusfamilias ſit, an filia,an ſeruus, an verò ancilla, *lege 3.§.penult. lege & ancillarum 47. in princip. de pecul.* Nam & fœminæ poſſunt aliena negotia tractare,& conſequenter negotiorum geſtorum,& agere & conueniri, *d.l.3.§.1.ſupr.* vbi dixi.

a *Et ſi ancilla ſimili modo.*Ratio dubitandi. Facilius eſt vt pater obligetur de peculio ex contractu filij, quàm vt dominus ex contractu ſerui. Semper enim obligatur pater non etiam dominus, *l.3. §.ſi ſeruus & ſeq.infr. de pecul.* Non igitur eadem ratio conſtituenda eſt filiæfamilias & ancillæ.

Ratio decidendi.Eadem vtriuſque ratio eſt in actione de peculio quando actio naſcitur ex negotio geſto cum filiafamilias vel ancilla, aut cum filiofamilias vel ſeruo, *d. §. ſi ſeruus.* gerit autem negotium quoties vel contrahit vel quaſi contrahit.ita vt vel ex contractu vel ex quaſi contractu naſcitur cauſa & origo obligationis. Atqui is qui aliena negotia gerit videtur cum eo quaſi contrahere, *§.1.Inſt.de oblig.quæ ex quaſ.contr.naſc.l.ſed & cum 16.infr.hoc tit.*Ergo nihil hac parte diſtat filiafamilias ab ancilla.

15. PAVLVS lib.9. ad Edictum.

POmponius libro vigeſimoſexto, in negotiis geſtis, initio cuiuſque temporis conditionem ſpectandam ait, quid enim, inquit, ſi pupilli negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus ſit? vel ſerui, aut filijfamiliâs, & interea liber, aut paterfamiliâs effectus ſit? hoc & ego verius eſſe didici: niſi ſi ab initio quaſi vnum negotium geſturus acceſſero deinde alio animo ad alterum acceſſero eo tempore, quo iam pubes, vel liber, vel paterfamiliâs effectus eſt: hîc enim quaſi plura negotia geſta ſunt: & pro qualitate perſonarum & actio formatur,& condemnatio moderatur [c].

Ad l. Pomponius 15.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum oritur ex negotio geſto, *l.3. §. hac autem actio ſupr.hoc tit.* Ergo vel ſingula momenta geſtionis ſpectanda ſunt, vel finis potius quàm initium geſti negotij. Non enim verè geſtum dici poteſt quandiu aliquid ſupereſt gerendum,*l.pen.in fin.C.de his quib.vt indign.*

Ratio decidendi. Is qui aliena negotia gerit obligatur negotiorum geſtorum ex quaſi contractu,quòd cum eo cuius negotia gerit quaſi contrahere videatur, *l.prox. infr.* Atqui contrahendi animus & propoſitum eo tempore maximè elucet quo quis aggreditur geſtionem, non aggreſſurus vtique niſi ex eo inſtanti cogitaret de acquirenda ſibi actione negotiorum geſtorum. Cùm enim finita iam ſunt negotia,non quaſi contrahitur,ſed quaſi contractum intelligitur.Et quod poſtea factum eſt non videtur factum niſi in conſequentiam cœptam geſtionis quam deſerere geſtor non potuiſſet, etiamſi maximè voluiſſet, *leg.in commodato 17.§.ſicut infr. commod.* non ſolent autem attendi quæ fiunt per conſequentias eius actus qui iam perfectus fuit, aut pro perfecto habendus,*l.3.§.ſcio de minor.* Ergo tempus illud neceſſariò inſpiciendum eſt quantum ad perſonarum qualitatem & conditionem attinet quod fuit initio geſtionis, vt ſi eo tempore pupillus erat is, ad cuius negotia adminiſtranda accedebam, non debeat teneri niſi quatenus ex mea geſtione locupletior factus reperietur,quamuis ante perfectum negotium peruenerit ad pubertatem. Idem erit ſi ſerui vel filijfamilias negotia gerere cœpero, & is interim paterfamilias aut liber factus ſit. Non enim eo minùs tenebitur pater, aut dominus de peculio, qui tamen non tenetur inſpecto eo tempore, quo negotium finitum fuit. Sic & in delictis initium ſpectandum eſſe placet, *l.1.de pœn.* Non idem ſemper eſt in contractibus ſi vno tempore inchoentur alio perficiantur, vt in *l. liberis 7.§.1.inf.de liber.cauſ* Iunge quæ dicam ad *l.nam & Seruius 21.§.ſi vino Titio,inf.hoc tit.*

b *Niſi ſi ab initio quaſi vnum negotium geſturus acceſſero.* Ratio dubitandi. Cùm quis alterius negotia gerit, non ſunt tot contractus aut quaſi contractus,quot ſunt negotia, imò nec multa ſunt negotia. ſed vnum negotium & vnus contractus, aut quaſi contractus eſſe intelligitur, *leg. proxim. infr. hoc titul.* Ergo etiamſi plura ſint negotia, initium tamen geſtionis inſpiciendum erit non finis quantum ad qualitatem, & conditionem perſonarum.

Ratio decidendi. Tunc intelligitur vnum eſſe negotium, & vnus contractus cùm quis eo animo acceſſit ad aliena negotia gerenda quaſi vnum negotium geſturus. Non etiam ſi ab initio ad vnum tantùm negotium acceſſerit vt eo finito diſcedere ab adminiſtratione. & tamen eo finito nouum animum nouúmque propoſitum ſuſceperit alterius negotij aggrediendi, vt ſcriptum eſt tam in hac lege quàm in ſequenti. Mens igitur & propoſitum geſtoris addendi potiſſimum debet ad inducendam diuerſitatem & negotiorum & contractuum & actionum: quia cùm hic quaſi contractus non habeat conſenſum duorum,tantò magis ſpectanda eſt voluntas eius qui vltrò accedit ad negotia aliena vt & ſe obliget, & obligetur.

c *Et pro qualitate perſonarum & actio formatur & condemnatio moderatur.* Totus hic verſiculus meo iudicio Tribonianeus eſt. Adeò parum eleganter conceptus mihi videtur. Neque verò neceſſe erat vt quicquam adderetur de moderanda condemnatione, cùm ſufficeret dicere actionem formari pro qualitate perſonarum. Nam forma actionis præſcribit formam condemnationi, ita vt nec moderatio vlla adhiberi poſſit, quæ formam actionis immutet.

16. IDEM lib. 7. ad Plautium.

SEd & cùm aliquis negotia mea gerit: non multa negotia ſunt, ſed vnus contractus: niſi ſi ab initio ad vnum negotium acceſſit, vt finito eo diſcederet: hoc enim caſu, ſi noua voluntate aliud quoque aggredi cœperit, alius contractus eſt.

Ad l. Sed & cùm aliquis 16.

Ratio dubitandi. In ſtipulationibus tot dicimus eſſe ſtipulationes quot ſunt res, *l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* itémque in emptionibus tot eſſe emptiones & euictiones quot ſunt res ſeparatim venditæ, *l. quia dicitur 32. de euict.* Sic mandato ad plures res dato, plura mandata eſſe intelliguntur, *l. vlt. §. 1. vbi dixi ſupr. de procur.* & in legato pluribus rebus expreſſis plura ſunt legata, *l. 2. de l. 2.* Ergo & in negotiorum geſtorum actione & obligatione dicendum eſt tot eſſe contractus, aut quaſi contractus quot ſunt negotia & tot negotia quot ſunt res quæ geruntur.

Ratio decidendi. Actionem negotiorum geſtorum facit ſola geſtio facta animo ſe alij obligandi, & alium ſibi, *l. 3. §. hac actio & paſſ. hoc tit.* Vna autem geſtio eſt quoties quis ad aliena negotia gerenda acceſſit, quaſi vnum hoc negotium habiturus vt omnia gereret quia vno animo, vnóque voto omnia gerit, nec niſi ſemel ſe obligat. Diuerſum eſt, ſi ab initio ad vnum negotium acceſſit ea mente vt finito illo diſcederet. Hoc enim caſu ſi noua voluntate, aliud quoque negotium aggredi cœperit, alius contractus eſt, quia voluntate alia opus fuit. Dixit porrò Paulus in hac lege bis negotiorum alienorum geſtionem eſſe contractum pro quaſi contractu. Reuera enim contractus non eſt, ſed quaſi contractus ex quo tamen non quaſi obligatio naſcitur, ſed vera obligatio. Videtúrque Paulus ad id reſpexiſſe, quod idem ſcribit, in *leg. omnem 10. de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam eſſe, vt vbicunque & qualeſcunque aliquis obligatur, etiam contrahere videatur, non minùs quàm ſi ex crediti cauſa deberetur.

17. VLPIANVS lib. 35. ad Edictum.

EVm actum quem quis in ſeruitute egit [a], manumiſſus non cogitur reddere [b]. ¶ Plane ſi quid connexum fuit [c], vt ſeparari ratio eius, quod in ſeruitute geſtum eſt, ab eo, quod in libertate geſſit non poſſit: conſtat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum geſtorum, & quod in ſeruitute geſtum eſt. Denique ſi tempore ſeruitutis: aream emerit, & in ea inſulam ædificauerit, eáque corruerit, deinde manumiſſus fundum locauerit: ſola locatio fundorum in iudicio negotiorum geſtorum deducetur: quia ex ſuperioris temporis adminiſtratione nihil ampliùs iudicio deduci poteſt, quàm id, ſine quo ratio libertatis tempore adminiſtratorum negotiorum expediri non poteſt.

Ad l. Eum actum 17.

a *Quem quis in ſeruitute egit.* Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum naſcitur ex ipſa negotij geſtione quæ facti non iuris eſt, *l. 3. §. hac autem actio. ſup.* iunct. *l. atquin. 19. §. ſi libero. infr. eod.* Atqui eorum quæ facti ſunt capaces ſunt ſerui, *l. qui hær. 44. de cond. & demonſt. l. nec ſeruus 41. de pecu.* Ergo etiam ex ea geſtione quam quis in ſeruitute fecerit conueniri poterit poſt adeptam libertatem.

Ratio decidendi. Ipſa quidem geſtio facti eſt, ſed obligatio & actio quæ ex ea geſtione naſcitur, vtraque iuris eſt, cuius proinde ſuſcipiendæ incapax eſt ſeruus ſiue ad agendum ſiue ad hoc vt conueniatur, quia neque conuenire neque conueniri poteſt, *leg. quoties 13. ſupr. ſi quis caution.* Nec quod adeptione libertatis capax fiat quicquã facit. Quæ enim ex geſtione naſci debuit obligatio & actio ſi eo ipſo geſtionis tempore nata non fuerit, quia nõ potuit, nec poſtea poteſt. Præſertim cùm ſeruus manumiſſus, alius quidam & nouus homo eſſe videatur, *l. ſi Pamphilo 10. de opt. leg. ſeruus legatus 27. in fin. de adim. legat. l. 4. de ca. minut. l. qui res 98. §. aream. de ſolut.* Ex quo fit vt generaliter placeat de iis quæ quis in ſeruitute geſſit non poſſe illum poſt manumiſſionem conueniri, *l. ſi cognati 21. C. hoc tit. l. 1. 2. & paſſ. C. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manum. ten.* Excepto eo ſi quid promiſerit ad extorquendam manumiſſionem, aut ſi deliquerit, *l. 3. & 4. eod. ill. tit.*

b *Non cogitur reddere.* Id eſt, non cogitur reliqua ſoluere quod præcipuum eſt in rationibus reddendis, *l. non ſolùm 8. §. is qui rationes. de liber. leg. l. cùm ſeruus 85. de cond. & dem.* Corpora planè rationum edere & ſi quas res vel pecunias ex his detinet cogendus eſt per prætorem reſtituere, item de ſingulis inſtruere, ſed ita vt non ideò præſtandæ libertati mora fiat, *l. ſi purè 37. de fideic. libertat. excepta ſpecie l. pen. de liber. cauſ.*

c *Planè ſi quid connexum fuit.* Ratio dubitandi. Connexitas negotiorum non facit quin verum ſit eum qui negotia in ſeruitute geſſit alium hominem eſſe poſt manumiſſionem, vt proximè diximus. Ergo nec facere debet vt de iis quæ in ſeruitute geſſit poſt adeptam libertatem conueniatur.

Ratio decidendi. Connexitas facit vt ea omnia quæ quis in ſeruitute geſſit, videatur quaſi repetiiſſe poſt adeptam libertatem cùm alia geſſit, quæ ſine prioribus in ſeruitute geſtis expediri non potuerunt. Exemplo eius quod ſcriptum eſt, in *l. iuris gentium 7. §.* adeò in illis verbis, *quaſi repetita partis emptione. ſup. de pact.* Mirum igitur non eſt ſi omnia ſimul veniant in vnam eandémque actionem, quaſi poſteriore parte geſtionis priorem ad ſe trahente. Sicut è contrario prior pars geſtionis interdum trahit ad ſe poſteriorem, vt in actione tutelæ, ſi tutor finita tutela perſeuerauerit gerere ea negotia ſine quibus tutelæ adminiſtratio expediri non potuit, *l. ſi tut. 13. de tutel. & rat. diſtr.* Deniq; ſufficit in connexis alterutrũ tẽpus ſiue prius ſiue poſterius fuiſſe habile ad inducendã actionẽ, vt in eã omnia ſimul veniant, quia cõnexorum vna eadémq; ratio eſt, *l. tutor. 37. §. 1. de adm. tut. l. nam & Seruius 21. §. ſi vno Titio l. cùm pater 29. inf. eod.*

18. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

PRoculus, & Pegaſus bonam fidem eum, qui in ſeruitute gerere cœpit, præſtare debere aiunt: ideóque, quantum ſi alius eius negotia geſſiſſet, ſeruare potuiſſet, tantum eum qui à ſemetipſo, non exegerit, negotiorum actione præſtaturum, ſi aliquid habuit in peculio [a], cuius retentione id ſeruari poteſt. Idem Neratius.

Ad

Ad l. Proculus. 18.

Ratio dubitandi. Non debet dolus vel culpa geſtoris in ſeruitute admiſſi in obligationem reuocari, adeò vt ſi inueniatur pecunia malo more in ſeruitute erogata nihilominùs geſtor liberetur: *l. prox. §. 1. infr.* Ergo non eſt exigenda bona fides ab eo qui in ſeruitute gerere cœpit.

Ratio decidendi. Cùm Paulus in hac lege tractat de eo qui negotium cœpit gerere in ſeruitute, hoc ipſo oſtẽdit illud ipſum negotium quod cœptum fuit geri in ſeruitute fuiſſe perfectum tempore libertatis, & ſeruum etiam poſt manumiſſionem in eodem actu perſeueraſſe, vt idem Paulus loquitur, in *l. ſeq.* Quo caſu proximè diximus rationem connexitatis facere, vt totius geſtionis vna ratio ducenda ſit, etiam illius quæ facta fuit tempore ſeruitutis, quemadmodum ſi totum negotium ab initio geſtum eſſet tempore libertatis. Atqui eo caſu bonam fidem in toto negotio præſtare geſtor deberet, nec minùs in principio rei gerendæ quàm in fine. Ergo & qui in ſeruitute gerere cœpit eandem bonam fidem inſpecto etiam ſeruitutis tempore præſtare debet. Et conſequẽter quantum dominus ſeruare potuiſſet per actionem negotiorum geſtorum, ſi alius negotia eius geſſiſſet, tantùm eum præſtare æquum eſt, qui à ſemetipſo non exegerit ſeruitutis tempore, cùm haberet in peculio vnde ſoluere ſibi poſſet & deberet, ille inquam quaſi geſtor ibi quaſi ſeruo domini cuius negotia geſſiſſet, *l. 6. §. vlt. l. debitor 13. ſupr. & ſeq. in princ. infr. eod. l. quoties 9. §. ſicut. de admin. tutor.*

a *Si aliquid habuit in peculio.* Ratio dubitandi. Etiamſi nihil habuerit in peculio, non eò minùs verum eſt debere hunc ſibi poſteà ſoluere in eodem actu perſeuerantem, quia natura debitor fuit vt ex eodem Paulo ſubiicitur, in *l. ſeq.* Ergo non debuerunt Proculus Pegaſus & Neratius hanc adhibere diſtinctionem. An aliquid ſit in peculio necnè.

Ratio decidendi. Non eſt quidem neceſſaria diſtinctio hæc ſi quæratur quid & quantum præſtare debeat is qui in ſeruitute negotium gerere cœpit, & poſtea liber factus in eodem actu perſeuerauit, vt dicemus ad *l. ſeq.* Sed neceſſaria eſt cùm quæritur. An geſtor hic bonam fidem præſtiterit in ſeruitute, & in eo quod geſſit tempore ſeruitutis. Non enim aliter videri poteſt bonam fidem non præſtitiſſe, quàm ſi à ſeipſo non exegerit quod ex cauſa geſtionis debere cœperat: nec rurſus poteſt ei obiici cur eo tempore à ſe ipſo non exegerit, ſi tunc nihil habuit in peculio vnde poſſet exigere: quanquam non ideò liberatur ſi quid poſtea liber factus in bonis habere cœperit.

19. Idem lib. 2. ad Neratium.

Atquin natura debitor fuit, etiam ſi in peculio nihil habuit: & ſibi poſtea ſoluere debet in eodem actu perſeuerans [b]: ſicut is, qui temporali actione tenebatur [c], etiam poſt tempus exactum negotium geſtorum actione id præſtare cogitur.

Ad l. Atquin natura. 19.

Ratio dubitandi. Non poteſt contrahi obligatio inter dominum & ſeruum non magis quàm vt dominus ſibi ipſi obligetur, cùm quicquid per ſeruum acquiritur id ſtatim & ipſo iure acquiratur domino, ita vt ne momento quidem temporis conſiſtat acquiſitio in ſerui perſona, *l. ſlaces 79 de acquir. hæred.* Vnde etiam eſt quod inter dominum & ſeruum nulla lis eſſe poteſt, *l. 4. infr. de iud.* & quod vix certis ex cauſis ſeruo contra dominum conſiſtere, non in iudicio, ſed apud prætorem ex ſumma æquitate conceſſum eſt, *l. vix certis 53. eod.* Ergo non poteſt fieri vt ſeruus domino etiam naturaliter obligetur cùm natura ipſa impedimento ſit ne ſibi quiſquam debere, aut ſecum agere poſſit, *l. ne cum filiofamilias 16. de furt.*

Ratio decid. Naturalis obligatio cùm tota ex facto non ex iure æſtimetur, poteſt conſiſtere in perſona ſerui, ſiue actiua ſit, vt loquuntur, ſiue paſſiua, *l. nec ſeruus 41. de pecul.* quia eorum quæ ſunt facti capaces ſunt ſerui, *l. qui hæredis 44. de condit. & demonſtr.* Nec proinde per ſeruum acquiri vnquam poteſt obligatio naturalis domino, qui alioquin ſui ipſius debitor eſſet quod hic locus omnium optimè probat, & *d. l. nec ſeruus aliique innumeri.* Nec quod dominus actione de peculio ex perſona ſerui conuentus poteſt deducere id omne quod in ſeruo & conſeruis eius debetur, ex *leg. ſed ſi damnum 9. alias. l. peculium. §. præterea de pecul. ad rem facit.* Deducit enim dominus non quaſi debitum ſibi, ſed quaſi debitum ipſi ſeruo, cui ſi ſolutum eſſet quomodo ex regulis iuris gentium ſolui debuit, *leg. cùm amplius 184. §. is natura debet. de reg. iur.* vtique commodum ſolutionis domino per ſeruum acquiſitum fuiſſet. Non enim ſicut obligationis naturalis capax eſt ſeruus, ita & eorum quæ poſſunt acquiri per ſolutionem, ſiue per deductionem, aut per compenſationem factam ex obligatione naturali. Sunt enim iſti quidem effectus obligationis naturalis, ſed inducti à iure ciuili, cui prorſus incogniti ſunt ſerui, *leg. quod attinet 32. de reg. iur.* Dixi pluribus contra Cuiacium ad *l. frater à fratre 38. de condict. indeb. lib. 19. Coniectur.*

b *In eodem actu perſeuerans.* Quia ſi poſt adeptam libertatem noluiſſet hic geſtor negotia tractare nihil omnino poſſet ei imputari, neque cur in ſeruitute cœpiſſet ea gerere, neque cur cœpta deſeruiſſet, ſiquidem ex eo quod in ſeruitute geſſit, nullomodo tenetur, *l. 17. vbi dixi ſupr.*

Ratio dubitandi. Quod natura tantùm debetur, non poteſt peti neque exigi, quia obligatio quæ naturalis tantùm eſt, nullam actionem parit, *l. naturales 10. de obl. & act.* Ergo non poteſt huic ſeruo manumiſſo imputari cur à ſeipſo non exegerit id quod naturaliter tantùm debuit, & quod alius cui ſimiliter debitum fuiſſet, exigere non potuiſſet.

Ratio decidendi. Quod naturaliter tantùm debetur, poteſt tamen ſolui, ſolutúmque retineri, adeóque ſolui debet iure negotium inſpecto, *l. cùm amplius 184. §. is natura debet. de reg. iur.* Imputari ergo huic geſtori poteſt, cur non ſoluerit ſibi tanquam geſtori & nomine domini quod ipſe domino tanquam geſtor naturaliter debebat. Nam & is qui temporali actione tenebatur, ſi creditoris ſui negotia geſſerit, & interim actio tempore finita ſit, etiam poſt tempus exactum negotiorum geſtorum, actione cogitur id præſtare, quod per actionis peremptionem & lapſum temporis periit.

c *Sicut & is qui temporali actione tenebatur.* Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. ſi autem 8. verſ. quæ meo tempore finiebatur. ſupr. eod.*

1 ¶ Scæuola noſter ait putare ſe quod Sabinus ſcribit, debere *à capite rationem reddendum*, ſic intelligi [d], vt appareat, quid reliquum fuerit tunc, cùm primùm liber eſſe cœperit, non vt dolum aut culpam in ſeruitute admiſſam in obligationem reuocet. Itaque ſi inueniatur vel malo more pecunia in ſeruitute erogata [e], liberabitur.

Ad §. 1. Scæuola.

d *Quod Sabinus ait à capite rationem reddendam debere ſic intelligi.* Ratio dubit. Rationes reddere non videtur qui eas edit etiam à capite, niſi & ſoluat reliqua, *l. non ſolum 8. §. ꝰ qui de liber. legat. leg. cùm ſeruus 82. de condic. & demonſtr.* Quod ergo Scæuola ſcripſit eum qui in ſeruitute negotia domini geſſit cogendum à capite rationes reddere, non alium ſenſum habere poteſt, quàm vt etiam à capite reliqua ſoluere compellatur.

Ratio decidendi. Seruus rationes reddens poſt conſecutam libertatem non ad aliud tenetur, quàm vt rationes edat vt ſciri poſſit quid reliquum fuerit, tunc cùm primum liber eſſe cœpit, non etiam vt vel reliqua ſoluat, vel dolum aut culpam in ſeruitute admiſſam in obligationem reuocet. Itaque tametſi inueniatur vel malo more pecunia in ſeruitute erogata, nihilominùs intelligetur, liberatus per manumiſſionem cùm de eo quod in ſeruitute geſſit cóueniri nullomodo poſſit, *l. cum actũ 17. ſupr. h. t. vbi dixi, l. ſi purè 37. de fideic. libert.* ſi quas tamen res vel pecunias detineat ex his quæ geſſit in ſeruitute, cogendus eſt per prætoré reſtituere, *d. l. ſi purè. in fin.*

Malo more pecunia in ſeruitute erogata. Ratio dubitandi. Seruus qui in ſeruitute deliquit, tenetur eo nomine etiam poſt manumiſſionem, quia nox caput ſequitur, *l. 4. C. an ſeruus pro ſuo fact.* Ergo & ſi malo more pecuniam in ſeruitute erogauerit, eo quoqe nomine teneri debebit.

Ratio decidendi. Aliud eſt derelinqere, Aliud verò pecuniam dominicam malo more erogare: delicta vindicantur actionibus venientibus ex delicto, cuius neque memoria neque probatio per manumiſſionem abolerur. At pecunia qnantumuis malo more erogta etiam ab eo, qui conueniri poſſet, non niſi per ciuilem actionem peti poteſt ex contractu ipſo, aut quaſi contractu deſcendentem: qualis actio nulla poteſt competere in ſeruũ poſt manumiſſionem. *Malo more* dixit hîc Paulus pro eo quod eſt, *cõtra bonos mores*, vt & in *l. 1. §. ſi cui 2. de extr. cogn.*

2 ¶ Si libero homini, qui bona fide mihi ſeruiebat, mandem, vt aliquid agat: non fore cum eo mandati actionem [f], Labeo ait: quia non libera voluntate exſequitur rem ſibi mandatam, ſed quaſi ex neceſſitate ſeruili, erit igitur negotiorum geſtorum actio [g]: quia & gerendi negotij mei habuerit affectionem, & is fuit, quem obligare poſſem.

Ad §. 2. Si libero.

f *Non fore cum eo mandati actionem.* Ratio dubitandi. Mandatum reuera interceſſit, inter liberas perſonas inter quas potuit intercedere. Mandati ergo actio danda eſt non negotiorum geſtorum tametſi ei mandauerim qui mihi bona fide ſeruiebat. Plus enim valere debet quod in veritate eſt quàm in opinione, cùm voluntas exitum habere poteſt, *§. ſi quis rem ſuã in fin. Inſt. de legat.*

Ratio decidendi. Mandatum eſſe non poteſt quod non eſt liberum, ſiue ex parte ſuſcipientis, *l. ſi mandantis, ſiue ex parte ſuſcipientis. l. ſi mandauero* 22. *§. vlt. mandat. §. antep. Inſt. eod.* At in propoſito caſu non eſt liberum ex parte ſuſcipientis, quia licèt reuera ſit liber, cùm tamen putet ſe ſeruum eſſe non libera voluntate exequitur mandatum, ſed quaſi ex neceſſitate ſeruili. Ergo mandatum non eſt, nec proinde actio mandati. Malè tamen ſolet ro hanc rem afferri, *leg. in commodato 17. ſicut commod.* in illis verbis, *voluntatis eſt enim ſuſcipere mandatum, neceſſitatis conſummare.* Nam abundat proculdubio dictio *mandatum*, pro qua ſuppleri debet *negotia*, cùm eo loco nec de mandato nec de mandati actione tractetur, ſed de negotiis geſtis & de actione negotiorum geſtorum.

g *Erit igitur negotiorum geſtorum actio.* Ratio dubitandi. Negotiorum geſtorum actio competere non poteſt intercedente mandato, *leg. Pomponius ſcribit 9. in fin. ſup. hoc tit. l. ex mandato* 20. *§. 1. inf. mandat.* Atqui mandatum hîc interceſſit. Ergo negotiorum geſtorum actio competere non poteſt.

Ratio decidendi. Mandaui quidem libero homini, qui bona fide mihi ſeruiebat vt negotia mea gereret, ſed non ideò poteſt videri contractus mandati interceſſiſſe nec proinde obligatio aut actio vlla mandati ex eo mandato competere, vt dixi proximè. Neceſſaria igitur eſt negotiorum geſtorum actio, quam mihi competere certum eſt, cùm & negotia mea re vera geſta ſint & actionem hanc impedire non ſoleat quod geſtor vel putauerit ſibi mandatum vel neceſſitate, aut neceſſitatis ſuſpicione vrgente geſſerit, *leg. 3. §. hac autem actio & §. pen. & leg. item ſi 5. ſup. hoc tit.* Sufficit enim vt is & gerendi negotij mei affectum habuerit, & talis perſona ſit quam obligare mihi re vera poſſim. Negotiorum enim geſtorùm nomen factum & veritatem rei magis, quàm ius aliquod præ ſe fert, Mandati verò nomen habet implicitam quodammodo iuris cauſam, quia non ex ſolo facto, ſed etiam ex iure æſtimatur, nec mandatum eſſe intelligitur, niſi eas conditiones habeat quas ius præſcribit, inter quas hæ duæ potiſſimæ ſint vt ſit & liberum & gratuitum, *d. §. antepen. & vltim. Inſtit. de mandat.*

3 ¶ Cùm me abſente negotia mea gereres, imprudens rem meam emiſti, & ignorans vſu cepiſti [a], mihi negotiorum geſtorum, vt reſtituas, obligatus non es [b], ſed, ſi antequam vſucapias, cognoſcas rem meam eſſe [c], ſubiicere debes aliquem, qui à te petat meo nomine [d e]: vt & mihi rem, & tibi ſtipulationem euictionis committat, nec videris dolum malum facere [f] in hac ſubiectione: ideò enim hoc facere debes, ne actione negotiorum geſtorum tenearis.

Ad §. 3. Cùm me abſente.

a *Et ignorans vſucepiſti.* Aſſentior Cuiacio, qui ex Archetypo Florentino mauult legere, *ign.* quàm *ignorantis.* vt & in *l. 2. §. proc. inf. pro emptor.* Adiecta enim eſt hæc dictio in antitheſim eius quod in ſequenti ſpecie ponitur, te antequàm vſupiſſes cognouiſſe rem meam eſſe: quia poterat fieri vt tu imprudens quidem rem meam emiſſes, nec tamen ignorans ſed ſciens eam vſucepiſſes ſuperueniente, ſcilicet ſcientia rei alienæ & mala fide, quæ mala fides etſi vſucapionem inchoandam præpediebat inchoatam, tamen non interrumpebat. *leg. ſi aliena 10. & paſſ. de vſucap.* nec hodie interrumpit iure ciuili, *l. vnic. Cod. de vſucap. transform.* adeóque nec litis conteſtatio, *leg. ſi poſt acceptum 18. de rei vindicatione.*

b *Mihi negotiorum geſtorum vt reſtituas obligatus non es.* Ratio dubitandi. Qui aliena gerit negotia ſiue mandatum habeat, ſiue non habeat, nullum ex iis negotiis lucrum retinere debet, ſed omne omnino reſtituere, *leg. ſi autem 8. §. item ſi fundum. ſupr. hoc titul. leg. qui proprio 46. §. procurator. de procurat.* ne alioqui animo deprædandi ad ea acceſſiſſe videatur, *leg. ſi pupilli 6. §. ſed etſi quis. ſup. hoc tit.* Ergo & ſi quam rem ex iis bonis vſuceperit, eam hoc iudicio reſtituere debet, quamuis ipſius retinendæ & acquirendæ iuſtam cauſam habiturus erat ſi alienis negotiis ſe non immiſcuiſſet. Nec enim nouum eſt vt deterioris conditionis ſit vir probus quoque & diligens hoc ipſo quod aliena gerit negotia quàm ſi non gereret, vt in ſpecie, *dict. leg. 6. §.*

§.ult.& dict.leg.8.in princip. iunct. *leg.prox.& hac leg.in princip.*

Ratio decidendi. Non debet geſtor lucrum vllum retinere quod ex ipſa geſtione perceperit, ſed non ideò cogitur reddere quicquid lucri fecit tempore geſtionis, ſi modò non ex ipſa geſtione, ſed ex ſuo contractu ſuaque negotiatione fecerit. Nam nec tutor cuius obligatio ſtrictior eſt rem ſuam agere prohibetur, dum agit rem pupilli, modò ex re pupilli non locupletetur, nec dolo malo verſetur in bonorum pupillarium adminiſtratione, *lege tutor rerum 56. de adminiſtrat. tutor.* In propoſito autem geſtor qui rem meam vſucepit, non ideò eam habet, quod negotia mea geſſerit, ſed quia illam & emit & vſucepit, vtrumque ignoranter ac bona fide dum putat rem eſſe ſuam, fuiſſéque ſui venditoris, non meam. Nulla ergo ratio eſt cur mihi actione negotiorum geſtorum hoc nomine teneatur.

c *Sed ſi antequam vſucapias cognoſcas rem meam eſſe.* Ratio dubitandi. Superueniens mala fides non nocet vſucapienti ſiue ius vetus ſpectemus ſiue nouum, vt dixi ad princip. huius §. Ergo non debet tibi nocere, quod ante completam vſucapionem cognoueris rem meam eſſe.

Ratio decid. Non debet tibi nocere quominùs vſucapias: Nam & procuratorem & negotiorum geſtorem vſucapere poſſe placuit vtilitatis cauſa, *l.2.§.procurat.infrà pro emptore.* Ne ſcilicet aliter poſito iure deterrerentur pleríque à negotiis alienis gerendis, ad quod fuerunt potiùs prouocandi. Sed nocebit tibi ſuperueniens mala fides vt mihi negotiorum geſtorum actione tenearis.

d *Subiicere debes aliquem qui à te petat meo nomine.* Ratio dubitandi. Negotiorum geſtor non tenetur niſi de dolo vel de culpa, aut lata aut leui *l.ſi negotia 11.ſupr.hoc titul.* Atqui neque dolus, neque culpa vlla eſt, ne quidem leuiſſima eius geſtoris, qui etiam poſt malam fidem ſuperuenientem complet vſucapionem, quam bona fide inchoauit, cum iure communi vtatur, *leg. nullus videtur 54.de regul.iur.* Nec enim poteſt huic obiici quod obiicitur debitori negotia creditoris gerenti, cur non ſibi ſoluerit, & à ſeipſo debitum ſine actione exegerit, *l.6.§.vltim.& l 8.in princip. ſupr.* quia non quemadmodum poteſt quia ſibi ipſi ſoluere, ita & à ſeipſo rem vindicare poteſt, aut ſibi ipſi tradere ad interrumpendam vſucapionem, neque rurſus in ſua poteſtate habet facere, ne cœpta vſucapio currat ſuo marte & compleatur, cùm ad id ſola iuris authoritas ſufficiat iuncto temporis curſu. Niſi fortè volumus huic imputare, cur non vltro deſierit poſſidere ne poſſet continuari vſucapio, quæ ſcilicet ſine poſſeſſione continuari nequit, *leg.ſine poſſeſſione 25. de acquir.poſſeſſ.* aut cur non vltro rem reſtituat ei, contra quem vſucapio cœpta fuit, ſed hoc nemo probabiliter dixerit, quia ſic fieret vt negotiorum geſtor, idémque bonæ fidei emptor gratis amitteret, non tantùm acquirendi occaſionem, ſed actionem de euictione ſibi ex contractu ſuo competentem: quo damno eum affici eſſet ſanè iniquum & iniurioſum, adeóque domino cuius negotia geſta eſſent oneroſum, quem actione contraria cogi oporteret ad indemnitatem geſtori præſtandam, ſiquidem ob ſolam geſtionem hoc damnum geſtor pateretur, non paſſurus vtique ſi directam negotiorum geſtorum actionem non timuiſſet. Cùm ergo nihil ſit quod huic geſtori imputari queat, nihil cauſæ eſt cur alium ſubiiciat, qui ab eo rem nomine domini petat, vt effugiat directam actionem negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Poteſt huic geſtori imputari, non cur rem emerit illius cuius negotia gerebat, cùm ignorans emerit, ſed cur vſucapionem compleuerit, ex quo ſciuit rem domini eſſe. Debet enim continuam bonam fidem præſtare in negotiis gerendis, nec proculdubio præſtat vſucapiendo rem quam ſcit eius eſſe, cuius negotia gerit. Ac quoniam nec bona fides patitur, vt propter vtilitatem alienam amittat ille propriam actionem hoc vnum remedium ſupereſt, vt ſubiiciat aliquem qui ab eo petat nomine domini, atque ita domino rem, geſtori verò ſtipulationem euictionem committat.

e *Qui à te petat meo nomine.* Ratio dubitandi. Hic quem ponimus ſubiectum & ſuppoſitum eſſe, cùm ſit falſus procurator, nec mandatum vllum habeat ad agendum, non poteſt habere actionem, neque ex ſua neque ex domini perſona. Atqui nemo agit ſine actione *l.ſi pupilli 6. §.vlt.ſup.hoc tit.* Ergo nec quicquam prodeſt ſubiicere aliquem qui petat nomine domini.

Ratio decidendi. Aliud eſt agere, aliud petere. Agere nemo poteſt ſine actione, quoniam agere iuris eſt. At petere quilibet poteſt, etiam qui nullum ius habeat agendi quoniam petere eſt facti non iuris, vt dixi ad *l. pacto 15. ſupr.de tranſact.* Et ad conueniendam ſtipulationem ſufficit petitio, quæ fiat de facto licèt nullo iure, *l.nulla 5. C.de contr.& commit.ſtipulatione.*

f *Nec videris dolum malum facere.* Ratio dubitandi. Dolus malus præſumitur & probatur quoties fit per cuniculos & per ſubiectam ac ſuppoſitam perſonam quod palam & apertè fieri deberet, *l.vlt.de rit.nupt.leg.pupillus 5.ſed ſi per interpoſitam de auctor. tutor. leg. non exiſtimo 54.de admin.tutor.leg.& qui ſub imagine 10.Cod.de diſtr. pignor.* Malum enim eſt quod occultatur. Dolo igitur malo facit hic geſtor, qui ſubiicit perſonam euincentis, cum re vera nemo euincat. Nec quicquam ei prodeſſe debeat ad committendam euictionis ſtipulationem is per calumniam aut ſimulationem & dicis cauſa inſtituta, *leg.in ſumma 65.§.1.de cond.indeb.* cùm ſimulata pro infectis haberi debeant, *leg. ſi ex pretio 6. Cod. ſi cert. petat.*

Ratio decidendi. Dolo facit qui aliam perſonam ſubiicit & ſupponit ad hoc tantùm vt alij noceat, non etiam qui id principaliter agit vt damnum, fraudem & captionem ſibi alioqui imminentem excludat. Non enim dolo facit qui fraudem excludit, licèt eueniat per conſequentias vt alteri noceatur, *leg.quis autem 6. §. ſi patronus infr.ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.leg.cùm pater 77.§.Titio antep.de leg.2.* In propoſito autem negotiorum geſtor cogitur ſubiicere perſonam quæ domini nomine euincat, ne alioqui vel comparentem iam & quæſitam ſibi actionem amittat, vel ſe obliget domino actione negotiorum geſtorum, quorum alterutrum effugere ſanè non poſſet, cùm tamen vtrumque ſit iniquum.

4 ¶ Non tantùm ſortem, verùm etiam vſuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum geſtorum iudicio præſtabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque vſuras (quas) præſtabimus [g], vel quas ex noſtra pecunia percipere potuimus [h], quam in aliena negotia impendimus, ſeruabimus negotiorum geſtorum iudicio.

Ad §.3. Non tantùm.

Ratio dubitandi. Vſura non natura ſed iure percipitur, *l.ſi nauis 62.de rei vindic.* id eſt, non ex pecunia ipſa quomodo fructus qui ex fundo percipiuntur, ſed ex negotiatione, vt pretium quod ex rei venditione redigitur, *l.venditor 21.de hæred.vel action.vendit.* Nec enim pecunia pecuniam gignit. Neque rurſus vſuræ ob lucrum petentium, ſed ob moram non ſoluentium infliguntur, *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo de vſur.* Ergo nulla ratio eſt, cur is qui aliena negotia geſſit vſuras pecuniæ præſtare debeat, quas non tam ex re domini quam ex ſua induſtria perceperit, multò minùs eas quas non percepit, licèt percipere potuerit. Ratio decidendi. Quiquis aliena gerit negotia eam diligentiam præſtare debet, quam alius diligens paterfamilias quibuſlibet rebus ſuis præſtaret

leg. ſi pupilli 6. §. vlt. leg. ſi negotia 11. ſuprà, eod. leg. tut. 20. Cod. eod. Atqui non eſt diligentis patrisfamilias otioſam habere pecuniam quam ſub vſuris poſſit tuto credere, & ideóque etiam tutores, tametſi pecuniam pupillarem otioſam reliquerint ad vſuras tenentur, adeóque ipſorum hæredes, *leg. tutor. 7. § ſi depoſ. & ſeqq. & §. pecuniæ, infrà de adm. tutor.* Ergo vſuræ quoque in hoc iudicium veniunt, nec tantùm quæ perceptæ ſunt, ſed etiam quæ percipi potuerunt, multò tamen magis perceptæ, de quibus dubitari, ideò minùs poteſt, quia licèt non ex re aliena, tamen per occaſionem rei alienæ perceptæ ſunt, cederéntque lucro geſtoris, cui tamen illa etiam lucra eripienda ſunt, quæ dominus per ſe iure conſequi non potuiſſet, *leg. ſi autem 8. §. item ſi fundum, inf. hoc tit.* vbi dixi iunge, *leg. 31. §. qui aliena, infrà.*

g *Contra quoque vſuras quas præſtauimus.* Ratio dubitandi. Vſuræ pecuniæ creditæ non debentur citra vinculum ſtipulationis, *leg. 3. Cod. de vſur. l. Titius 24. de præſcr. verb.* Ergo ſibi ſuæque promiſſioni & facilitati non alienis negotiis imputare geſtor debet vſuras ſi quas præſtiterit.

Ratio decidendi. Non poteſt dominus cuius negotia vtiliter geſta ſunt imputare geſtori, cur vſuras promiſerit & præſtiterit, ſi alia ratio commodior non fuit negotij gerendi, cùm ex ea geſtione lucrum ipſe ſenſerit. Nemo enim factum ex quo lucrum ipſe ſentiat alteri imputare poteſt, *leg. ſi extraneus 33. leg. cùm in fundo 78. §. quod ſi mulier. de iur. dot.* Cùm autem dicimus vſuras deberi contraria actione negotiorum geſtorum ſemper ponendum eſt plus lucri & commodi ex negotij geſtione ad dominum perueniſſe, quàm poſſit ex vſuris ſentire incommodi. Alioqui non vtiliter aliena negotia geſſiſſet, qui pro iis gerendis pecuniam, ſiue ſuo, ſiue domini nomine fœnori accepiſſet. Hoc verò poſito, vt negotium vtiliter geſtum ſit, ſanè bonæ fidei ratio non patitur vt vſuræ non debeantur, quæ ex omnibus bonæ fidei iudiciis præſtantur, *leg. & in contraria 37. iunct. leg. mora 32. § in bonæ fidei, infra de vſur. leg. in bonæ fidei 13. Cod. eod.*

h *Vel quas ex noſtra pecunia percipere potuimus.* Ratio dubitandi. Actio contraria negotiorum geſtorum non datur niſi ad id quod abeſt abfuturúmve eſt, *leg. 2. in fine, ſupra. l. ſi quis 28. in fine, inf. hoc tit.* Atqui vſuræ quas non præſtiti, licèt eas percipere potuerim, neque abſunt mihi, neque abfuturæ ſunt. Ergo non veniunt in contrariam actionem.

Ratio decidendi. Abeſſe mihi intelliguntur, hoc ipſo quod eas percipere potui, ſi pecuniam meam in negotia tua impendiſſem. Mea namque intereſſe credendum eſt, non ob id tantùm quod reuera mihi abeſt, & in quo diminutum eſt meum patrimonium, ſed ob id etiam quod lucrari potui, & in quo factus eſſem locupletior, ſi tua negotia non geſſiſſem, *l. ſi commiſſa 13. rat. rem haber.* Tua verò nihil intereſt cùm ponamus plus te commodi ex mea geſtione percepiſſe computato etiam incremento vſurarum quas percipere potui, quàm ex earum vſurarum præſtatione ſenſurus ſis incommodi. Hoc ergo facit bona fides, maximè quæ tuam vtilitatem coniunctam habeat.

5 ¶ Dum apud hoſtes eſſet Titius, negotia eius adminiſtraui, poſtea reuerſus eſt, negotiorum geſtorum mihi actio competit, etiamſi eo tempore, quo gerebantur dominum non habuerunt.

Ad §. vlt. Dum apud hoſtes.

Ratio dubitandi. Verum eſt negotia Titij quandiu apud hoſtes fuit nullum dominum habuiſſe, quia cùm toto eo tempore fuerit ſeruus hoſtium nihil potuit in ſua poteſtate habere is qui non fuit ſuæ poteſtatis, *l. ſic euenit 21. ad leg. Iul. de adult. l. lege Cornelia 12. qui teſtam. fac. poſſ.* Atqui negotiorum geſtorum actio non poteſt locum habere, niſi quis alterius negotia geſſerit, *l. 3. in princ. & §. alterius, ſuprà hoc tit.* Ergo non eſt hoc caſu danda actio negotiorum geſtorum. Nec dicendum eſt reuerſo Titio ab hoſtibus fictionem poſtliminij facere, vt ſemper in ciuitate fuiſſe videatur. Nam fictio poſtliminij coniungit inſtans reditus cum inſtanti captiuitatis, ſicut & fictio legis Corneliæ coniungit inſtans captiuitatis cum inſtanti mortis, vtráque ad hoc vt totius eius temporis memoria deleatur quo ciuis Romanus fuit ſeruus hoſtium quaſi nec vnquam fuerit, *l. iuſto errore 44. § vlt. de vſucap.* Ergo ſiue rei veritatem, ſiue poſtliminij fictionem ſpectes, verum eſt negotia Titij toto captiuitatis tempore quo geſta ſunt dominum nullum habuiſſe. Quod cùm ita ſit quî fieri poteſt vt negotiorum geſtorum actio, vel Titio vel in Titium detur?

Ratio decidendi. Negotiorum geſtorum actio quàm ſola abſentium vtilitas & prætoria æquitas induxit, non aliunde naſcitur quàm ex ipſa negotij geſtione, *l. 3. §. hæc autem actio, ſupra hoc tit.* Quæ geſtio facti tantùm eſt, non etiam iuris, vt dixi ad *§. ſi libero. hac lege.* Atqui verum eſt geſtorem eum animum habuiſſe vt gereret negotia, non tantùm quæ aliena eſſent, ſed etiam quæ eſſent Titij captiui, & ea mente vt vel ipſi ſi ab hoſtibus rediret, vel ſi apud eos moreretur eius ſucceſſori rationem redderet, viciſſimque aut Titium, aut eius ſucceſſorem ſibi obligaret, cùm alterutrum euenire neceſſe eſſet, vt vel quandoque rediret Titius, vel apud hoſtes moreretur. Ergo quamvis reuera non habuerint dominum ea negotia, quandiu captiuitas durauit, cùm tamen verum ſit, nunquam alterius, fuiſſe quàm Titij, nec eius temporis, quo captiuus fuit, ratio vlla haberi poſſit, conſequens eſt, vt non minùs actio negotiorum geſtorum competere debeat, quàm ſi toto illo captiuitatis tempore ea negotia eundem dominum Titium habuiſſent, quæ ſi non Titium certè nec alium vllum habuerunt. Et certè quod vtraque fictio & poſtliminij & legis Corneliæ delet memoriam captiuitatis, cùm fiat in gratiam captiuorum, vt alacriùs ſubeant pro repub. periculum captiuitatis non debet in eorum odium ita retorqueri, vt eorum negotia quaſi quæ nullius ſint licere debeat cuilibet inuadere, impunè. Ideóque & curam ipſorum negotiorum gerit prætor dato bonis curatore, *leg. in poſſeſſionem 6. §. vltim. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat. leg. idem priuilegium 22. §. 1. de rebus auctor. iudic. poſſid.* Itémque data reuerſo ab hoſtibus, ſi quid interim amiſerit in integrum reſtitutione, *leg. ab hoſtibus 15. ex quib. cauſ. maior. in integr. reſt.*

20. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SIn autem apud hoſtes conſtitutus deceſſit: & ſucceſſori, & aduerſus ſucceſſorem eius, negotiorum geſtorum directa & contraria competit.

Ad l. Sin autem 20.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. ſucceſſori 12. ſuprà, hoc tit. vbi dixi.*

21. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

NAm & Seruius reſpondit, vt eſt relatum apud Alfenum libro trigeſimo nono digeſtorum, cùm à Luſitanis tres capti eſſent, & vnus ea conditione miſſus, *vti pecuniam pro tribus afferret, & niſi rediiſſet, vt duo pro eo quoque pecuniam darent*, iíſque reuerti noluiſſet, & ob hanc cauſam illi pro tertio quoque pecuniam ſoluiſſent. (Seruius reſpondit) æquum eſſe, prætorem in eam reddere iudicium.

Ad l. Nam & Seruius 21.

Ratio dubitandi. Negotiorum geſtorum actio nunquam ei competit qui ſuum negotium geſſit, licèt alij quoque profuerit, *leg. creditor* 60. §. 1. *mandat.* Imò nec retentio, *leg. deducta* 58. §. *qui poſt tempus. ad SC. Treb.* Sed neque ei qui alienum negotium gerit competit negotiorum geſtorum actio, ſi tale illud ſit vt nec ſuum proprium poſſit explicare, niſi alienum quoque gerendo, *leg. heredes* 25. §. *non tantum. fami. erciſ. l. ſi communes* 40. *infrà, hoc tit. leg. ſi quis putans* 6. §. *ſiue autem. verſ. hoc autem, & ver. cæterum. commun. diuid.* Atqui in propoſita ſpecie duo illi capti & retenti à Luſitanis non potuerunt libertatem conſequi, ſi non pro tertio quoque pecuniam darent, in eóque non tam tertij abſentis, quàm ſuum negotium geſſerunt. Non igitur negotiorum geſtorum agere poſſunt.

Ratio decidendi. Non ait Paulus competere hoc caſu negotiorum geſtorum actionem quæ certè non competit, ſed æquum eſſe prætorem iudicium reddere in eum, qui reuerti noluit, quoniam ei quoque ſolutio profuit, vt ne quid ab eo Luſitani petere vnquam poſſent. Quod de actione non negotiorum geſtorum, ſed in factum ſubſidiaria vel de actione de dolo intelligi debet, vt pluribus docui, *libro* 11. *Conectur. cap.* 7. Actio negotiorum geſtorum competit ex auctoritate prætoria mortui, id eſt, datur ex edicto. Hæc de qua agitur non competit niſi decernatur à prætore viuo. Dices, Quid ergo ſpecies iſta ad titulum? Nempe ad comprobandum id quod ex eodem Paulo ſcriptum fuerat in §. *vltimo, leg.* 19. Si quis captiui negotia adminiſtrauerit, dandam ei actionem negotiorum geſtorum, quamvis negotia nullius fuerint quandiu fuerint captiui. Eſt enim longè facilius, vt captiuus libero homini obligetur, aut eum obligatum habeat, quàm vt intercaptiuos ſiue mandato interueniente, ſiue citra mandatum obligatio contrahatur. Dixi, *dict. cap.* 7. *lib.* 11. *Conect.*

1 ¶ Qui negotia hæreditaria gerit, quodammodo ſibi hæreditatem, ſéque ei obligat, ideóque nihil refert, an etiam pupillus hæres exiſtat [a]: quia id æs alienum cum cæteris hæreditariis oneribus ad eum tranſit.

Ad §. 1. *Qui negotia.*

Ratio dubitandi. Negotia hæreditaria ſi veritatem rei inſpicias interim nullius ſunt, *leg.* 1. *de rer. diuiſ. leg.* 3. *in princ. de pecul.* Si verò retrofictionem à iure ciuili introductam, ſunt hæredis, quia hæres quandocunque, adeúndo ex die mortis adiiſſe retrofingitur, *leg. hæres quandoque* 49. *de acquir. hæred. leg. ſi ex re.* 28. §. *vlt. de ſtipulat. ſeruor.* Ergo nullomodo poteſt is qui ea gerit obligare ſibi hæreditatem, aut ei obligari.

Ratio decidendi. Si veritas naturalis & realis inſpiciatur, vtique hæreditaria negotia nullius ſunt, ſed ſi iuris ciuilis fictio conſideretur, ſunt re vera hæreditatis quæ interim perſonam defuncti non hæredis ſuſtinet, *l. non minus* 31. §. 1. *de hæred. inſt. l. in eo* 33. § *vlt. cum l. ſeq. de acquir. rer. domin. l. hæres* 22. *de vſuc.* Si denique iuris ciuilis non ſolùm fictio, ſed etiam retrofictio conſideretur, ſunt hæredis: ideóque nimirum fuit neceſſarium edicere, prætorem ſpecialiter de iſto qui hæreditaria negotia geſſit, vt negotiorum geſtorum, & agere & conueniri poſſet, *l.* 3. *hac autem verba ſupr. hoc tit. vbi dixi.*

a *Nihil refert an etiam pupillus hæres exiſtat.* Ratio dubitandi. Pupillus non poteſt obligari ne quidem volens niſi auctoritate tutoris interueniente, *l. obligari de auct. tutor aut niſi ex re eius actio veniat l. furioſus* 46. *de oblig. & act.* Atqui hîc neque tutoris auctoritas interuenit, neque ex re pupilli actio naſci poteſt cùm negotia quæ geſta ſunt, hæreditaria fuerint non pupillaria, nec denique ipſius pupilli voluntas qualiſcunque acceſſit. Ergo ex rei hæreditariæ geſtione pupillus etiamſi poſtea hæres exiſtat obligari non poteſt.

Ratio decidendi. Omne æs alienum tranſit in hæredem ex *leg.* 12. *tab. l.* 1. *C. ſi cert. pet. l. vlt. C. de her. act. l.* 1. *&* 2. *ſi vnus ex plurib. her. deb. vel credit.* Quicquid enim fuit hæreditatis totum id hæreditas transfundit in hæredem, *l.* 1. §. *Scæuola ſi is qui teſtam. lib. eſſe iuſſ. eſt*, nec hæredis ætas impedimento eſſe poteſt, cùm obligatio non à voluntate hominis pendeat, ſed ab auctoritate legis, cui non minùs pupillus quàm alius hæres quilibet acceptum ferre debet quod hæres ſit. Nec enim obligationis qualitas & conditio ex perſona hæredis vnquam immutatur, *l.* 2. §. *ex his. de verb. oblig.* nec rurſus æquum eſt eum qui cum pupillo non contraxerit expectare pupilli pubertatem, *l. apud Iulianum* 3. *quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. Æmilius* 38. *de minor.* Hic autem qui negotia hæreditaria geſſit neque contraxit, neque quaſi contraxit cum pupillo, ſed cum hæreditate ipſa quæ non pupilli, vt nec alterius cuiuſlibet hæredis, ſed defuncti perſonam repræſentat, *leg. hæreditas* 34. *de acquir. rer. domin.* Nec eſt quod quis dicat onus hoc non eſſe hæreditarium, quia cœperit poſt mortem defuncti cum quo nunquam agi potuit negotiorum geſtorum. Nam hæreditarium æs alienum intelligitur etiam id de quo cum defuncto agi non potuit, *leg. hæreditarium* 7. *de reb. auctor. iudic. poſſid.* adeóque interdum etiam hæreditariarum obligationum appellatione continentur eæ quæ incipiunt ab hærede vt euenit in legatis, *leg. hæreditariarum* 40. *de obligat. & action.* Quantò magis igitur eæ quæ incipiunt ab ipſa hæreditate priuſquam aliquis hæres exiſtat, vt hæc de qua tractamus actio negotiorum geſtorum, quoties geſta ſunt negotia hæreditaria.

2 ¶ Si viuo Titio, negotia eius adminiſtrare cœpi: intermittere mortuo eo non debeo: noua tamen inchoare neceſſe mihi non eſt [b], vetera explicare, ac conſeruare neceſſarium eſt: vt accidit cùm alter ex ſociis mortuus eſt: nam quæcunque prioris negotij explicandi cauſa geruntur, nihilum refert, quo tempore conſummentur, ſed quo tempore inchoarentur.

Ad §.2. Si viuo Titio.

Ratio dubitandi. Negotiorum gerendorum neceſſitas quæ inducitur ex mandato præcedente finitur morte, quia & mandatum ipſum morte extinguitur, ſiue mandantis, ſiue mandatarij, *l. inter cauſas 26. inf. mandat.* Ergo multò magis morte illius, cuius negotia gerebantur finiri debet officium negotiorum geſtoris, qui non niſi affectione & contemplatione illius certæ perſonæ, vt de probo viro credibile eſt, ad negotia eius gerenda acceſſerat. Nam & in quolibet negotiorum geſtore ita comparatum eſt, vt nihil gerendum habeat, niſi quod ipſe gerere vltro velit, quia ſatis abundéque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur, *lege tut. 20. Cod. hoc tit.*

Ratio decidendi. Siue mandatum aliquod ſiue nullum præceſſerit, non poteſt tamen is qui aliqua negotia gerere cœpit ea intermittere ob mortem illius, cuius negotia fuerunt. Inchoata enim ſemper debent perfici & conſummari, nunquam verò deſeri. Vt & in ſocijs euenit, de quibus in hoc §. & in tutore & curatore, *l. vnic. Cod. vt cauſæ poſt pubert. adſ. tut. l. 5. §. poſt completum. de admin. tutor.*

d *Noua tamen inchoare neceſſe mihi non eſt.* Ratio dubitandi. Cùm quis alterius negotia gerit, non multa negotia ſunt, ſed vnus contractus niſi ab initio ad vnum negotium acceſſit ea mente, vt finito eo diſcederet, *leg. ſed & cùm 16. ſup. hoc tit.* Atqui cùm vnum negotium eſt, ſi cœptum ſit viuo domino, ad quem pertinebat, cogitur geſtor etiam poſt mortem domini illud perficere, vt proximè diximus. Ergo etiam noua inchoare cogendus eſt, quaſi quæ partem aliquam faciant eius negotij, quod viuo domino inchoatum fuit.

Ratio decidendi. Non ſunt plura negotia quantum ad multiplicandam negotiorum geſtorum actionem, quando vnum fuit propoſitum aliena negotia gerendi, aut quantum ad inſpiciendam qualitatem & conditionem perſonæ, cuius negotia ſunt quæ geruntur, vt in *d. l. 16. & l. 15. ſup. eod.* Sed tamen non poteſt negari quin re vera diuerſa ſint negotia, ſi forte fulcienda ſit inſula, locandi fundi, exſoluendum æs alienum, aut alia huiuſmodi quæ nullam inter ſe habeant connexitatem, *l. enim actum 17. ſuprà, eo.* Proinde qui vnum ex his negotijs geſſit aut gerere cœpit, licet eo animo vt omnia gereret, non eò magis tamen cogitur omnia gerere, ſi nolit, *d. l. tut. 20. Cod. hoc titul. l. tutores 39. §. qui negotiis. de admin. tutor.*

c *Vt accidit, cùm alter ex ſocijs mortuus eſt.* Ratio dubitandi. Societas finitur morte, *leg. actione 65. §. morte, inf. pro ſocio.* Ergo cùm alter ex ſocijs mortuus eſt, non eſt cogendus alter ſocius vt quicquam faciat quod pertineat ad cauſam ſocietatis.

Ratio decidendi. Etiamſi morte finiatur ſocietas; non tamen finitur neceſſitas conſummandi & perficiendi eius negotij, quod durante ſocietate cœptum fuit: quia, vt hic Paulus ſcribit, quæcunque prioris negotij explicandi cauſa geruntur, nihilum refert quo tempore conſummentur [a] ſed quo tempore inchoentur.

3 ¶ Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius geſſit, quod is non rectè geſſit, tu mihi actione negotiorum geſtorum teneris, non in hoc tantùm, vt actiones tuas præſtes [a]: ſed etiam quòd imprudenter eum elegeris: vt quidquid detrimenti negligentia eius fecit [b], tu mihi præſtes.

Ad §. 3. Mandatu tuo.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum ex ipſa naturali & vera geſtione naſcitur, *leg. 3. §. hac autem actio l. atquin 19. §. ſi libero. & §. vlt. ſuprà, hoc tit.* Atqui cum mandatu tuo negotia mea Lucius Titius geſſit, non tu geſſiſti, ſed ille. Debet ergo ille negot. geſt. actione teneri mihi non tu.

Ratio decidendi. Etiam is videtur geſſiſſe qui alij vt gereret mandauit. Nec enim quicquam refert an quis gerat per ſe, an per alium, *l. ſi quis 7. §. vlt. ſuprà de iuriſdict. l. 1. §. 1. de eo per quem fact. erit, l. 5. §. quod ſi quis tutelam de adminiſtr. tutor.* Teneri ergo is qui mandauit, quaſi ipſe geſſerit, non qui re vera geſſit: quia nec geſſurus fuerat ſi mandatum ei non fuiſſet, nec tam id egit vt eum cuius ſunt negotia, quàm vt mandatorem, ſéque illi viciſſim obligaret.

a *Non in hoc tantùm vt actiones tuas præſtes.* Ratio dubitandi. Qui non aliam ob cauſam tenetur, quàm quòd aduerſus alium habeat actionem, ad aliud non tenetur, quàm vt eam actionem præſtet: *l. quod ſi in diem 16. §. vltimo, l. item veniunt 20. §. ait Senatus 17. de petitione hereditatis l. quod debetur 51. in fin. de pecul.* Atqui in propoſita ſpecie non teneris mihi, niſi quia habes actionem mandati contra Titium. Ergo ad aliud teneri non debes quàm vt eam actionem mihi præſtes.

Ratio decidendi. Non teneris mihi actione negotiorum geſtorum ob id ſolùm quod habeas contra Titium actionem mandati, ſed ob id maximè, quia mandaſti, & mandãdo Titio vt mea negotia gereret, tu hoc ipſo geſſiſti. Præſtare ergo mihi debes, quidquid venit in actionem negotiorum geſtorum, id eſt, pleniſſimam indemnitatem, perinde ac ſi tu ipſe geſſiſſes, cum tibi debeas imputare cur tam imprudenter eum elegeris. In quo vt dolo careas, non tamen cares culpa.

b *Vt quicquid detrimenti negligentia eius fecit.* Ratio dubitandi. Alienæ negligentiæ pœnam nemo pati debet, nec ſi ſocius ſit, *leg. cum duobus 52. altàs leg. ſi fratres §. vltimo, l. ſi igitur 55. & ſequentibus pro ſocio.* Ergo damnum quod ex Titij negligentiæ mihi contigit præſtare non debes.

Ratio decidendi. Non teneris mihi ob negligentiam Titij, ſed ob tuam imprudentiam, quòd elegeris Titium ad negotia mea gerenda, quæ malè geſſit. Obſtare huic §. videtur quod ſcriptum eſt in *lege 3. §. ſi executorem, ſuprà, hoc titulo.* Non ad eum locum explicauimus. Iunge, *leg. item videndum 18. in princ. de petit. hered. l. cùm in plures 60. § ſeruum. locat.*

22. Gaius libro 3. ad Edictum Prouinciale.

Siue hæreditaria negotia, ſiue ea, quæ alicuius eſſent, gerens aliquis, neceſſariò rem emerit. Licèt ea interierit [a], poterit quod impenderit, iudicio negotiorum geſtorum conſequi, veluti ſi frumentum, aut vnum familiæ parauerit, ídque caſu quodam interierit, fortè incendio, ruina. Sed ita ſcilicet hoc dici poteſt, ſi ipſa ruina, vel incendium, ſine vitio eius acciderit [b]: nam cùm propter ipſam ruinam, aut incendium damnandus ſit, abſurdum eſt: eum iſtarum rerum nomine, quæ ita conſumptæ ſunt, quicquam conſequi.

Ad l. Siue hæreditaria 22.

a *Licèt ea interierit.* Ratio dubitandi. Quod interiit priuſquàm vtilitatem aliquam præſtaret non poteſt alicuius poſtea vtilitatis, adeóque nec æſtimationis eſſe.

leg.

leg. in actionibus 5. *in fin. de in litem iurando.* Atqui negotiorum geſtorum actio nunquam competit geſtori ob id ſolùm quòd pecuniam ſuam in aliena negotia impenderit, niſi etiam illud concurrat vt vtiliter impenderit, *lege, ſed an vltro* 10, §. 1. *verſ. ſed & iſtam, hoc titulo.* Ergo pro re perempta, & cuius emptio nullam vtilitatem attulit, negotiorum geſtorum actio contraria dari non poteſt.

Ratio decidendi. Vtiliter geritur negotium quoties neceſſaria res aliqua, aut quæ etiam vtilis tantùm ſit comparatur, licèt ſubinde pereat ſuo facto, aut quouis alio modo, dum ſine culpa vlla geſtoris. Danda igitur eſt geſtori hoc etiam caſu negotiorum geſtorum actio, quia ſufficit ei vt negotium vtiliter ſit cœptum, licèt effectum bonúmque euentum non habuerit, *dict. leg. ſed an vltro.* §. 1. *ad finem vſque.* Vbi dixi: Dices ſuperuacuam eſſe diſputationem hanc in frumento, vino, oleo, & ſimilibus, de quibus in hoc loco agitur, cùm iſta in genere conſiſtant, *l.* 2. §. 1. *de rebus creditis.* Genus autem neque incendio, neque ruina perire poſſit, *l. incendium* 11. *C. ſi cert. petat.* Reſpondeo conſiſtere iſta in genere cùm debentur, ſed quæ venduntur & traduntur, ea non in genere conſiſtunt, ſed in ſpecie, & ideò perinde poſſunt perire atque alia quælibet ſpecies. Nec enim genus tradi poſſet, quod neque tangi poteſt.

b *Sine vitio eius acciderit.* Ratio dubitandi. Etiamſi incendium culpa & vitio geſtoris acciderit, non eo minùs tamen verum eſt negotium vtiliter & bona fide non modò cœptum, ſed etiam geſtum eſſe. Atqui hoc ſufficit vt negotiorum geſtorum actio locum habeat, vt proximè diximus. Ergo etiam caſu danda erit geſtori contraria negotiorum geſtorum actio.

Ratio decidendi. Abſurdum eſt geſtorem, qui propter ipſam ruinam aut incendium damnandus ſit, iſtarum rerum nomine, quæ ita conſumptæ ſunt, quicquam conſequi. Eſt enim multò æquius ad eum pertinere damnum, cuius nomine ſi ad alium pertineret etiam indemnitatem ei præſtare cogeretur. Denique geſtor tenetur etiam caſum præſtare quem culpa præceſſit, *l.* 13. vbi dixi, *l.* 13. *ſuprà.*

23. PAVLVS lib. 20. ad Edictum.

SI quis negotia aliena gerens indebitum exegerit: reſtituere cogitur [a]. De eo autem, quod indebitum ſoluit [b], magis eſt, vt ſibi imputare debeat.

Ad l. Si quis negotia 23.

a *Reſtituere cogetur.* Siue ei qui ſoluit, ſi velit repetere condictione indebiti, niſi is, cuius negotia geſta ſunt, ratam habeat indebiti ſolutionem, ſiue illi ipſi, cuius negotia geſta ſunt, ſi per ratihabitionem velit negotium ſuum facere, *leg. ſi pupilli* 6. §. *item quæritur, l. ſi autem* 8. §. *item ſi fundum. ſup. hoc tit.*

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ à nobis allata fuit ad ſupradictos duos iuris locos. Iunge *leg. ſi vendidero* 80. §. *ſi Titius. de furt.* Solet autem huic loco obiici quod ſcriptum eſt in *leg. item veniunt* 20. §. *ſed ſi vendidit. in fin. de petit. hæred.* Vbi dicitur falſum hæredem non cogi vero hæredi reſtituere quod indebitum accepit. Sed alia eſt ratio falſi hæredis, alia veri geſtoris. Nam falſus hæres quod accipit indebitum, accipit ſuo nomine, geſtor autem alieno.

b *De eo autē quod indebitum ſoluit.* Ratio dubitandi. Secundùm naturam eſt cuiuſque rei commoda eum ſequi, quem ſequuntur incommoda. Et contra vt cuius rei quia lucrum ſenſit, ſentiat & damnum, *l. ſecundùm natur.* 10. *de regulis iuris. l. ſi igitur* 55. *in fin. pro ſocio.* Atqui lucrum non pertinet ad geſtorem, ſi quid indebitè ſolutum acceperit, ſed ad dominum. Ergo nec damnum ad eum pertinere debebit, ſi quid indebitum ſoluerit.

Ratio decidendi. Eadem cauſa eſt lucri & damni, cùm eadem vtriuſque ratio eſt. Hîc autem diuerſa eſt, quia licèt periode culpa ſit indebitum accipere alieno nomine, atque indebitam pecuniam ſoluere: neutrum enim probi & diligentis patrisfamilias eſt. Attamen facilius eſt vt facto noſtro alterius conditionem meliorem facere poſſimus, quàm vt deteriorem, *l. ſoluendo* 39. *inf. h. tit. l.* 2. *quod vi aut clam. l. melior* 133. *de reg. iur.* Dixi ad *leg.* 11. *in verſ. lucrum verò, ſuprà eod.*

24. IDEM lib. 24. ad Edictum.

SI ego hac mente pecuniam procuratori dem, vt ea ipſa creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non acquiritur: poteſt tamen creditor, etiam inuito me, ratum habendo [a], pecuniam ſuam facere: quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium geſſit. Et ideò creditoris ratihabitione liberor.

Ad l. Si ego 24.

Ratio dubitandi. Si procurator meus rem aliquam mihi emerit ex mandato meo, eique ſit tradita meo nomine, dominium mihi, id eſt, proprietas acquiritur etiam ignoranti, *leg. ſi procurator rem* 13. *inf. de acquirendo rerum domini.* Quia licèt per liberam perſonam nihil nobis iure acquiri poſſit, vtilitatis tamen gratia placuit poſſeſſionem acquiri nobis per procuratorem poſſe & per poſſeſſionem dominium, *l.* 1. *C. per quas perſonas nobis acquir. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquirenda poſſeſſione.* Ergo & ſi ex hac mente pecuniam procuratori dem, vt ea ipſa creditoris ſtatim fieret, dicendum eſt proprietatem eius pecuniæ ſtatim acquiri per procuratorem creditori, cuius ille verus procurator fuit. Alioqui procurator dicendus non eſſet, qui non niſi falſus procurator eſſet.

Ratio decidendi. Hæc lex intelligenda eſt de eo procuratore qui verus quidem procurator fuit, ſed qui tamen ſpeciale mandatum non habuit accipiendæ ſolutionis, neque generale omnium bonorum adminiſtrandorum, quorum tamen alterutrum neceſſarium eſt, vt ſolutio procuratori facta liberet ipſo iure debitorem, ac proinde vt proprietas ſolutæ pecuniæ acquiratur ſtatim creditori non expectata ratihabitione, *l. vero procuratori* 12. *l. hoc iure* 86. *& ſeq. de ſolut.* Non enim poteſt alterutrum ex his mandatis minorem poteſtatem habere quàm ratihabitio, cum tota ratihabitionis poteſtas in eo ſit vt æquiparetur mandato, *d. l. vero. in fin. l. vlt. C. ad SC. Maced.* Neque nouum eſt vt procurator quis vocatus ſit, & neutrum tamen ex his mandatis habeat, *l. communis* 42. §. 1. *de acq. poſſeſ. l. ſi quis offerenti* 51. *de ſolutioni.* Procurator enim verus eſt quiſquis mandatum aliquod habet de re vel minima gerenda.

a *Etiam inuito me ratum habendo.* Ratio dubitandi. Quandiu creditor ratum non habuit factum ſui procuratoris, verum eſt pecuniam manere debitoris, cùm neque creditoris facta ſit, vt lex ait, neque procuratoris, quia nec ea mente data fuit, vt procuratoris fieret. Ergo res integra eſt, & conſequenter poſſum mutata volun-

tate

tate & repetendo quod dedi, impedire ratihabitionem, *leg. ſi quis offerenti 58. in prin. de ſolu.* Vbi dicitur poſſe hoc caſu me ſtatim condicere procuratori, & tunc extingui condictionem, cùm is ratum habuerit, non etiam ſi ſolueram ea mente, vt tunc liberarer, cùm creditor ratum habuiſſet. Tunc enim expectandum eſſe an ratum habere velit, nec priùs incipere condictionem quàm is ratum habere voluerit.

Ratio decidendi. Poſſum quidem condicere ſtatim procuratori, id eſt, priuſquàm creditor meus ratum habeat, & inuito procuratore, ſed non etiam inuito creditore. Vbi enim cœpit ille ratam habere ſolutionem, impedit hoc ipſo ne poſſim condicere, quia procurator eius in accipiendo non ſuum, ſed creditoris duntaxat negotium geſſit, & ideò creditoris ratihabitione liberor, quia ſolutio, quæ deſinit poſſe vnquam parere condictionem, hoc ipſo parit liberationem, *lege, cùm quis 38. §. 1. & ſequentibus de ſolut.* excepto caſu, *lege Neratius 63. de condict. indeb.*

25. IDEM lib. 21. ad Edictum.

SI quis negotia aliena gerens, plus, quàm oporteret, impenderit: recuperaturum eum id, quod præſtari debuerit.

Ad l. Si quis negotia 25.

Ratio dubitandi. Contraria negotiorum geſtorum actio datur ad omne id quod geſtori abeſt abfuturúmque eſt, *leg. 2. in fine, ſupra, hoc titulo, leg. ſi quis mandatu 28. infrà, eodem.* Atqui abeſt geſtori omne id quod impendit, & quidem bona fide. Ponimus enim & negotium ab eo geſtum, & impenſam omnem factam eſſe ex bona fide. Ergo etiamſi geſtor plus impenderit quàm oportuit, recuperare debet quicquid præſtiterit.

Ratio decidendi. Ita demum actionem habet ad recuperandum id omne quod ei abeſt abſumtúmque eſt, ſi vtiliter impenderit. Non poteſt autem videri vtiliter impendiſſe, niſi quatenus impendi oportuit, *l. liberto 31. § libertos, inf. hoc tit.*

26. MODESTINVS lib. 1. Reſponſorum.

CVm alicui ciuitati per fideicommiſſum reſtitui iuſſa eſſet hæreditas [a], magiſtratus actores horum bonorum Titium, & Seium, & Gaium idoneos creauerunt. Poſtmodum hi actores inter ſe diuiſerunt adminiſtrationem bonorum: idque egerunt ſine auctoritate, & conſenſu magiſtratuum. Poſt aliquod tempus teſtamentum, per quod reſtitui ciuitati hæreditas fideicommiſſa eſſet, irritum probatum eſt pro tribunali: atque ita ab inteſtato Sempronius legitimus hæres defuncti extitit, ſed ex his actoribus vnus non ſoluendo deceſſit: & nemo hæres eius extitit. Quæro, ſi Sempronius conueniet actores horum bonorum, periculum inopis defuncti, ad quos pertinet? Herennius Modeſtinus reſpondit, quod ab vno ex actoribus ob ea, quæ ſolus geſſit, negotiorum geſtorum actione ſeruari non poteſt, ad damnum eius, cui legitima hæreditas quæſita eſt, pertinere [b].

Ad l. Cùm alicui 26.

a *Ciuitati per fideicommiſſum reſtitui iuſſa eſſet hæreditas.* Nempe poſt Senatuſconſultum Apronianum, de quo in *leg. omnibus 26.* vbi dicam. *inf. ad SC. Trebell.*

b *Ad damnum eius, cui legitima hæreditas quæſita eſt, pertinere.* Ratio dubitandi. Diuiſio adminiſtrationis facta eſt inter iſtos curatores, propria auctoritate, & ſine conſenſu magiſtratuum, vt lex ponit. Ab initio enim creati erant à magiſtratibus tres curatores, iique omnes idonei, & vt communiter ac pro indiuiſo, non vt pro diuiſo adminiſtrarent. Atqui pactio priuata curatorum non potuit ius lædere legitimi hæredis, nec cuiuſquam alterius, ad quem ea res pertineret. Ergo dicendum eſt inopis defuncti periculum ad alios curatores pertinere, quibus aliquid imputari poteſt: præſertim quòd non fecerint ſuſpectum coniuratorem, potiùs quàm ad legitimum hæredem, cui nihil poteſt imputari. Aut potiùs dicendum eſt pertinere periculum ad magiſtratus, vt in ſpecie, *l. Lucius 46. §. 1. de adminiſt. tutor.*

Ratio decidendi. Nihil poteſt imputari magiſtratibus, qui & idoneos creauerunt, & diuiſioni conſenſerunt, nec rurſus cæteris concuratoribus, ſiue non ſinguli in ſolidum facti erant curatores, ſed omnes communiter, ſiue indiuiduum eis curæ officium iniunctum ſit, vt *lo dict. §. 1.* Inter quos tamen commodius fuit diuidi adminiſtrationem; quod fieri potuit bona fide, cùm eo tempore omnes eſſent ſoluendo. Supereſt igitur vt periculum pertineat ad legitimum hæredem, ad quem hæreditas pertinere cœpit, & de quo tamen nihil cogitabatur tempore adminiſtrationis, vt perinde habeatur ac ſi res fortuito caſu interiſſet, vt ait Pomponius in *lege, vlt. de adminiſt. & pericul. tutor.* Qua enim fronte poſſit legitimus hæres iſtis curatoribus imputare cur non fecerint ſuſpectum concuratorem, cùm non ad id dati eſſent vt legitimi hæredis rem agerent, ſed vt reipublicæ, ad quam hæreditas ex cauſa fideicommiſſi pertinere credebatur. Nec obſtat quod contrà reſponſum videtur in *dicta leg. Lucius §. primo.* Nam, vt ad eum locum docebimus, deeſt negatio in illis verbis, *Magiſtratus conueniri oportere*, legendúmque eſt, *nec magiſtratus*, quod & præcedentia indicant, & quæ rationis loco ſubiiciuntur, *Alia enim cauſa eſt tutorum, alia eorum qui reipublicæ negotia adminiſtrant.* Scripſimus latiùs in noſtra Iuriſprudentiæ ſcientia ad *tit. De tutel. Princip. illat.*

27. IDEM lib. 2. Reſponſorum.

EX duobus fratribus, vno quidē ſuæ ætatis [a], alio verò minore annis, cùm haberent cōmunia prædia ruſtica, maior frater in ſaltu cōmuni habenti habitationes paternas, ampla ædificia ædificauerat: cúmq; eundem ſaltum cum fratre diuideret, ſumptus ſibi, quaſi re meliore ab eo facta deſiderabat, fratre minore iam legitimæ ætatis conſtituto. Herennius Modeſtinus reſpondit, ob ſumptus nulla re vrgente, ſed voluptatis cauſa factos eum, de quo quæritur, actionem non habere [b].

Ad

Ad l. Ex duobus 27.

a *Sui ætatis.* Id eſt, perfectæ, quæ & legitima in hac ipſa lege appellatur, ſcil. annor. 25. completorum, vt & in *l. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.*

b *Actionem non habere.* Ratio dubitandi. Impenſæ quamvis factæ nulla neceſſitate vrgente, adeóque voluptatis cauſa, faciunt tamen rem pretioſiorem, & conſequenter locupletiorem eum qui ſit dominus. Ergo venire debent in contrariam actionem negotiorum geſtorum ex bona fide, ne alioqui ex geſtoris damno & iactura dominus locupletetur, quod eſſet contra bonam fidem, vulg. *l. nam hoc natura* 14. *de cond. indeb.* Nam & inde eſt quod etiam prædoni exceptionem doli accommodamus, ſi petitor nolit voluptarias quoque impenſas ei reſtituere, aut ſaltem pati vt eas tollat quatenus ſine rei detrimento tolli poſſint, *leg. planè* 38. *cum l. ſeq.* §. 1. *de her. pet.* Quantò magis igitur conſulendum erit fratri, qui impenſas fecit voluptarias quidem, ſed bona fide & in rem communem?

Ratio decidendi. Contraria negotiorum geſtorum actio non poteſt competere geſtori, niſi quatenus negotium vtiliter geſtum eſt, *l. 2. ſed an vltrò* 10. §. 1. *ſuprà.* Vtiliter verò geſtum videri nequit, niſi cùm impenſum eſt quantum impendi neceſſe fuit ad rem bene ac vtiliter gerendam. In quo impenſarum genere voluptariæ nunquam continentur, *l. 25. ſuprà.* Nec enim diligens paterfamilias & frugi ſolet pecunias ſuas voluptatis cauſa conſumere. Planè ſi impenſæ, quas fecit, ſint einſmodi vt poſſint tolli ſine rei detrimento, non poteſt recuſare frater quominus vel eas tolli patiatur, vel earum æſtimationem præſtet, ne alioqui durior ſit conditio fratris, qui eas fecit bona fide, quàm prædonis, argum. *dict. leg. planè*, iunct. *l. 6. §. ſed & ſi quis* 3. *in fine, ſuprà, hoc tit. leg. idémque* 10. §. *idem ait. mandat. l.* 3. §. *ſed ſi mutua. de in rem verſ.* Quæri tamen poteſt. Cur in hac ſpecie tractemus de actione negotiorum geſtorum, ac non potiùs de actione communi diuidundo, cùm tractemus de diuiſione bonorum communium quæ fit inter fratres. Certum enim eſt iudicium communi diuiduodo quod bonæ fidei eſt, ſicut admittit retentionem impenſarum per doli exceptionem, ita & earundem repetitionem inducere, *leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. iunct. *l. 7. l. 4. §. ſicut. l. ſi quis cum* 29. *infra, comm. diuid.* Sed reſpondendum eſt impenſas in rem communem factas tunc repeti aut retineri, æquitate iudicij communi diuidundo, aut etiam familiæ erciſcundæ, cùm factæ ſunt ab eo qui propter ſuam partem habuit cauſam communis negotij gerendi, *leg. heredes* 25. §. *non tantùm. famil. erciſcund.* Quod vtique nemo dixerit voluptariis duntaxat impenſis factis, quas ſcilicet nemo facere cogitur: nec debet, neque propter ſuam partem, neque propter partem ſocij. Cùm ergo conſtaret iudicio communi diuidundo in propoſita ſpecie locum eſſe non poſſe, quærendum fuit de actione negotiorum geſtorum, quæ ſubſidiaria plerumque eſt actionis communi diuidundo, vt in *dict. leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *in fine, com. diuid.* Vtpote quæ nihil aliud requirit niſi geſtionem negotij alieni cum animo contrahendæ obligationis, *leg. 3. §. hac autem actio. lege* 19. §. *ſi libero. & §. vltim. ſuprà, eod. leg. cùm pater* 19. *inf. eod.*

1 ¶ Titium, ſi pietatis reſpectu ſororis aluit filiam, actione in hoc nomine contra eam non habere reſpondi.

Ad §. 1. Titium.

Ratio dubitandi. Non debet cuiuſquam conditio deterior fieri ob id quod pietatis officium impleuerit, ſed potiùs melior, ne huius periculi metu ab exercendis pietatis officiis homines deterreantur. Atqui ei qui alimenta præſtitit, datur pro eorum repetitione actio negotiorum geſtorum, ſi non pietatis intuitu ea præſtitiſſet, *lege, Neſennius* 34. *infrà.* Ergo etiamſi pietatis intuitu ea præſtiterit, eandem actionem habere debebit.

Ratio decidendi. Qui pietatis intuitu alimenta vel quid aliud erogauit, nihil poteſt repetere, non vt pietas puniatur, quæ laudanda potiùs & remuneranda eſt, ſed quia non habuit animum repetendi, nec ſibi quemquam obligandi, ſed magis donandi, coniunctæ nimirum & miſerabili perſonæ, in quo maximè pietas elucet, vt dicemus ad *d. l. Neſennius, l. ſi paterno* 15. *C. h. tit.*

28. IAVOLENVS lib. 8. ex Caſſio.

SI quis, mandatu Titij, negotia Seij geſſit: Titio mandati tenetur [a]: iſque æſtimari debet, quanto Seij, & Titij intereſt a. Titij autem intereſt, quantum is Seio præſtare debet: cui vel mandati, vel negotiorum geſtorum [b] nomine obligatus eſt. Titio autem actio competit cum eo, cui mandauit aliena negotia gerenda, & antequam ipſe quicquam domino præſtet [c]: quia id ei abeſſe videtur, in quo obligatus eſt.

Ad l. Si quis mandatu 28.

z *Titio mandati tenetur.* Ratio dubitandi. Non geſſit negotia Titij, ſed Seij. Ergo Seio, non Titio obligatus eſſe debet.

Ratio decidendi. Non Seius ei mandauit, ſed Titius. Ergo Titio mandati actione obligatus eſſe debet, non Seio, à quo tes actione negot. geſtor. conueniri poteſt, ſed Titius ipſe qui mandauit, quia nec Seij contemplatione geſſit eius negotia, ſed contemplatione ſolius Titij, à quo habuit mandatum gerendi. Titius verò ille eſt, qui Seio tenetur actione negotiorum geſtorum, quaſi ſolus ipſe geſſerit qui geri mandauit, *l. nam & Seruius* 21. §. *vlt.* vbi dixi, *ſup. eod. l.* 5. §. *quod ſi quis, l. tres tut.* 55. §. *non ſolùm. de admin. tut.*

a *Quanti Seij & Titij intereſt.* Datur enim actio mandati ad id quod intereſt, *leg. ad comparandas* 16. *& paſſim. Cod. mandat.*

Ratio dubitandi. Titij tantùm intereſt, quantum is Seio præſtare debet, vt lex ait. Sufficiebat ergo dicere tanti condemnandum geſtorem quanti intereſſet Seij, non quanti & Titij & Seij.

Ratio decidendi. Plus eſt præſtare quanti intereſt Titij & Seij, quàm quanti intereſt Seij, quia ſi Titius cogatur præſtare Seio quanti eius intereſt, hoc amplius intereſt Titij, quod Seio pecuniam præſtare de ſuo & erogare compellitur. Intereſt enim cuiuſque non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *leg. 3. de compenſ. l. ſi ſtipul.* 15. *de fideiuſſor.* Et ideò non eſt liberandus geſtor ſi præſtet id tantùm quod Titius Seio præſtare coactus fuit, niſi etiam præſtet quanti intereſt Titij.

b *Vel mandati, vel negotiorum geſtorum.* Mandati nimirum ſi mandatum interceſſerit, vt in *leg. ſi procuratorem* 8. §. *ſi quis mandauerit, infrà, mand.* Negotiorum verò geſtorum ſi mandatum vllum interuenit, *leg. ex mandato* 20. §. 1. *eod.*

c *Et antequàm ipſe quicquam domino præſtet.* Ratio dubitandi. Actio mandati non datur niſi ad id quod intereſt

tereſt actoris, vt dictum eſt, ex *leg. ad comparandas* 16. *Cod. mandat.* Id eſt, ad id quod ei abeſt, *l. inter cauſas* 26. *§. abeſſe inf. eod. iſt. titul.* Atqui nihil adhuc ei abeſt qui nihil adhuc præſtitit. Ergo nullam eo nomine actionem habere debet.

Ratio decidendi. Abeſſe iam videtur id omne quod is quandocunque præſtare iam obligatus eſt, *d. §. abeſſe, & l. Lucius* 38. *§.* 1. *eod. l. ſi pro ea.* 10. *C. eod.* Sicut enim is qui actionem habet, rem ipſam habere videtur, *l. is qui actionem* 15. *de regul. iuris.* Ita & qui obligatus eſt ad ſoluendum perinde habendus eſt ac ſi iam ſoluiſſet. Vnde & æs alienum appellamus, quod nos alij debemus. *leg. cedere diem* 213. *§.* 1. *de verb. ſignif.* Scilicet quaſi iam ſolutum, quamvis alioqui debitorem neceſſe ſit dominum eſſe eius pecuniæ quam debet quandiu eam non ſoluit, vt ſoluendo liberari poſſit, *leg.* 1. *de liber. leg.* Atqui in propoſito caſu Titius qui mandauit geri negotia Seij, obligatus eſt Seio actione *neg. geſt.* Non ex die mandati, ſed ex die geſtionis, *dict. l. nam & Seruius* 21. *§. vltim. ſup. hoc titul.* Ergo & in actionem mandati id omne veniet, quod actione illa negotiorum geſtorum præſtandum eſt, licèt nihil dum præſtitum ſit. Sed & dicendum eſt neque mandati neque negotiorum geſtorum actionem dari ad id tantùm quod iam abeſt. Datur enim vtraque ad id etiam quod abfuturum eſt, *l.* 2. *ſup. d. l.* 37. *§.* 1. *inf. mandat.* Sic in *l. vlt. de contr. tut. & vtil. act.*

29. CALLISTRATVS lib. 3. Edicti monitorij.

CVm pater teſtamento, poſthumo tutorem dederit: iſque tutelam interim adminiſtrauerit, nec poſthumus natus fuerit: cum eo non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum erit agendum, [a] quod ſi natus fuerit poſthumus, tutelæ erit actio: & in eam vtrumque tempus veniet [b]: & quo, antequam naſceretur infans, geſſit: & quo poſteaquam natus ſit.

Ad l. Cùm pater 29.

a *Sed negotiorum geſtorum erit agendum.* Ratio dubitandi. Non poteſt videri geſſiſſe & adminiſtraſſe negotia eius qui natus non fuit, hic enim nullus eſt, & habetur pro nunquam concepto. Sicut nec is qui conceptus eſt habetur aliter pro nato, quàm ſi poſtea naſcatur, *leg. is cui* 18. *quand. dies leg. ce.* Ergo non poteſt teneri negotiorum geſtorum non magis quàm actione tutelæ aut pro tutelæ, & ideò neceſſe eſt ſubſidiariam vtilem actionem in eum dari, *leg. penult. de tut. & rat. diſtr.*

Ratio decidendi. Non poteſt quidem teneri directa actione negotiorum geſtorum, de qua in *dict. leg. penult.* Sed tenetur vtili actione negotiorum geſtorum, quia verum eſt eum negotia geſſiſſe aliena, & quidem animo ſe obligandi, licèt animum habuerit ſe obligandi poſthumo, & quaſi tutor magis quàm quaſi negotiorum geſtor. Vt proinde non malè comparandus videatur ei, qui aliena quidem negotia voluit gerere, ſed in perſona lapſus eſt, cui nemo denegauerit ſaltem vtilem negotiorum geſtorum actionem, *leg. in hoc iudicium* 14. *§.* 1. *leg. ſi quis cùm* 49. *commun. diuid.* Habet verò hoc maiorem rationem, ſi ponas ſubſtitutum eſſe illum qui agit negotiorum geſtorum, vt in ſpecie quam tractat Vlpianus, in *leg. ſi nemo.* 19. *§. vlt. de teſtamentaria tutela.* Nam qui gerit negotia contemplatione naſcituri poſthumi, & tanquam futura poſthumi, non poteſt fieri vt non gerat etiam contemplatione pupillaris ſubſtituti, quem ſcit in tota hæreditate ſucceſſurum, ſi poſthumus non naſcatur. Sed tamen idem quoque Vlpianus generaliter & omni caſu videtur cum Calliſtrato dediſſe actionem negotiorum geſtorum in geſtorem, *leg.* 1. *§. ſi quis quaſi tutor. de eo qui pro tutor. neg. ger.* Itaque ſi quis dixerit Paulum in hac quæſtione à cæteris diſſenſiſſe, vt ſolet ille facilè præſertim ab Vlpiano diſſentire, is meo iudicio ſimplicius & candidius, id quod verum eſt, dixerit. Eſt enim menti & verbis Pauli in *dict. leg. penult.* conuenientius, vt quod ait de vtili actione, intelligendum ſit de vtili in factum ſubſidiaria, quàm de vtili actione negotiorum geſtorum.

b *Tutela erit actio, & in eam vtrumque tempus veniet.* Ratio dubitandi. Tutelæ actio non poteſt præcedere tutelam, cùm naſcatur ex tutela, neque rurſus tutela vlla eſſe priuſquàm ſit ille cuius tutor alius eſſe poſſit. Ob eámque cauſam ventri non tutor, ſed curator dari ſolet, *leg. ventri* 20. *de tutor. & curator. dat. leg. inter bonorum* 48. *de adminiſtrat. tutor.* Atqui poſthumus quandiu in vtero eſt, ne quidem homo eſt, ſed tunc eſſe incipit cùm editus fuit, *l. in Falcidia.* 9. *§.* 1. *ad legem Falcid.* Ideóque nec in patris morientis poteſtate eſſe dici poteſt, *l. vlt. inf. de collationib.* Ergo neque poteſt interim eſſe in tutela, neque pro toto eo tempore in quo vtero fuit, poteſt actio tutelæ competere.

Ratio decidendi. Tutelæ quidem actio non priùs naſcitur, quàm ſit tutela, nec priùs tutela eſſe incipit, quàm editus fuerit poſthumus, ſed vbi ſemel natus eſt, vtrumque tempus, & quod præceſſit, & quod ſecutum eſt natiuitatem, venit in actionem tutelæ, non ſolùm quòd qui in vtero eſt, habendus ſit pro iam tum nato, ſi quandóque poſtea naſcatur, *leg. qui in vtero* 7. *de ſtatu hominum lege is cui* 18. *quando dies legat. ced.* Sed etiam quia vna tantùm adminiſtratio facta eſſe intelligitur, quæ vnius tantùm perſonæ contemplatione facta fuit, & ex vnius eiuſdémque officij neceſſitate. Nam qui poſthumi tutor eſt, ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus cogitur adminiſtrare priùs etiam quàm poſthumus naſcatur, licèt ſi neque teſtamentarius, neque legitimus tutor aliquis eſſet, ventri tutorem dare magiſtratus non poſſet, *dicta leg. ventri*, vbi dicemus. Ita fit vt in hac ſpecie vnum tempus trahat aliud ad ſe, & vna adminiſtratio aliam propter connexitatem & temporum & negotiorum, vt in *leg. ſi tutor* 13. *cum leg. ſeq. de tut. & rat. diſtr. leg. tutor poſt puberem* 11. *Cod. arbit. tut. l. cum actum* 17. vbi dixi, *ſuprà, hoc tit.*

30. IVLIANVS lib. 3. Digeſtorum.

EX facto quærebatur: quendam ad ſiliginem emendam curatorem decreto ordinis conſtitutum: eidem alium ſubcuratorem conſtitutum ſiliginem miſcendo corrupiſſe, atque ita pretium ſiliginis, quæ in publicum empta erat, curatori afflictum eſſe: quáque actione curatori cum ſubcuratore experiri poſſit, & conſequi, id vt ei ſaluum eſſet, quod cauſa eius damnum cœpiſſet. Valerius Seuerus reſpondit, aduerſus contutorem negotiorum geſtorum actionem tutori dandam. Idem reſpondit, vt magiſtratui aduerſus magiſtratum eadem actio detur. Ita tamen, ſi non ſit conſcius fraudis. ¶ Secundùm quæ etiam in ſubcuratore idem dicendum eſt.

Ad l. Ex facto 30.

Ratio dubitandi. Tutor qui de ſuo præſtat damnum quod pupillo contigit ex dolo vel culpa contutoris, id præſtare cogitur proprio ſuo nomine, quia & ipſe tutor eſt & vt ſeipſum liberet, cùm pro contutore teneatur, ſi vel geſtio communis fuit, vel contutor ſoluendo eſſe deſierit, *leg. 1. §. nunc tractemus, de tutel. & rat. diſtr. leg. 1. & 2. Codice, ſi tutor. vel curator. non geſſ.* Atqui is qui ſoluit quod ipſe debet, quamvis alium liberet, ſuum tamen potiùs quàm alienum negotium gerere dicitur, ideóque nec poteſt ex ea ſolutione acquirere ſibi aduerſus alium actionem, *leg. Papinianus 28. mandat.* Multò minùs actionem negotiorum geſtorum, *leg. heredes 25. §. non tantum famil. erciſcun.* Ergo non poteſt tutor habere actionem negotiorum geſtorum aduerſus contutorem: præſertim cùm Diuus Pius induxerit primus vtilem actionem fauore tutoris, qui pro contutore quid præſtiterit, ſi non ſint ei ſuo tempore mandatæ actiones, *dict. §. nunc tractemus.* Quia vtili actione nil opus erat, ſi iam antea & temporibus Iuliani, cuius hæc lex eſt, & qui floruit ante tempora Diui Pij, competebat ex iuris ratione actio negotiorum geſtorum. Vtiles enim actiones omnes ex neceſſitate inductæ ſunt deficientibus directis.

Ratio decidendi. Etſi tutor pro contutore ſoluens ſeipſum liberat, tamen liberat, etiam contutorem, pro quo ſoluit, & cuius culpam ponimus, & obligationi & ſolutioni cauſam dediſſe. Hoc enim neceſſariò ponendum eſt, vt quod hîc dicitur de tutoribus aptari poſſit ad quæſtionem propoſitam de curatore, qui ex culpa ſubcuratoris ſui damnum ſenſit. Proinde non poteſt negari quin contutoris ſui negotium geſſerit, eóque nomine proinde habere debeat aut reputationem, vt in *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in pr. de her. pet.* Aut repetitionem actione negotiorum geſtorum, quippe cùm ipſo iure eum liberauerit, ſcilicet ex æquitate, vt ait, *l. 2. §. actio autem, de admin. rer. ad ciuit. perti.* Nam ad inducendam actionem hanc negotiorum geſtorum ſufficeret quod contutori exceptionem doli mali acquiſiuiſſet, *leg. de qua re 74. §. cùm abſentem, infrà de iud.* Nec quod tutor hic culpam ſui contutoris præſtare coactus fuit, vel ob id maximè quod ſuſpectum eum facere ſuperſederit, ad fauorem contutoris pertinet qui culpam admiſit, ſed ad fauorem pupilli, quem omnimodo indemnem præſtari oportet. Neque eo minùs reſcriptum D. Pij accommodandum eſt ad hunc caſum, quod in eo fuiſſet ſuperuacuum competente iam ex ratione iuris actione negotiorum geſtorum. Eſt enim fauorabilior actio ciuilis quàm prætoria, & vtilis actio tutelæ, quæ actionis directæ loco eſt (quam pupillus ante ſolutionem ſibi factam mandare & potuiſſet & debuiſſet) quàm directa actio negotiorum geſtorum: præſertim propter tacitæ hypothecæ priuilegium, quod habet actio tutelæ & curæ etiam vtilis, *leg. pro officio 28. Codice, de admin. tu.* Non etiam actio negotiorum geſtorum, *leg. penult. Codice, hoc tit.* Sanè non poteſt accommodari ad caſum illum, quo vel communis culpa fuerit omnium tutorum, vel etiam fraus communis. Vtilem enim actionem Diuus Pius induxit eo demum caſu quo poſſet contutor petere, vt ſibi directa mandaretur, *dicto §. nunc tractemus.* Non poſſet autem petere ſi fraus communis interceſſiſſet, *leg. ſi plures 38. in fine, de admin. tut.* Quod nec Vlpianus prætermiſit in *dicto §. nunc tractemus, verſ. planè ſi ex dolo.* Cætera quæ hîc dici poſſent, explicauimus, *libro 11. Coniectur. cap. 7.* Quod autem circa contutores diximus etiam dictum videri debet circa magiſtratus reipub. quorum alter pro alterius facto aliquid præſtiterit. Item circa curatorem & ſubcuratorem, de quibus in hac lege. Cui iunge, *dict. leg. 2. §. ius respublica, & ſeq. de admin. rer. ad ciuit. pert. & l. 4. Cod. de in lit. dand. tutor.*

31. Papinianvs libro 2. Reſponſorum.

Liberto, vel amico mandauit pecuniam accipere mutuam: cuius literas creditor ſecutus contraxit & fideiuſſor interuenit, etiam ſi pecunia non ſit in rem eius verſa ramen dabitur in eum negotiorum geſtorum actio creditori, vel fideiuſſori, ſcilicet ad exemplum inſtitoriæ actionis [a].

Ad l. Liberto 31.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum non competit, niſi negotium abſentis vtiliter geſtum ſit, *leg. 2. l. ſed an vltro 10. §. 1. & paſſim hoc titulo.* Atqui non poteſt dici vtiliter geſtum eſſe negotium illius, in cuius rem pecunia non eſt verſa, cùm non poſſit videri factus locupletior. Ergo ex hac cauſa non poteſt competere actio negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Negotium quantum ad effectum rei attinet, vtiliter geſtum non eſt, ſed tamen initio inſpecto, nec minùs domini voluntate & mente attenta, qui liberto vel amico mutuam pecuniam accipere per literas mandauerat, quàm eius qui literas ſecutus pecuniam numerauit, aut pro abſente fideiuſſit, negari non poteſt quin negotium vtiliter cœptum ſit, quòd ſufficit vt actio negotiorum geſtorum locum habeat, *dict. leg. ſed an vltro, in fine.* Nam quod negotij effectus vtilis ſecutus non eſt, non accidit culpa creditoris vel fideiuſſoris, cui ſanè imputari nihil poteſt quominus & probi & diligentis amici officium expleuerit, ſed tantùm culpa eius qui mutuam pecuniam accepit ex domini mandato, cuius tamen ſiue perfidiam, ſiue ſocordiam æquius eſt nocere domino qui talem eum elegit, quàm ei qui bona fide abſentis domini literas ſecutus cum eius procuratore contraxit. Nam etſi mandatum is procurator nullum habuiſſet, ſi tamen cauſam aliquam habebat negotij pro abſente gerendi, *leg. ſeruus 17. de in rem verſ. leg. vltim. de exercit. act.* Iunge, *leg. ſi pupilli 6. §. 1. ſuprà, hoc tit.*

a *Ad exemplum inſtitoriæ actionis.* In qua ſcilicet non quæritur an inſtitor vtiliter impenderet pecuniam quam ab alio mutuam accepit, quaſi poſtea in rem domini impenſurus, ſed tantùm an præpoſitus fuerit ei negotiationi, in quam dixit ſe mutuam pecuniam accipere, *l. 1. & tot. tit. de inſtit. actio.* Vbi dicemus. Simili ferè argumento idem hic Papinian. noſter apud Vlpianum vſus eſt in *l. Iul. 13. §. ſi procur. de act. empt.* Iunge, *leg. idémque 10. §. idem Papinianus, mandat.* Vbi refertur Papiniani ſententia non quæ extat in hac lege, ſed quæ in *l. pen. de inſtit. act.*

1 ¶ Inter negotia Sempronij quæ gerebat, ignorans Titij negotium geſſit, ob eam quoque ſpeciem Sempronio tenebitur: ſed ſi ei cautionem indemnitatis officio iudicis præberi neceſſe eſt aduerſus Titium, cui datur actio idem in tutore iuris eſt [b].

Ad §.1. Inter negotia.

Ratio dubitandi. Hic geſtor qui Titij negotium geſſit quod putabat eſſe Sempronij, re vera tamen non Sempronij, ſed Titij negotium in eo geſſit. Ergo Titio, non Sempronio debet eſſe obligatus eo nomine: præſertim cum nihil interſit Sempronij, qui vtique Titio vllomodo tenetur, nec poſſit Sempronius etiam per ratihabitionem facere ſuum negotium, quod re vera fuit alienum & alij acquiſitum ipſo geſtu, *l.6.§.quid ergo.* vbi dixi *ſupr.hoc tit.* ac viciſſim Sempronium, non Titium, habere debet obligatum, quia error in perſona illius cuius ſunt negotia, non impedit actionem negotiorum geſtorum contra dominum, etiamſi geſtor cogitauerit de alio ſibi obligando. Sufficit enim vt aliquem ſibi obligare voluerit, *l.6.§.ſi Titij.ſup.hoc tit. l.in hoc iudicium 14.§.1.in fin.l.ſi quis cùm 29.com.diui.*

Ratio decidendi. Geſtio negotiorum Titij dedit cauſam gerendo huic negotio Sempronij, quod geſtum eſt inter ipſa Titij negotia, & ab eo qui Titij eſſe ignorabat. Proinde quamvis Titio & in Titium actio negotiorum geſtorum danda ſit, cuius reuera negotium fuit, dabitur tamen etiam Sempronio & in Sempronium, tanquam ſi negotium Sempronij fuiſſet, cuius non ſolùm contemplatione, ſed etiam occaſione geſtum fuit. Nam ſicuti propter geſtionem bonorum Titij nullum damnum pati debet, ideóque danda ei eſt contra Titium actio negotiorum geſtorum, vt indemnis ſeruetur erga Sempronium, quia non poteſt Titius imputare geſtori, cur hoc quoque negotium, quod Sempronij erat, geſſerit cùm ille iuſto & probabili errore facti putaret eſſe Titij, ſcitérque futurum vt etiam de neglectis teneretur, cùm fortè alius fuiſſet acceſſurus ad negotia, ſi ipſe non acceſſiſſet, *dict.l.6.§.vlt. ſuprà.* Ita & Titio contra ipſum dari actio debet, ne alioqui ex vna tantùm parte negotiorum geſtorum actio naſcatur, quæ naſcitur ſemper vltrò citróque. Sed tamen debebit huic geſtori Sempronius officio iudicis præbere cautionem indemnitatis aduerſus Titium, cui diximus, & verum eſt, æquè competere tanquam domino actionem negotiorum geſtorum. Nec enim agentem Titium poſſet geſtor repellere aliqua exceptione ſiue doli ſiue alia, quamvis Sempronio integram litis æſtimationem ſoluiſſet: cùm nihil commune habuerint negotia Titij cum negotiis Sempronij. Neque ruſus æquum eſſet ex eadem geſtione duobus in ſolidum condemnari eum qui bona fide geſſit negotium, nec niſi vnius negotia gerere voluit, licèt ſummo iure duobus teneatur: qui caſus ſanè notabilis ac propemodum ſingularis eſt. Aliud probandum eſſet ſi geſtor non ignoraſſet negotium eſſe Titij. Tunc enim hoc nomine ſoli Titio, non etiam Sempronio teneretur, quia neque Sempronij negotium geſſiſſet, ſed Titij: neque contemplatione aut occaſione vlla negotiorum Sempronij, ſed quia vltrò Titij negotium gerere voluiſſet. Aliud item ſi geſtor negotia quædam Sempronij tractaſſet, non vniuerſa. Facit enim vniuerſitas illa negotiorum Sempronij vt in eam facilè confluat negotium Titij, quod alioqui non conflueret, vt alia pleraque fiunt per vniuerſitatem, quæ ſingula & per ſe fieri non poſſent, *leg.1.§.1.de fundo dotali.l. pater 38.§.fundum & ſeqq.de legat.3.quadam 62. de acquir.rer.domin.*

b *Idem in tutore iuris eſt.* Vt ſcil. tutor qui inter cætera pupilli negotia alienum quoq; ignorans geſſit quaſi pupillare, teneatur eo nomine pupillo actione tutelæ, & viciſſim pupillum cõtrario tutelæ iudicio habeat obligatum. Debebit ergo pupillus ſimiliter cùm tutelæ aget præſtare illi cautionem indemnitatis aduerſus eum, qui fuit re vera dominus negotij, non etiam tutor pupillo, ſi contrario aduerſus eum tutelæ iudicio experiatur, quia non ſicut dominus obligatum habet actione negotiorum geſtorum tutorem, cui proinde conſulendum eſt, ne duobus in ſolidum condemnetur, ita & videri poteſt obligatum habere impuberem, qui nihil ipſe geſſit, quamvis tutela huic quoque geſtioni cauſam, vel verius occaſionem præbuerit.

2 ¶ Litem in iudicium deductam, & à reo deſertam fruſtratoris amicus vltrò egit, cauſas abſentiæ eius allegans iudici: culpam contraxiſſe non videbitur, quod ſententia contra abſentem dicta, ipſe non prouocauit. Vlpianus notat: Hoc verum eſt: quia fruſtrator condemnatus eſt. Cæterùm ſi amicus, cùm abſentem defenderet, condemnatus negotiorum geſtorum aget: poterit ei imputari, ſi, cùm poſſet, non appellaſſet.

Ad §.2. Litem.

Ratio dubitandi. Quiſquis amicum abſentem defendit, & condemnatus eſt, ſi negotiorum geſtorum agat, repellitur doli exceptione, quaſi non vtiliter geſſerit negotium, ſi cùm poſſet appellare non appellauerit ad extinguendam vim condemnationis, quam vtique extinguit auxilium prouocationis, *l.fur.6.§.1.de his not.inf.l.1.§.vlt.ad SC.Turpill.* Nimirum ſi is qui defenſus ab amico fuit probet ſe iniuſtè condemnatum, atque ita iuſtam fuiſſe cauſam interponendæ appellationis. Hoc enim meo iudicio probandum neceſſariò eſt. Et hoc eſſe videtur quod in Vlpiani ad Papinianum nota ſignificant ea verba, *cùm poſſet.* Non enim poteſt appellare qui nullam habet cauſam appellandi, *l.13.§.1.de appell. leg.1.de app.recip.* Alioqui qua fronte poſſet dominus imputare amico, cur calumnioſam & fruſtratoriam appellationem non interpoſuiſſet? Procurator ſanè quotieſcunque condemnatur appellare cogitur, quaſi hoc quoque mandatum ei intelligatur hoc ipſo quod mãdatum ei eſt, vt litem proſequeretur, *l.inuitus 17.C.de procurat.* quod & in fideiuſſore malè & ad quantitatem indebitam condemnato iuris eſt, *leg. ſi procuratorem 8. §. quod & ad actionem infr. mandat.* Ideóque ſolent procuratores noſtri temporis, cùm appellant, addere, id ſe facere ne ad intereſſe teneantur, ne alioqui poſſit etiam iis imputari ſi appellationem non proſequantur, quam interponere quaſi inuiti & ex officij neceſſitate coacti fuerunt. Non enim ſicut appellare, ita & appellationem ſine nouo mandato proſequi coguntur, niſi hoc ipſum quoque iis mandatum proponatur, *d. leg. inuitus.* quia lis appellatoria alia quodammodo eſſe videtur, *leg. pen.iudic.ſolui.* Ergo cùm in propoſito caſu amicus abſentis condemnati non prouocauerit, & ei poſſit hoc imputari, non eſt danda ipſi negotiorum geſtorum actio, quæ ſcilicet nunquam datur ei cui poteſt aliquid imputari. Maximè cùm ei poſſit etiam imputari, cur litem à reo deſertam proſecutus ſit, & in eam impenſas vltrò fecerit, quas proinde videtur feciſſe inuito eo, quo caſu certum eſt non competere negotiorum geſtorum actionem, *l.vlt.Cod.hoc tit.l.ſi pro te 40.infr.mand.*

Ratio decidendi. Hic qui ab amico defenſus fuit: propriam litem deſeruerat fruſtrandi cauſa. Proinde qua fronte poteſt imputare amico qui pro eo litem deſertam vltro egit, & cauſas abſentiæ ipſius allegauit, cur non prouocauerit, id eſt, cur non protraxerit litem, quam ille ipſe deſeruit? Nam per appellationem litis protrahitur, *leg.inter 41.de vſur.leg.vlt.de re iudicata.* Cur enim diligentiam ab amico requirat, quam ille ſibi ipſi præſtare noluit? Aut quomodo potuit non fruſtrationis cauſa interponi appellatio pro eo qui in ipſa inſtantia fruſtrator ipſe fuit? Et hoc eſt quod Vlpianus ad Papinianum notat ita reſpondiſſe Papinianum, quia

condemnatus

condemnatus fuerat fruſtrator, & aliud proculdubio reſponderi debuiſſet, ſi is fruſtrator non fuiſſet, aut ſi amicus ipſe tanquam defenſor condemnatus fuiſſet. Aliud enim eſt condemnari defenſorem ipſum, aliud verò condemnari abſentem, maiórque neceſſitas appellandi incumbit defenſori condemnato, quàm ſi abſens condemnatus ſit. Denique in hac ſpecie amicus non propriam litem tractauerat iure defenſoris. Alioqui debuiſſet ſatiſdare & ipſe condemnari proprio nomine non abſens qui ab eo defenſus fuiſſet; *l. ſi cuius 64.* vbi dixi *ſupr. de procur.* Sed vltrò egerat eam ipſam quæ fuerat in iudicium deducta cum abſente eodémque fruſtratore. Nec tam vt fruſtratorem defenderet, quàm vt cauſas abſentiæ ipſius allegaret, quod longè diuerſum eſt. Hoc enim excuſare eſt, non defendere, *l. inter 10. & l. penult. §. 1. de publ. iudic.* Vtrumque verò pertinet ad vtilitatem abſentis, ne poſt litem quoque deſertam condemnaretur ſi hoc impetrari potuiſſet.

3 ¶ Qui aliena negotia gerit, vſuras præſtare cogitur [a]: eius ſcilicet pecuniæ, quæ purgatis neceſſariis ſumptibus ſupereſt [b].

Ad §. 3. Qui aliena.

a *Vſuras præſtare cogitur.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. atquin natura 19. § non tantum, ſupra, hoc tit.*

b *Quæ purgatis neceſſariis ſumptibus ſupereſt.* Siue legas *purgatis*, vt vulgò, ſiue cum Cuiacio *putatis* pro *computatis*, vt in *leg. Thais 41. §. Titius 7. de fideicomm. libert.* Bonus ſenſus eſt. Scilicet non aliam pecuniam penes geſtorem manſiſſe intelligi quàm quæ ſupereſt deductis ſumptibus qui ad abſentis negotia vtiliter gerenda neceſſario fieri debuerunt. Sicut nec fructus vlli eſſe intelliguntur, niſi qui ſuperſunt deductis expenſis ad eos percipiendos & colligendos, *leg. ſi a domino 36. §. vlt. de hæred. petitione, l. quod in fructus 46. de vſuris.*

4 ¶ Libertos certam pecuniam accipere teſtator ad ſumptum monumenti voluit, ſi quid amplius fuerit erogatum iudicio negotiorum geſtorum ab hærede non rectè petetur de iure fideicommiſſi [c]: cùm voluntas finem erogationis fecerit.

Ad §. 4. Libertos.

Ratio dubitandi. Teſtator qui certam pecuniam liberto dari voluit ad ſumptum monumenti cogitauit proculdubio de tota illa pecunia eroganda, quæ neceſſaria eſſet ad extruendum monumentum: nec enim videtur onus illud iniunxiſſe liberto, vt de ſuo quidpiam præſtaret, ſed tantùm vt laborem ipſe conferret, hæres verò pecuniam. Ergo fatendum eſt negotium non modò vtiliter geſtum eſſe, ſed etiam ſecundum voluntatem teſtatoris; tametſi ad monumenti extructionem plus impenſum ſit, quàm impendi teſtator iuſſerit. Proinde quamvis quod excedit deſtinatam teſtamento quantitatem, ex teſtamento peti non poſſit, nihil tamen vetat deberi actione negotiorum geſtorum, quaſi vtiliter geſto hæredis negotio, ac tantò vtilius quantò maior fuit impenſa, vt in honorem memoriæ defuncti magnificentius monumentum extrueretur. Niſi fortè cum Seneca putamus ſepulchri impenſam non ſentienti ſuperuacuam, ſentienti autem onus eſſe.

Ratio decidendi. Cùm teſtator certam ſummam libertis dare voluit ad ſumptum monumenti, hoc ipſo videtur prohibuiſſe ne plus erogaretur, fauore ſcilicet hæredis, quem grauiore ex ſumptibus incommodo affici teſtator noluit. Imputari ergo libertis poteſt cur amplius erogauerint contra voluntatem teſtatoris & citra iuſſum hæredis, cuius vtique non poteſt dici negotium vtiliter geſtum quatenus à libertis voluntatem teſtatoris ſcientibus plus impenſum eſt, quàm teſtator voluerit, potiuſque de bonis & gratis libertis credi poteſt vltrò eos donare voluiſſe: quod ſupra deſtinatam quantitatem impenderint: præſertim nulla per eos in contrarium facta proteſtatione, argument. *leg. donari 28. de donationibus leg. donari 82. de regulis iuris.* Nec ad rem pertinet, ſi quis pro augenda dubitandi ratione adiiciat, hæredis commodo ceſſurum fuiſſe, ſi liberti minùs quàm teſtator ſtatuerat, impendiſſent, *leg. Lucius 88. §. 1. de legat. 2.* Et ſecundum naturam eſſe vt damnum ſentiat qui ſenſurus fuiſſet lucrum, *l. ſecundum 10. de regul. iur.* Meliorem enim hæredis conditionem facere liberti potuerunt, deteriorem non potuerunt. arg. *l. ſoluendo 39. infra.*

a *De iure fideicommiſſorum.* Senſus eſt, Si quæratur quantum liberti conſequi debeant ab hærede non actione negotiorum geſtorum, quam diximus iis competere nullam poſſe, ſed ex fideicommiſſo, non illud inſpiciendum eſſe quantum erogauerint, ſed quantum & accipere eos & erogare teſtator voluerit, cuius ſcilicet ſola voluntas illa eſt, quæ finem erogationi facit. Nec ſanè videtur hoc vllam poſſe admittere dubitationem, cùm in teſtamentis voluntas teſtatoris illa ſit quæ totum facit, *leg. ſi mihi 12. in fin. de legat. 1.* Niſi rationem dubitandi quis deſumat ex eo quod ſcriptum eſt in *dict. leg. Lucius 88. §. 1. de legat. 2.* hanc actionem ex teſtamento recipere diminutionem, ſi forte minùs impenſum ſit in monumentum quàm teſtator impendi voluerat. Cur non enim eadem ratione recipiet etiam augmentum? vt eadem ſit ratio & augmenti & diminutionis, ſicut in *leg. vbi exigitur 8. in fin. de edend. leg. ſcribit 34. §. vltim. de auro & argento legato.* ſi cum Cuiacio legas *& diminutionem legati & augmentum*, quomodo ſanè legendum eſt, vt probat ille pluribus, *lib. 2 obſeruatio. cap. 39. in fin.* Sed reſpondendum eſt non ſemper bonam eſſe conſecutionem à diminutione ad augmentum, vt apparet ex *leg. deducta 58. §. penultim. ad Trebellianum.* In eo namque quod plus eſt continetur quidem quod eſt minus, ſed non contrà. Et ratio diuerſitatis in propoſito eſt euidens, quia quod minus impenſum eſt quàm impendi teſtator voluit, neceſſe eſt vt alicuius lucro cedat. Cuius verò, niſi hæredi? Alioqui erit in poteſtate legatariorum, aut fideicommiſſariorum, quibus aliqua ſumma legata fuit ad extructionem monumenti, minimum quid impendant, reliquum verò omne ſibi retineant, atque ita voluntatem teſtatoris circumueniant, quod vtique non facilè facturi ſint alieni quàm proprij compendij cauſa. E contrario autem cùm plus erogatum eſt in ſumptum monumenti, quàm teſtator erogari voluit, neceſſe omnino eſt id quod plus impenſum fuit ad onus, & incommodum alicuius pertinere. Cuius verò, niſi eorum qui impenſam fecerunt? Alioqui erit in ipſorum poteſtate, vt pro arbitrio hæredem onerent, quem noluit teſtator onerari ſupra taxatam à ſe quantitatem. Præter id quod etiam in dubio, ſi quid hîc dubij eſt, parcendum eſſet hæredi, *leg. Sempronius 47. leg. vnum ex familia 67. §. ſi rem. de legat. 2.* Dixit autem hîc Papinianus *fideicommiſſorum* in plurali numero, quia tot erant fideicommiſſa, quot liberti.

5 ¶ Tuto

5 ¶ Tutoris hæres impubes filius ob ea, quæ tutor eius in rebus pupillæ paternæ geſſit, non tenetur: ſed tutor proprio nomine [a] iudicio negotiorum geſtorum conuenietur.

Ad §. 5. Tutoris.

Ratio dubitandi. Tutor perſonam pupilli repræſentat in omnibus quæ gerit tanquam tutor, ideóque domini loco eſſe dicitur, *leg. interdum 56. §. qui tutelam de furt.* in iis ſcilicet quæ gerit bona fide, *l. qui fundum 7. §. ſi tutor. pro emptor.* Et pupillum non ſeipſum obligat, *l. 5. in princip. & §. 1. l. penul. & vlt. quand. ex fact. tutor.* Ergo tutoris hæres impubes filius ob ea quæ tutor eius in rebus pupillæ paternæ geſſit, teneri debet, non tutor ipſe actione negotiorum geſtorum. Quid enim refert an tutor contrahat, an quaſi contrahat?

Ratio decidendi. Pupilli loco habetur tutor in iis tantùm quæ gerit & ex officij neceſſitate cogitur gerere quaſi tutor, non etiam in cæteris quæ extrinſecus adminiſtrat, & quæ ſunt extra cauſam tutelæ, *l. at ſi extrinſecus 4. eod. tit. quod ex facto tutor.* Atqui negotia pupillæ paternæ ſunt extra cauſam tutelæ filij, qui prior tutor fuit: quia nulla tutela hæreditario iure ad alium tranſit, *l. tutela 16. §. 1. de tut.* Id eſt, nemo tutor ideò eſt, quia ſit tutoris hæres, *leg. furti 6. §. pen. ſuprà, de his qui notantur infam.* Quamvis tutoris hæres interdum tutelæ iudicio etiam proprio nomine condemnetur, *leg. 1. & vltim. Cod. de hered. tutor. l. 1. l. 14. de fideiuſſ. & nomin. & hered. tutor.* Pupillus igitur ex huiuſmodi geſtione ſui tutoris, quæ prorſus voluntaria nullomodo neceſſaria fuit, teneri non poteſt.

a *Sed tutor proprio nomine.* Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum naſcitur ex ſola geſtione, *l. 3. §. hac autem actio ſupr. hoc tit.* Ergo catenus tantùm competit contra geſtorem quatenus geſſit. Atqui tutor hic, de quo agimus, non geſſit proprio nomine, ſed pupilli & quaſi tutor & ex bona fide, cùm fortè vereretur ne alioqui de iis, quæ ipſe neglexiſſet, conueniri aliquando pupillus poſſet tanquam hæres tutoris, & ipſe rurſum ad indemnitatem pupillo ſuo præſtandam actione tutelæ. Ergo non proprio nomine, ſed quaſi tutor teneri debet actione negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Non potuit quaſi tutor ea negotia gerere, quæ extra tutelæ cauſam fuerunt, vt proximè diximus. Et tamen re vera geſſit. Conſequens igitur eſt vt proprio nomine & geſſerit & obligatus ſit, ſibique debeat imputare errorem iuris, ſi credidit onus tutelæ tranſire ad hæredem tutoris. Neque verò huius tutoris valdè intereſt, an teneatur domino actione negotiorum geſtorum, an potiùs pupillo ſuo actione tutelæ, cùm non poſſit recuſare quominus alterutri teneatur. Vtrique enim ſic geſſit quaſi rationem alicui redditurus. Et vtráque actio bona fide eſt, eaſdémque admittit exceptiones, compenſationes, reputationes: niſi quod in pleriſque durius agitur cum tutore quam cum negotiorum geſtore. Vel in eo ſaltem quod tutelæ actio habet hodie adnexum priuilegium tacitæ hypothecæ, *leg. pro officio 20. Codice de admin. tutel. leg. vnic. §. 1. Cod. de rei vxor. act.* Quod actio negotiorum geſtorum nec habuit olim, nec hodie habet, *leg. pen. C. hoc tit.*

6 ¶ Quanquam mater filij negotia ſecundùm patris voluntatem, pietatis fiducia gerat: tamen ius actoris periculo ſuo, litium cauſa conſtituendi [a] non habebit: quia nec ipſa filij nomine rectè agit [b], aut res bonorum eius alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.

Ad §. 6. Quanquam mater.

Ratio dubitandi. Cùm pater tutorem dat eum quem dare non potuit, aut cui non potuit, aut vbi non potuit, licèt datio non teneat, prætor tamen eum confirmare & ſolet & debet, vt patris voluntati ſtetur, niſi euidens pupilli vtilitas repugnet, *l. 1. 3. 6. l. vtilit. 10. & paſſ.* de confirmando tutore. Ergo & in propoſito cùm mater impuberis filij ſui negotia geſſit ſecundùm patris voluntatem, nec tantùm bona fide, ſed etiam fiducia & inſtinctu pietatis, perinde rata debent haberi omnia quæ geſſit, ac ſi verè tutrix fuiſſet, ſiue actorem litium cauſa conſtituerit, ſiue ipſa filij nomine egerit, ſiue res bonorum eius alienauerit, ſiue deniq; à debitore impuberis pecuniam acceperit: ne alioqui decipiantur qui bona fide cum ea tractarunt, ſecuti & ipſi voluntatem patris, & pietatem matris, vt in *l. filia 88. de ſolutionibus.*

Ratio decidendi. Mater hæc neque tutrix fuit, neque eſſe olim potuit, quia id munus virile eſt & maſculorũ, niſi à Principe ſpecialiter hoc impetraſſet, *l. vlt. infr. de tutel.* Ideóq; nec à prætore confirmari poterat, quia is demum tutor à prætore confirmandus eſt, qui aliquo ſaltem caſu à teſtatore vtiliter dari potuiſſet. Itaque qui cum hac matre contraxerunt de re, quam ad pupillum pertinere ſciebant, non poſſunt cauſari bonam fidem, cùm ſciuerint aut ſcire debuerint matrẽ nullum ius adminiſtrationis habere poſſe, *d. l. filiæ ad fin.* Ideóque ſibi debent imputare. Aliud igitur hodie eſt, poſtquàm placuit Iuſtiniano vt & mater & auia tutrix eſſe poſſit, non ſolùm teſtamẽtaria, ſed etiam legitima & datiua. *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. ven. c. 5. §. ex his antẽ, & Nouell. 94. vt ſine prohib. matr. debit.* Diſtinguendum enim eſt, non an qui cum ea contraxerunt, ſciuerint rem eſſe pupilli, ſed an ſciuerint eam eſſe tutricem necne, vt ſi cum ea contraxerint, quam ſciebant tutricem non eſſe, idipſum obtineat, quod Papinianus reſpondit in hoc §. iuncta diſtinctione quam Claudius ad Scæuolam notauit in *d. l. filia.* Si verò tutricem eſſe putauerint, quod ea ſe pro tutrice gereret, atq; ab omnibus vulgò pro tali haberetur, ſic contraheret, ſic ageret, ſic cõueniretur, ſuccurrendum iis ſit, vt eo ſaltem iure cenſeantur, quo cenſeri ſolent ij qui contrahunt bona fide cum protutore, quem tutorem eſſe arbitrãtur. Quos placuit ipſo iure liberari, ſi ſoluant ei qui pro tutore negotia gerebat, ſi modò pecunia in rem pupilli verſa ſit, *l. debit. 28. eod. tit. de ſolut.* Planè ſi ponas cõtractum fuiſſe debitum ex ſtipulatione matris, quamvis ſtipulationi cauſam & materiam dederit alienatio bonorum filij, & hoc ipſum debitor ſciuerit, ſi tamen mater ſoluẽdo ſit, vt filio ſuo pleniſſimam indemnitatem præſtare poſſit, dubitandum non eſt quin debitor liberetur, non ſolùm ſi mater ſe pro tutrice gerebat, qui caſus longè minorem habet dubitationem, ſed & ſi conſtabat nullum eam ius adminiſtrationis habere, vt in ſpecie, *d. l. filia.* Quia nihil hoc caſu intereſt pupilli qui matrem habet vtiliter & efficaciter obligatam, intereſt autem creditoris vt liberetur per ſolutionem factam illi ipſi perſonæ, cui fuit obligatus, quæ præcipua ratio eſt reſponſi Scæuolæ in *d. l. filia.* Et notæ Claudij ad Scæuolam in poſtremis illis verbis, *Scilicet ſi mater ſoluẽdo non ſit.* At quid ſi mater re vera tutrix aliquando fuerit, ſed tamen eo tempore cõtraxerit, ſiue alienando res filij, ſiue debitas filio pecunias à debitoribus accipiẽdo, quo iam finita erat tutela per filij pubertatem? Certum eſt non magis poſſe hoc caſu matrem filij nomine actiones vllas mouere, quàm ſi tutrix nũquam fuiſſet, licèt per errorem officij durans tutrix rerum adminiſtrationem retinuerit, *l. tutores 39. in princ. de adminiſtration. tutor.* Quia nemo poteſt agere ſine actione, *leg. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. hoc titulo.* Actionem verò tanquam tutrix habere nullomodo poteſt ea, quæ tutrix re vera non eſt. Sed quod ad contractus cum ea geſtos attinet, diſtinguendum ſanè eſt; an qui cum ea contraxerunt, ſciuerint finitam tempore tutelam eſſe, an ignorauerint. Si ſciuerint, idem iudicio

meo

meo iuris eſt, quod eſſet ſi mater tutrix nunquam fuiſſet, nec eſſe potuiſſet, quia non eſt in cuiuſquam poteſtate, adeóque nec in legis aut magiſtratus arbitrio, vt qui iam pubes eſt, habeat tutorem. At ſi neſciuerunt, nulla ratio eſt cur non perinde ſeruentur omnia, ac ſi verè tutrix adhuc fuiſſet, ne alioqui decipiantur qui bona fide cum ea contraxerunt, ſecuti etiam fidem publicam & auctoritatem magiſtratus, à quo data ea tutrix, vel ſaltem confirmata fuerit. Nec enim poteſt mater tutrix eſſe, niſi auctoritate magiſtratus interueniente. *Authent. matri & auia, & ſeq. Codice, quando mul. tutel. offic. fung. poteſt.* Quod & in omnibus tutoribus obtinet, vt quantumvis ritè dati, tamen confirmandi ſint ex eo pragmaticorum errore, quem nos refutauimus *Decad. 1. cap. vlt.* Niſi fortè volumus imputare iis qui cum tutoribus quandocunque contrahunt, cur non priùs inquiſierint diligenter in ætatem pupilli, vt ſcirent verùm tutela finita eſſet pubertate, necne, quod tamen eſſet ridiculum, nec minus à pupillorum, quàm ab eorum, qui cum ipſis contraherent, vtilitate alienum: nemine niſi cum magna cunctatione cum tutoribus in poſterum contracturo, exemplo eius quod ſcriptum eſt de minoribus, in *l. ait prætor 7.* aliàs *leg. & ſi ſine §. quæſitum, leg. quòd ſi minor. 24. §. non ſemper de minor.* Vnde enim poteſt diuinare is qui contrahit cum eo quem ſcit ritè datum fuiſſe tutorem, & qui etiam tum pro tutore ab omnibus habeatur, pupillum perueniſſe ad pubertatem? arg. *leg. 4. §. illa etiam quæſtio de doli excep.* Hoc verò cum in iis omnibus verum eſt, qui quoquomodo tutoris perſonam in contrahendo bona fide ſequuntur, tum in eo maximè qui ſoluit matri tanquam tutrici quod pupillo debuit. Semper enim benigniùs agitur cum eo qui ſoluit, quàm cum eo qui aliter contrahit, ſiue emendo, ſiue pecunias credendo, quia nec pupillo credere, nec ab eo quicquam emere neceſſe eſt, at æs alienum ſoluere eſt neceſſe, *d. l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio, de minoribus.* Idque indubitatius erit, ſi prætereà illud concurrat, vt eadem mater ſtipulata fuerit tanquam tutrix, cui ſolutum fuit tanquam tutrici. Item vt ſit ſoluendo, *d. l. filia.* Quid ſi etiam illud accedat, vt filius ipſe pubes iam factus matrem adhuc pro tutrice agnoſcat, tutricem eam fateatur, & ſic ab ea tanquam tutrice procuratorem fieri patiatur, ad exigendum quod mater ipſa ſiue tutorio ſiue proprio nomine ſiue vtroque fuerat ſtipulata? Non poteſt dubitari quin nihil poſſit imputare ei qui matri huic ſoluerit tanquam tutrici. Nam præter id quod alioqui deciperet ipſe potiùs quàm deciperetur, maximè ſi tam paruo tempore pupillarem ætatem exceſſiſſet, vt commodè ex aſpectu poſſet quis adhuc eum impuberem exiſtimare (nam & impubes procurator ad negotia fieri poteſt, ſibique debet imputare qui talem elegit, *leg. 3. §. vltim. de minorib. l. 1. §. quòd ſi impuberem, de acquir. poſſ.*) Imputari etiam huic puberi poteſt cur non petierit ſibi dari curatorem, cùm poſſet & deberet, *leg. 5. §. ſi tutor. de adminiſtr. tutor.* Id enim eſt quod præcipuè fallit eos qui tutelam durare putant, ſi videant & nullum curatorem datum, & in tutelæ adminiſtratione adhuc perſeuerare eum qui antea verus tutor fuerit. Sed & cùm non poſſit tutor poſt pubertatem durare in adminiſtratione rerum pupillarium inuito pubere, apparet puberem hoc ipſo quod ſciens patitur matrem tanquam tutricem contrahere, ac ſolutionem accipere à debitoribus pupillaribus videri mandare ei vt contrahat, & ſolutionem accipiat, *leg. qui patitur 18.* iunct. *leg. ſi remunerandi 6. §. ſi paſſus ſim. infr. mandat. leg. ſemper qui non prohibet 60. de regulis iuris.* Cùm nihil vetet puberem ſine curatorem habeat, ſiue non habeat, obligari ex mandato, vt & ex alia qualibet cauſa, *lege, puberes 101. de verborum obligat.* Quæ res facere debet vt qui ſoluit perinde liberetur ac ſi alij cuilibet vero procuratori, & ex mandato alterius cuiuſlibet creditoris ſoluiſſet, *leg. vero procuratori 12. de ſolutionib.* Salua minori in integrum reſtitutione, ſi eam pecuniam poſtea deperditam fuiſſe probet. *dict. leg. ait prætor. 7. §. ſed etſi ei pecunia de minoribus.* Sed perdidiſſe non videbitur, ſi eam iudicio mandati poſſit recuperare a matre, quæ procuratorem eum in rem ſuam conſtituit, id eſt, ſi mater ſit ſoluendo, *leg. cum mandatu 23. eod.* Adeóque à magiſtratibus, qui ſubſidiaria in factum actione tenentur, *leg. 1. & tot. titul. de magiſtratibus, conueniend.* Quaſi mutato duntaxat debitore. Non enim ſicut læditur minor qui partam ex cauſa iudicati perſecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redigit, *leg. minor. 40. in princip. eodem.* Ita poteſt dici læſus cùm mutauit debitorem, ſi poſterior æquè idoneus ſit ac prior. Nec tantùm contrario mandati iudicio agere contra matrem hic minor poteſt, ſed etiam directa actione tutelæ, quia tutor qui poſt puberem ætatem pupilli in adminiſtratione connexa perſeuerauit, tutelæ actione totius temporis rationem præſtare cogitur, *leg. tutor. 11. Codic. arbitr. tutel. l. ſi tutor. 13. & ſeq. de tutel. & rat. diſtr.* Vbi additur habere illum etiam actionem negotiorum geſtorum, ſi tempore aliquo vel breuiſſimo intermiſſa fuerit adminiſtratio. In ſumma non poteſt deficere minori actio, cuius auxilio indemnitatem conſequatur, quam tamen quandiu conſequi poteſt, tandiu læſus non videtur, nec proinde aduerſus ſolutionem ſibi factam reſtituendus, quia non ſufficit minori probatio ætatis ad reſtitutionem impetrandam, niſi etiam probet ſe læſum, *leg. verum 11. §. ſciendum, dict. leg. quod ſi minor. 24. §. non ſemper. eod. tit. de minor. leg. nam poſteaquam 9. §. ſi minor. de iureiurand.* Quid verò ſi matri, quæ tanquam tutrix poſt pubertatem adminiſtrauit, & ſolutionem à debitoribus pupillaribus accepit, filius ipſe hæres extiterit? Hoc caſu apertius eſt non eſſe audiendum minorem, quia hæreditatem matris adeundo, non tantùm confuſione ſuſtulit & extinxit obligationem, quæ erat ei acquiſita contra matrem, ſed etiam ſoluiſſe ſibi videtur, ſecúmque compenſaſſe, ſiue mater ſoluendo fuerit, ſiue non, *leg. quæ dotis 33. ſolut. matrim. l. Stichum, aut Pamphilum 95. §. aditio, & ſequentibus, de ſolutionibus.* Nec aliud eſt ſi viua matre extiterit hæres fideiuſſori matris, qui ex matris geſtione etiam poſt pubertatem facta potuerit æquè ac illa tutelæ iudicio conueniri. Tenentur enim fideiuſſores in id omne quod tutelæ iudicio continetur, *leg. quoties 9. §. 1. de adminiſtratione tutorum.* Et conſequenter perinde ſibi ſoluiſſe videtur filius, qui fideiuſſori materno hæres extitit, atque ſi matri ipſi hæres extitiſſet, ideóque nec contra matrem poſtea volens agere audiendus eſt, multò minùs ſi contra debitorem reſtitui velit, ſiue ipſi matri ſolutio facta ſit, ſiue ipſi puberi, & huic ſiue ſponte, ſiue tanquam matris ſuæ veluti tutricis procuratori. Videtur enim hoc caſu de præda magis quàm de damno ſollicitus eſſe, *leg. ſi minoris 25. ad fin. eodem. titul.* Et ſanè cùm eo quoque caſu quo minor adiuuandus eſt per in integrum reſtitutionem aduerſus debitorem, qui bona fide matris tanquam tutricis perſonam ſecutus eſt, non poſſit effugere quominùs, actiones omnes, quas contra matrem eiúſque fideiuſſores ea cauſa tutelæ habuit, miſero debitori iterum ſoluenti præſtare compellatur, *dict. leg. ſi minoris, in fine* (Niſi tamen vltima eius legis verba ſunt imperiti interpretis vt alibi monuimus.) iunct. *leg. in creditore 38. de euict. leg. mulier 19. qui potior. in pignor. hab.* Quis non videt fieri non poſſe vt vllas actiones præſtet is, qui ſiue matri ſuæ eidémque tutrici, ſiue fideiuſſori matris hæres extitit? Vtique enim cogeretur eas præſtare contra ſemetipſum, quod tamen fieri nullomodo poteſt, *leg. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Idque fiet euidentius, ſi ponas hunc cui minor hæres extitit, non tantùm fuiſſe fideiuſſorem matris, ſed etiam, quod plerumq; fit, cõtutorem, & quidẽ cum vulgari illa clauſula, quæ prætermitti

non ſolet, *quilibet in ſolidum*. Sicut enim duplici iure hic fideiuſſor idémque contutor matris tenebatur, ita filius qui ei ſucceſſit, vtramque obligationem extinxiſſe dicendus eſt, tantóque magis ſibi ſoluiſſe. Nec aliud erit ſi ponas filium hunc factum puberem, adeóque maiorem annis vigintiquinque de tutelæ rationibus cum matre tranſegiſſe, eique quicquid ex ea cauſa debuit acceptum tuliſſe. Nam & acceptilatio vice ſolutionis eſt, *lege penultim. de ſolutionibus*. Cùm ſit imaginaria ſolutio, *§.1. Inſtitut. quibus modis tollitur obligatio*, & non magis hoc caſu poteſt filius actiones vllas præſtare debitori qui bona fide matri ſoluerat quàm ſi hæres ei extitiſſet, cùm nullas ipſe habeat, qui quas habebat factu ſuo amiſerit per acceptilationem. Vtroque igitur caſu repellendus eſt exceptione, vt noſtri vocant, cedendarum actionum. Scio de illo etiam dubitari à pleriſque. An aduerſus ſolutionem ipſi verò tutori factam minor reſtitui poſſit ex *lege prima, Codic. ſi aduerſus ſolut.* Sed alius ille tractatus eſt, de quo & iam ſatis multa ſcripſimus, *libro 17. Coniecturarum, c.1.* & ſcribemus ad *dictam legem, ait prætor.7.§. ſed & ſi ei pecunia, infrà de minoribus*. Hoc tantùm addam. Extutorem qui poſt pubertatem perſeuerat in tutelæ adminiſtratione, plus iuris habere ad ſolutionem accipiendam quàm protutorem aut falſum tutorem. Hodie præſertim, poſtquàm generali ferè locorum omnium conſuetudine, præſertim tota Gallia & Germania, receptum eſt vt tutor, qui in connexa tutelæ adminiſtratione perſeuerauit in annum vſque viceſimum quintum, ſi rationes priùs non reddiderit, tutelam retinere priſtinúmque ius veri tutoris, quod ante pubertatem habuit, durare videatur. Sic enim, *Andr. Gaill. libro 1. practic. obſeruationum, cap. 96.* Quæ conſuetudo quamvis iuris rationi non conueniat, ex eo tamen fluxiſſe videtur, quod iure noſtro tametſi tutela finiatur pubertate, officium nihilominùs tutorum non niſi curatoribus conſtitutis finem accipit, *lege à tutoribus 33. §.1. de adminiſtratio. tutor.* Aut ſaltem admonito pubere vt ſibi petat curatorem, *dicta leg.5.§. ſi tutor. eod.* Aut petito ei per tutorem ipſum, ſi nolit pubes petere, *lege, admone 7. Codice, qui petit. tutor. vel curator.* Finitur quidem etiam officium tutorum pubertate, ſi pubes velit etiam inuito tutore, aut ſi tutor velit etiam inuito pubere, quomodo accipi debet, *leg.1. Codice, quando tutor. vel curat. eſſe deſ.* Sed non ſi conſentiat vt tutor perſeueret in adminiſtratione. Inde námque fit vt pubes, qui cùm poſſet petere curatorem, maluit pati tutorem ſuum perſeuerare in adminiſtratione tutelæ, hoc ipſo videatur habuiſſe tutorem ſaltem pro curatore, cum multò plus ſit tutorem quàm curatorem eſſe. Vnde eſt quod & interdom tutoris appellatione curator quoque continetur. Ergo quemadmodum ſolutio facta minori adhibito curatore liberat ipſo iure debitorem, & abſque metu reſtitutionis, maximè verò ſi curator ſit ſoluendo, *dict. l.7. §.1. de minoribus*. Ita & ſolutio facta puberi ex auctoritate tutoris perſeuerantis in adminiſtratione nunquam redditis rationibus: præſertim ſi ea ſolutio fiat ex cauſa, quæ connexitatem aliquam habeat cum iis quæ geſta ſunt in totela. Hoc enim caſu non ſolùm permittitur, ſed etiam neceſſe eſt tutori finita quoque tutela perficere ea omnia, ſine quibus ratio tutelæ explicari non poteſt, *l. tutorem 37.§.1. in fin. de adminiſtrat. tutor. dict. leg. ſi tutor 13. de tutel. & rat. diſtr. leg. vnic. Cod. vt cauſ. poſt puber ad. tut.* Scripſimus iſta paulò fuſiùs, quia & quotidiana ſunt & pragmaticis noſtris, ſi quando ex facto incidunt, malè vulgò intellecta.

a *Ius actoris periculo ſuo litium cauſa conſtituendi*. Verebar aliquando ne legendum eſſet, *niſi periculo ſuo*, vt ſenſus eſſet non habere matrem hanc ius conſtituendi actorem filij periculo, ſed ſuo tantùm, quia ſi actor condemnetur, nil ea res nocebit filio, ſed ſoli matri quæ actorem conſtituit. Sed puto voluiſſe Papinianum hoc potiùs ſignificare, Non eſſe permittendum huic matri vt ad lites filij tractandas conſtituat actorem, nec ſi velit conſtituere periculo ſuo. Quomodo ſcriptum eſt in *l. Pomponius ſcribit 40.§. vlt. ſup. de procuratorib.* non eſſe permittendum coniuncto, vt agat pro coniuncto inuito, nec ſi offerat de rato ſatiſdationem.

Ratio dubitandi. Poteſt mater etiam ſine mandato agere pro filio ſiue pubere ſiue impubere, dummodò oblata cautione de rato, ſi contraria voluntas non ſit filij, pro quo vult illa agere, *d.§. vlt. & l. ſed & hæ 35. eod. tit.* Ergo multò magis, aut ſaltem æquè facilè conſtituere actorem, præſertim periculo ſuo.

Ratio decidendi. Faciliùs permittitur vt quis pro alio agat, quàm vt conſtituat actorem. Agere pro coniuncto poteſt quælibet perſona coniuncta, non tamen fœmina cauſa cognita, *l. fœminas 41. eod.* Nam quod ſcriptum eſt in *dict. leg. 35. de parentibus*, non niſi de maſculis intelligendum eſt. At conſtituere actorem ſoli tutores poſſunt, quibus id permitti neceſſe ideò fuit, quòd cùm non ſint domini, non habent ius conſtituendi procuratoris niſi poſt litem conteſtatam, *l. neque tutores 11. C. de procur.* Mater igitur quæ filij ſui tutrix non eſt, nec agere pro eo poteſt, niſi aliquo caſo, & ita demum ſi cauere velit de rato, nec actoris conſtituendi ius habet non magis quàm conſtituendi procuratoris, neque ſi periculo ſuo id facere velit, & oblata etiam cautione.

b *Nec ipſa filij nomine rectè agit. ſupr.* tanquam tutrix & ſine ſatiſdatione. Nam ſi velit agere tanquam coniuncta perſona, & in eam rem ſatiſdare de rato, audienda quandoque eſt, *d. l. ſed & hæ 35. in pr. de procur.* ſed cauſa cognita, id eſt, ſi filius neque tutorem, neque alium habeat qui pro eo agat, *d. l. fœminas 41. eod. iunct. l. alienam 18. C. de procur.*

7 ¶ Vno defendente cauſam communis aquæ, ſententia prædio datur a: ſed qui ſumptus neceſſarios probabile in communi lite fecit, negotiorum geſtorum actionem habet.

Ad §.7. Vno defendente.

Ratio dubitandi. Socius, qui aquam pro indiuiſo communem defendit, cauſam habuit gerendi negotij communis propter partem ſuam, cùm res communis ita ſit vniuſcuiuſque ex ſociis vt nihil poſſit demonſtrare ſuum quod non ſit etiam alterius, *l. illud 46. de rit. nupt.* Vnde eſt quod quilibet ex ſociis licèt non niſi partem habeat, poteſt tamen rem totam quadammodo ſuam dicere, *leg.5.§.1. & 2. de lege 1. & d. leg.* iunct. *leg. meritò. 51. pro ſocio. leg. item 13.§. ſi communem 36. de iniur.* Ergo non poteſt agere negotiorum geſtorum, ſed debet agere communi diuidundo, *leg. heredes 25.§. non tantùm. infr. famil. erciſc.* Atque neque communi diuidundo poteſt partem ſumptuum aliter recuperare quàm ſi probet ſe ad defendendam ſocij quoque partem plus erogaſſe quàm fuerat erogaturus ſi ſolam ſuam defendiſſet, *leg. ex parte 39. famil. erciſc.* Ergo admiſſo etiam eo vt propter ſumptuum repetenda poſſit competere actio negotiorum geſtorum adhibenda eſt illa ipſa diſtinctio, quæ adhiberetur in actione communi diuiduo do aut familiæ erciſcondæ. Ratio decidendi. Potuit hic ſocius partem ſuam communis aquæ, id eſt, ſeruitutis aquæ, ita defendere, vt tamen ſocij ſui partem defendere non cogeretur. Etſi enim fuit aqua pro indiuiſo communis vt non potuerit demonſtrari quænam pars vnius eſſet, quænam alterius, pars tamen quæ vnius eſt ita eſt ipſius vt non ſit alterius, *leg. Mæuius. 66.§. duorum de legat. 2.* & quamuis ſeruitus per partes acquiri non poſſit, tamen per partes retineri poteſt, *l. vt pomum. 8.§.1.* de

de ſeruit.leg. ſi quis ædes. 30.§.1. *vrban. præd.leg. vnus ex ſociis* 34.*ruſtic. præd.* Ergo non poteſt ex hac cauſa competere actio communi diuidundo, ſed competet negotiorum geſtorum, *leg.ſi communem.*40.*infr.hoc tit.leg.*6.§. *ſine autem.verſ.cæterum commun. diuid.* Nec quæ diſtinctio adhibetur in actionibus communi diuidundo, & Familiæ erciſcundæ. An propter ſocij partem plus impenſum ſit necne, eadem poteſt adhiberi in actione negotiorum geſtorum: quia cùm quis partem ſuam adminiſtrare aut defendere non potuit quin ſocij quoque partem adminiſtraret aut defenderet, nulla æquitas ſuadet, vt eiuſmodi impenſarum pars reſtituatur, niſi ſub ea diſtinctione ſi idcirco amplius erogatum eſſet quod ſocij quoque cauſa defenſa eſſet, *d. leg. ex parte.* Cùm alioqui verum ſit eum qui ſumptus facit, non in alienam, ſed in ſuam rem feciſſe, qui vtrique pro parte ſua defendenda tantundem fuerat impenſurus. At cum potuit ſocius partem ſuam ſine parte ſocij adminiſtrare, ſemper verum eſt eum gerendo negotium commune, non minùs ſocij ſui quàm ſuum negotium geſſiſſe, & ideò repetitionem habere debere partis ſumptuum, tametſi non minùs pro parte ſua defendenda fuiſſet erogaturus.

a *Sententia prædio datur.* Ponimus enim ſeruitutem hanc aquæ ſiue hauriendæ ſiue deducendæ fuiſſe debitam prædio, *l.*1.§.1.*l.*2.§.1.*&* 2.*de ſeruit.ruſtic.præd.non perſonæ vt in l.Mela.*14.§.*vlt.de alim.l.*

32. IDEM lib. 3. Reſponſorum.

FIdeiuſſor imperitia lapſus, alterius quoque contractus, qui perſonam eius non contingebat, pignora vel hypothecas ſuſcepit: & vtramque pecuniam creditori ſoluit, exiſtimans indemnitati ſuæ, confuſis prædiis, conſuli poſſe: ob eas res iudicio mandati fruſtrà conuenietur, & ipſe debitorem fruſtra conueniet: negotiorum autem geſtorum actio vtrique neceſſaria erit: in qua lite culpam æſtimari ſatis eſt, non etiam caſum: *quia prædo fideiuſſor non videtur* a, creditor ob id factum ad reſtituendum iudicio, quod de pignore dato redditur b, cùm videatur ius ſuum vendidiſſe, non tenebitur.

Ad l. Fideiuſſor 32.

Ratio dubitandi. Fideiuſſor qui rem pignoris iure obligatam à creditore emit, licèt id faciat quod alius quilibet facere poſſet accedens ad emptionem bona fide, non tamen habetur ſimilis extraneo emptori, *leg. ſi mandatu* 59.§.1.*infr. mandat.* quia huiuſmodi emptio transferendi pignoris cauſa neceſſitate iuris fieri ſolet, *leg.*3.*C.plus valer. quod agit.l.*2.*de diſtract. pignor.* ideóque rectè ei offertur, quamuis alij emptori offerri non poſſet, *leg.cùm ſecundus,*5.§.1.*eod.* iunct. *leg.*2.*C.ſi antiq. credit. pign. vendit.* cogitúrque fideiuſſor fundum cum fructibus reſtituere ſi modò totum debitum cum vſuris ei offeratur in eámque rem mutuo comparata eſt actio mandati directa & contraria, *d leg.ſi mandatu.* §.1. Ergo & in propoſito caſu cùm fideiuſſor imperitia lapſus alterius quoque contractus, qui perſonam eius non contingebat pignora, vel hypothecas emendo ſuſcepit, & vtramque pecuniam creditori qui vnus & idem erat exſoluit, exiſtimans melius poſſe conſuli ſuæ indemnitati confuſis prædiis, id eſt, vno & confuſo pretio comparatis, æquè dicendum eſt iudicium mandati pro vtraque pecunia vtrinque competere, quoniam tametſi nullum mandatum interceſſerit, quantum ad eam pecuniam, cuius emptor hic fideiuſtor non fuit, fideiuſſio tamē illa eſt quæ huic emptioni cauſam dedit. Nec enim laborandū habuiſſet de indemnitate conſequēda ſi fideiuſſor non fuiſſet omnia porrò dāna, quæ fideiuſſor quaſi fideiuſſor, & propter fideiuſſionem ſuſtinet veniunt in actionem mandati ſi fideiubeodi mandatum præceſſit, *l.ſi ſeruus,* §.*quod verò verſ.iuſtiſſimè, de furt.* Cúmque vno contractu per auerſionem confuſóque pretio vtraque prædia & pignora emerit alterum ſine altero non empturus, inconueniens ſanè videtur vt quod ad vnum prædium locus ſit iudicio mandati, quod ad alterum verò non item, *leg.cùm plures* 72. *de euict. leg.cùm eiuſdem* 34.*in princip.&* §.1.*& leg.de ædilit.edict.leg.ſi quis aliam* 46. *de ſolut.* Præſertim cùm non potuerit ſibi acquirere pignora contractus, qui eum contingebat niſi ſoluta vtraque ſumma, *leg.*2. *Cod. de fideiuſſ.* Illud ſanè nullo modo admitti poſſe videtur, vt competat hoc caſu negotiorum geſtorum actio, cùm fideiuſſor nullum habuerit animum gerendi negotij alieni, ſed ſui tantùm, & indemnitatis ſibi parandæ, vt Papinianus hîc ponit. Ne quod re vera negotium debitoris ſui geſſerit etiam pro ea pecunia, pro qua non fideiuſſerat, actionem negotiorum geſtorum inducere poteſt, cùm id fecerit imperitia lapſus, id eſt, per errorem non facti, quòd putaret ſe pro hac quoque ſumma fideiuſſorem eſſe (facti enim proprij eſſet hic error, ac proinde intolerabilis, *leg.quanquam* 7. *ad Senatuſconſ. Velleia.* ſed iuris, quòd putaret ſibi ius eſſe tanquam fideiuſſori vnius contractus alterius quoque contractus, qui eum non contingebat, pignora emere, haberéque eodem iure, vt non poſſet debitor actione mandati quædam recuperare, quin eodem vel ſaltem contrario vtramque ſummam pariter redderet, ſi vtraque pignora pariter & vno pretio emerentur: qui iuris error eſt. Itaque emit tanquam fideiuſſor, non tanquam alius quilibet, nec erat empturus, niſi ſe fideiuſſorem ſciuiſſet, ac ius hoc fideiuſſori cuilibet competere credidiſſet.

Ratio decidendi. Non potuit hic fideiuſſor tanquam fideiuſſor emere prædia obligata pro ea ſumma, cuius non erat fideiuſſor, nec ipſius imperitia mandati vice eſſe poteſt ad mandati actionem mutuò inducendam. Nemo enim per errorem ſuum, ſiue iuris, ſiue facti, aut rei veritatem aut corrumpere, aut actionis ex negotio competentis qualitatem immutare poteſt: quia non niſi certis modis & legitimis naſcuntur actiones, inter quos neque error, neque imperitia eſt. Neceſſaria igitur erit vtrinque negotiorum geſtorum actio, de qua non poteſt dubitari quin competat, quia licèt fideiuſſor gerendi negotij ſui animum habuerit, tamen re vera geſſit negotium ſolius ſui debitoris, non ſuum, naſcitur autem actio negotiorum geſtorum ex ipſa geſtione, quæ re vera fuit, non quæ opinione, *leg.*3. §. *hæc autem actio.* *&* §. *hac actione. ſup. hoc tit.* Et prætereà cùm negotium ſuum gerere ſe putauit, non eò minùs hoc ipſo cogitauit de ſui quoque debitoris negotio gerendo. Voluit enim eum libertate in neceſſarium antecedens acquirendorum ſibi pignorum, cùm ſciret non aliter poſſe ſi in ius creditoris ſuccedere, quàm ſi pro debitore ſolueret, eáque pignora à creditore liberaret. Sublata igitur opinione fideiuſſoris quæ falſa fuit, atque ita deficiente mandati iudicio, ſupereſt cauſa geſtionis vtilis, quæ actionem negotiorum geſtorum inducit, argum. *leg. atquin* 19. §. *ſi libero.ſup.eod.* iunct. *leg. cùm is* 36.§. *mulier. infr.de cond.indebit.* Aliud enim eſt cùm quis negotium ſuum ita gerere ſe putat, vt neminem ſibi obligare velit, quo caſu negotiorum geſtorum actio ex geſtione quamtumuis vtili non naſcitur, *leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *verſic.diuerſum.* & *leg.ſi quis cum* 29. *infr. commun.diuid.*

aliud verò cùm ita vult quis ſuum gerere, vt tamen ſciat ſe in ſuo gerendo gerere quoque alienum, vt in ſpecie huius legis. Sed non tenetur pignoratitia fideiuſſor ſicuti teneretur ipſe creditor, ſi pignus non vendidiſſet, cùm fideiuſſor ius creditoris emere voluerit? Reſpondeo non creditoris ius illud fuiſſe, quod potuit conueniri pignoratitia, ſed fuiſſe ius debitoris quod eum potuit conuenire, priùs ſoluto quandocunque debito. Creditor autem vendendo pignus ius ſuum duntaxat voluit & potuit vendere, non ius debitoris ſui. Quod autem diximus non potuiſſe fideiuſſorem pignora contractus ſui emere ad ea in ſe transferenda, niſi ſoluta priùs vtraque ſumma, ex *d.l.2. C. de fideiuſſ.* verum non eſt, niſi eo caſu, quo eadem pignora pro alio quoque debito ſint obligata, quod in huius legis ſpecie non euenerat.

a *Quia prædo fideiuſſor non videtur.* Ratio dubitandi. Error huius fideiuſſoris, ſiue facti ſit, fortè quòd crediderit ſe pro vtraque ſumma fideiuſſiſſe, intolerabilis eſt, cùm ſit facti proprij, non alieni, *d.l.quanquam 7. ad SC. Velleian.* iunct. *l.vlt.pro ſuo.* ſiue iuris ſit, nullam excuſationem meretur, cum ſtulti ſint qui in iure errant, ſiquidem potuerunt conſulere peritiores, *l.regula 9.§. pen.de iur.& fact.ign.* Ergo etiam caſum fideiuſſor hic præſtare debet, ſi fortè ſeruus, quem caſu fideiuſſor emit, penes eum deceſſerit, cum debeat ſibi imputare, nec nouum ſit vt in actione neg. geſt. caſum præſtare geſtor cogatur: Nimirum quoties culpa præceſſit caſum, *l.ſi negotia 11. l.debitor 13.* vbi dixi. *ſup.h.tit.*

Ratio decidendi. Qui in iure errat ſtultus quidem eſt, ſed tamen non eſt prædo, quia dolo caret, *l.ſed & ſi l.25.§.ſcire in fin.de pet.hær.* quia iuris ignorantia licèt prodeſſe non debeat, excuſat tamen cùm agitur de damno vitando, *leg. iuris ignorantia 7.& ſequent.de iur. & fact. ignor.*

b *Iudicio quod de pignore dato redditur.* Id eſt, pignoratitia actione, qua poſt ſolutum debitum pignus repoſcit is, qui dedit.

c *Non tenebitur.* Ratio dubitandi. Huiuſmodi venditio, quam ponimus à creditore factam fideiuſſori, fit ex neceſſitate iuris, transferendi pignoris cauſa, *l. 2. de diſtract.pign.* Atqui tranſlatio hæc non potuit fieri in perſonam fideiuſſoris, qui fideiuſſor non fuit quantum ad eam ſummam, pro qua fuerant data pignora quæ comparauit. Bona enim fides, quam fideiuſſor in omni contractu præſtare debet, illa eſt, quæ ius hoc transferendi pignoris inducit, *l.ſi mand.59.§.1.mand.* Ergo ceſſante illa tranſlatione prorſus neceſſe eſt vt creditor priſtinum ius ſuum retineat, quod non tranſtulit in fideiuſſorem, & conſequenter, vt perinde poſſit conueniri pignoratitia actione, ac ſi cum fideiuſſore non contraxiſſet. Nec enim poteſt creditor, qui cum fideiuſſore contraxit, videri venditor ſui iuris, ſi ille non fuit emptor, cùm non poſſit dici vendidiſſe debitori, cuius negotium non gerebat fideiuſſor, qui iuris imperitia labebatur. Nec rurſus potuit creditor facto ſuo adimere pignoratitiam debitori, *l.Granius 71.§.penult. de fid.iuſſ.* niſi vendendo pignus ſolemniter & efficaciter, id eſt, ita vt tranſtuliſſet in emptorem vel proprietatem, ſi fuiſſet extraneus emptor, vel ſaltem ius pignoris, ſi fuiſſet fideiuſſor, quorum tamen neutrum hic factum eſt.

Ratio decidendi. Videtur creditor ius ſuum vendidiſſe, vt Papinianus ait, nec poteſt pignus reſtituere, quod amplius non habet, neque repetere à fideiuſſore, à quo pecuniam accepit: neque rurſus teneri ob id quod pignus vendiderit, cùm fecerit ſuo iure, nullaque ipſius culpa ſit, ſiue fideiuſſor emere voluerit quaſi extraneus an quaſi fideiuſſor, & ſiue imperitia aliqua lapſus ſit, ſiue non. Nec enim debet imperitia fideiuſſoris nocere creditori, qui ius ſuum executus eſt, quia non potuit cogi transferre ius pignorum in fideiuſſorem, ne quidem pro eo contractu in quo fideiuſſor interuenerat, niſi priùs ſoluto omni eo quod ex quacunque cauſa ei debebatur, *l.2.C.de fideiuſſ.* iunct. *leg.2. C.debit. vend.pign. imp. non poſſ.* Non ait Papinianus creditorem pignus vendidiſſe: Non enim re vera vendidit, neque fideiuſſori tanquam extraneo, quia noluit ille emere tanquam extraneus, ſed tanquam fideiuſſor, neque tanquam fideiuſſori, quia licèt in eo conſenſerint non potuit tamen tanquam fideiuſſor pignus emere datum pro ea ſumma pro qua non fideiuſſerat, nec denique tanquam gerenti rem, & negotium debitoris, quia neque potuiſſet debitor rem ſuam emere aut alius quiſquam eius nomine, *lege ſuæ rei 16. de contr. emption.* neque id agebatur vt debitum ſolueretur & pignoris vinculum tolleretur, quamuis poſſit quilibet id facere pro debitore non ſolùm ignorante, ſed etiam inuito, *l. ſoluendo 39. infr. hoc tit. l.Paulus 12.§.1. quib.mod.pign. vel hypoth. ſoluit.* At potius è contrario, vt ius pignoris duraret, ac in fideiuſſorem transferretur aduerſus debitorem ipſum, vtque pecunia quæ numerabatur pretium eſſet nominis quod emebatur, *l.cùm is 36.de fideiuſſ.l.Modeſtinus 76. de ſolut.l.cùm pupillus, 21.de tutel.& rat.diſtr.* Videtur tamen creditor ius ſuum vendidiſſe quia vendere & voluit & potuit, parúmque ipſius interfuit cùm pecuniam ſibi debitam acciperet, vtrùm fideiuſſor emeret tanquam fideiuſſor an quaſi extraneus, & an imperitia laberetur nec ne vt iam dixi. Denique nullum ius pignoris aut debiti poteſt ſupereſſe creditori, qui & omnem pecuniam ſibi debitam accepit tanquã à debitoris fideiuſſore, & accipiendo id egit vt omne ius ſuum à ſe abdicaret, Et ob id nimirum dicimus fideiuſſorem hunc vtiliter geſſiſſe negotium debitoris, natamque inter eos mutuam actionem negotiorum geſtorum, quod vtique falſum eſſet ſi debitor etiam poſt eam ſolutionem obligatus maneret. Quamuis enim ſolutio ſit facta eo propoſito vt debitorem fideiuſſori obligaret iudicio mandati ad totius quantitatis ſolutæ reſtitutionem, non vt eum liberaret, cùm tamen non poſſit fideiuſſori prodeſſe eo modo quo agebatur vt prodeſſet, neceſſe eſt vt proſit debitori ac ſi facta eſſet ab extraneo quolibet, qui neque fideiuſſor fuiſſet, neque tanquam fideiuſſor ſoluiſſet. Nec in eo quicquam fit contra fideiuſſoris voluntatem quam talem eſſe neceſſe eſt, quoties vult ille contra debitorem agere contraria negotiorum geſtorum. Sed & cùm patitur ſe conueniri à debitore eadem ſed directa negotiorum geſtorum actione expedit ei, vt ſolutionem à ſe factam imputet commodo debitoris. Ne alioqui non ſolùm actionem contrariam ſibi adimat quam aduerſus eum habet, ſed & doli exceptionem ſi fortè ſaluis adhuc pignoribus per directam rei vindicationem ad eorum reſtitutionem vrgeatur. Quid enim facit dolo debitor qui rem ſuam vindicat non oblata fideiuſſori ea quantitate quam debitoris nomine nec ſoluerit fideiuſſor, nec ſolutam etiãnum velit?

1 ¶ Ignorante virgine, mater à ſponſo filiæ res donatas ſuſcepit, quia mandati, vel depoſiti ceſſat actio: negotiorum geſtoru m agitur.

Ad §.1. Ignorante.

Ratio dubitandi. Non potuit valere donatio collata in virginem niſi ea ſciente & liberalitatem agnoſcente ſiue ponas factam eſſe donationem per ſtipulationem ſiue per traditionem, *l.abſenti.10.infr.de donat.* Ergo rem donatam filiæ à ſponſo non poteſt mater accipere quin vel mãdati obligetur, vel depoſiti. Mandati, ſi mãdauerit ei filia, vt acciperet, depoſiti ſi poſt traditionem ipſi filiæ factam ea res matri data ſit cuſtodienda, vt & in *leg.die ſponſaliorum 25.infr.depoſ.*

Ratio

Ratio decidendi. Nemo ignorans mandat quicquam aut deponit: Vtrumque enim conſenſum ac proinde ſcientiam requirit. Atqui in propoſita ſpecie virgo ignorauerat ſuſceptas fuiſſe res à matre, vt Papinianus ponit. Ergo neque mandati actio neque depoſiti locum habere poteſt. Alia quæ ſpecies eſt, quæ ab eodem Papin. proponitur, *d.l.dic*, vbi ſcriptum eſt res oblatas fuiſſe puellæ, quæ ſui iuris erat, & à patre ſuſceptas, præſente ſcilicet & conſentiente filia, quæ præſentia, qui conſenſus poteſt ſufficere ad inducendam actionem non ſolùm mandati, de qua minùs dubitari poterat cùm patientia ſcientis & præſentis vt plurimùm ſit pro mandatato, *l. qui patitur* 18. *& leg. ſi pro te* 40. *mandat.* ſed etiam depoſiti, quaſi breui manu re tradita puellæ, à donatore, deinde à puella patri vt in cauſam depoſiti eas haberet. Idem enim ſæpè peruenit vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, *l.3. §. pen. de don.int.vir. & vx.l. ſingularia* 15. *de reb.cred.l. qui mihi* 13. *de donat.* At cùm filia ignorauit non quidem donationem ſibi factam, ſed traditionem rei donatæ factam matri, multò magis ſi & donationem ignorauit, non poteſt videri acquiſiuiſſe dominium rei donatæ, quia nec donatio perfecta intelligitur, ſi reſpicias rationem iuris veteris quæ Papiniani temporibus obtinebat ante Iuſtin. conſtitutionem, in *l. ſi quis argentum* 36. *§. pen. C. de donat.* Nam nec ſi procurator meus rem aliquam mihi emerit ex mandato meo acquiretur tamen ignoranti mihi propterea niſi ei tradita ſit meo nomine, *l. ſi procurator* 13. *de acqu. rer. dom.* Ergò in propoſito caſu etiamſi res donata filiæ ſiue ſcienti, ſiue ignoranti, tradita ſit ea ignorante matri nomine ipſius filiæ non poteſt tamen dominium acquiri filiæ, priuſquam traditionem ſuo nomine factam matri ratam habuerit, quod fiet ſi agat negotiorum geſtorum. Geſſit enim eius negotium mater quæ filiæ ſuæ nomine ſibi traditam rem accepit, vt donatio perficeretur, quæ ſine traditione perfici non poterat nulla interueniente ſtipulatione. Nihil ſiquidem intereſt an res donata tradatur ipſi donatario an alteri eius nomine ſiue mandatum aliquod habenti, ſiue nullum, dummodo ratihabitio donatarij ſequatur, *d.l. abſenti.*

a *Quia mandati vel depoſiti ceſſat.* Hæc ratio oſtendit negotiorum geſtorum actionem eſſe ſubſidiariam nec competere quoties alienum negotium vtiliter geſtum eſt ex ea cauſa competat aliqua ciuilis actio, putà mandati aut depoſiti, aut tutelæ, aut familiæ erciſcundæ vel communi diuidundo, ſed eo demum caſu quo & negotia quis aliena geſſerit & aliam actionem ciuilem nullam habeat vt conſulat ſuæ indemnitati. Nam actio negotiorum geſtorum eſt prætoria, *l.3. in pr. ſupr.* Vix autem eſt vt excepta actione iniuriarum vlla actio ſit prætoria, quæ pro eodem negotio poſſit concurrere cum actione ciuili: Semper enim digniores ſunt ciuiles actiones prætoriis. Illud ſanè omnimodo ſemper requiritur vt qui aliena negotia geſſit aliquem ſibi obligare voluerit. Alioqui retentionem tantùm habebit non actionem, *l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. in fin. l. ſi quis cùm* 25. *commun. diuidund.*

33. Idem lib. 10. Reſponſorum.

HÆres viri defuncti vxorem, quæ res viri tempore nuptiarum, in ſua poteſtate habuit, compilatæ hæreditatis poſtulare non debet: prudentis itaque faciet: ſi ad exhibendum [a], & negotiorum geſtorum [b], ſi negotia quoque viri geſſit, cum ea fuerit expertus.

Ad l. Hæres 33.

Ratio dubitandi. Vxor expilatæ hæreditatis crimine idcirco non tenetur, quia nec furti cum ea agitur, *l. pen. infr. de crimin. expilat. hered. l. 4. C. eod.* Expilatæ enim hæreditatis crimen loco deficientis actionis furti introductam eſſe conſtat, *l. vlt. eod.* cùm rei hæreditariæ furtum fieri non poſſit, *l. vlt. infr. eod. ad. tit. l. 1. §. Scæuola, ſi is qui teſtam. lib. eſſe iuſſ. eſt.* Ideò autem furti non agitur contra vxorem, ſiue quod furtum non faciat, vt Nerua & Caſſius dicebant, quia vitæ ſocietas eam quodammodo faciat dominam, ſiue quòd furtum quidem faciat marito vt filia patri ſi Sabino & Proculo credimus, ſed in honorem matrimonij turpis actio deneganda ſit aduerſus vxorem quæ res mariti malo animo contractauit durante matrimonio, *l. 1. & 2. rer. amot.* & ideò ſi poſt diuortium eaſdem res contractaret, etiam furti teneretur, quemadmodum ſi ei cui hæredes ſumus furtum feciſſet, aut nobis antequàm nuberet, *l. 3. in princ. & §. ſed & cum vxore. eod. tit.* vbi quod additur tamen propter reuerentiam perſonarum, vtroque caſu furtiuam tantùm conditionem, non etiam furti actionem competere, proculdubio Triboniani eſt, vt ad eum locum dicemus. Nam & de expilatæ hæreditatis crimine poſſet conueniri nouerca à priuigno hærede ſuo, cuius hæreditatem, nouerca eademque priuigna expilaſſet, *l. 3. Cod. de crim. expil. her.* Atqui nulla ex his rationibus locum habet quantum ad eas res viri quas vxor nuptiarum tempore, id eſt, iam ante nuptias poſſidebat. Nec enim eas cœpit contrectare conſtante matrimonio, ſed & ante contractum & poſt ſolutum matrimonium. Ergo quamuis actio furti non poſſit locum habere contra vxorem, neque ob contrectationem quæ nuptias præceſſerat, cùm furandi animus eo tempore deſiiſſet, neque ob contrectationem factam poſt mortem viri, quia cùm res factæ hæreditariæ deſierint furto ſubripi poſſe, nihil tamen vetat agi expilatæ hæreditatis, perinde contra eam quæ vxor fuit, atque contra alium furem quemlibet. Nullus enim fauor mulieris eſt, niſi in iis rebus quas contrectare cœpit conſtante matrimonio.

Ratio decidendi. Contrectatio poſt mortem viri facta earum rerum quas mulier tempore nuptiarum iam poſſidebat, & conſtante matrimonio ſemper penes ſe habuit ſicuti non poteſt inducere actionem furti, ita neque accuſationem expilatæ hæreditatis, quia non fuerunt illæ res ſubtractæ ex hæreditate, cùm eſſent penes vxorem antequàm vlla eſſet hæreditas, nec poſſet hac de cauſa furtum dici factum hæreditati etiam admiſſo eo quod furtum hæreditati fieri poſſet. Ergo quemadmodum ſi furtum poſſet fieri hæreditati, non eò magis tamen furti actio hæreditati competeret ita & poſito ſic iure vt furtum hæreditati fieri nequeat, nullus accuſationi expilatæ hæreditatis locus relinquitur, tametſi & furandi animum mulier habeat, & res defuncti mariti quas retinet facta ſint hæreditariæ. Mallem tamen Papinianum intelligere de ea vxore, quæ res illas non contrectaſſet ſoluto matrimonio, ſed tantum penes ſe animo furandi retinuiſſet. Difficile enim eſt vt poſterior contrectatio non ſit ſufficiens ad inducendum expilatæ hæreditatis crimen, quæ ſufficiens eſſet ad inducendam actionem furti ſi adita hæreditas proponeretur, *d. leg. 3. in princip. rer. amot.*

a *Ad exhibendum.* Quæ actio cùm propter vindicationes potiſſimùm ſit introducta competit maximè domino, *l. 1. infr. ad exhib.* Competit tamen etiam aliis omnibus quorum ex aliqua iuſta & boneſta cauſa intereſt rem exhiberi, *leg. 3. §. ſciendum. eod.* Competet igitur & in propoſito caſu hæredi viri, quamuis res illæ nunquam fuerant mariti, ſi modò poſſit docere, ex qua alia cauſa intereſſe ſua, vt exhibeantur.

b *Et*

b *Et negotiorum gestorum.* Non de rebus mariti quas penes ſe retinet pro quibus ſola competit actio ad exhibendum, ſed ſi negotia quoque viri geſſerit, ſiue ante, ſiue poſt matrimonium, ſiue conſtante matrimonio. Nam præter id quod in dubio non eſt credenda mulier deprædandi animo negotia mariti ſui, ſiue viui, ſiue mortui inuaſiſſe, illud etiam conſtat prædonem quoque nihilominùs, imò tantò magis teneri huiuſmodi actione negotiorum geſtorum, *leg. ſi pupilli 6. §. ſed & ſi quis. ſupr. hoc tit.*

34. PAVLVS lib. 1. Quæſtionum.

NEſennius Apollinaris Iulio Paulo Salutem: Auia nepotis ſui negotia geſſit, defunctis vtriſque auiæ hæredes conueniebantur à nepotis hæredibus negotiorum geſtorum actione. Reputabant hæredes auiæ alimenta præſtita nepoti. Reſpondebatur, auiam iure pietatis de ſuo præſtitiſſe: nec enim aut deſideraſſe, vt decernerentur alimenta, aut decreta eſſent. Præterea conſtitutum eſſe dicebatur, vt ſi mater aluiſſet, non poſſet alimẽta, quæ pietate cogente de ſuo præſtitiſſet, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc rectè dici, vt de ſuo aluiſſe mater probaretur: at in propoſito auiam, quæ negotia adminiſtrabat, veriſimile eſſe de re ipſius nepotis eum aluiſſe tractatum eſt, nunquid vtróque patrimonio erogata videantur? quæro quid tibi iuſtius videatur. Reſpondi: Hæc diſceptatio in factum conſtitit. Nam & illud, quod in matre conſtitutum eſt, non puto ita perpetuò obſeruandum. Quid enim, ſi etiam proteſtata eſt [b], ſe filium ideò alere, vt aut ipſum, aut tutores eius conueniret? pone peregrè patrem eius obiſſe: & matrem, dum in patriam reuertitur, tam filium, quàm familiam eius exhibuiſſe, in qua ſpecie etiam in ipſum pupillum negotiorum geſtorum dandam actionem Diuus Pius Antoninus conſtituit. Igitur in re facti [c] facilius putabo auiam, vel hæredes eius audiendos [d], ſi putare velint alimenta: maximè ſi etiam in rationem impenſarum ea retuliſſe, auiam apparebit [e]. ¶ Illud nequaquam admittendum puto, vt de vtróque patrimonio erogata videantur.

Ad l. Neſennius 34.

Rationes dubitandi & decidendi poſitæ ſunt in textu. Et vt Paulus ait quæſtio huius legis facti magis eſt quàm iuris.

Ratio dubitandi duplex. Prima in illis verbis. *Nec enim aut deſideraſſe vt decernerentur alimenta aut decreta eſſe*, ſic enim lego non *eſſent*. Altera in illis, *præterea conſtitutum eſſe dicebatur.*

Ratio decidendi in illis *tunc hoc rectè dici cùm de ſuo aluiſſe mater probaretur.* Nam & hîc lego *cùm* pro *vt*. De ſuo autem mater filium aluiſſe probatur quoties bonorum eius adminiſtrationem non habuit, vt in *l. 1. l. alimenta. 11. C. hoc tit.* At cùm habuit adminiſtrationem vt in ſpecie propoſita, non à lege aut à magiſtratu (nec enim Pauli temporibus mater aut auia tutrix eſſe poterat niſi ex reſcripto Principis, *l. vlt. de tutel.*) ſed quia impuberis negotia geſſit veriſſimilius eſt eam de re impuberis potiùs quàm de ſuo ipſum aluiſſe. Alimenta igitur reputare pupillo poterit ſicut & alius tutor quilibet poſſet. Semper enim probatio incumbit pupillo quòd alimenta ſibi aliunde quàm ex proprio patrimonio præſtita ſint ſi eorum reputationem pati nolit, *l. a. C. de alim. pupil. præſt.*

a *Sic etiam proteſtata eſt.* Ratio dubitandi. Proteſtatio actui contraria inutilis eſt, quoniam facta verbis præualent, *l. fiuis quæſtionis 24. l. duo fratres 78. de acquir. hæred.* Atqui proteſtatio eſt contraria actui cùm mater proteſtatur ſe nolle alimenta impuberi præſtare de ſuo, & tamen præſtat de ſuo. Ergo nullius momenti eſt proteſtatio.

Ratio decidendi. In iis quæ alia atque alia mente fieri poſſunt proteſtatio ſemper prodeſt ad animi motum declarandum, qui meliùs ſanè declarari aliter non poteſt, ideóque conſeruat ius proteſtantis ne lædatur ex eo actu ex quo alioqui læderetur, *l. pro hærede 20. §. 1. eod. tit.* iunge *l. ſi paterno. 15. C. hoc tit.*

b *In qua ſpecie etiam in ipſum pupillum.* Ratio dubitandi. Neque proteſtatio hîc vlla præceſſit, neque de bonis filij alimenta hoc caſu præſtita ſunt cùm bonorum pupillarium adminiſtrationem mater non haberet. Ergo hac in ſpecie videtur mater alimenta, quæ de ſuo præſtitit, intuitu pietatis præſtitiſſe non animo repetendi.

Ratio decidendi. Apparet fuiſſe præſtita pupillo alimenta, ex neceſſitate & per occaſionem itineris, quod longiorem moram non patiebatur, quæ fuiſſet neceſſaria ad explicandam pecuniam ſi ea ex bonis pupilli fuiſſet depromenda. Non ergo poteſt ex ea prorogatione quam mater fecerit argumentum ſumi, quòd alimenta illa erogauerit animo donandi & intuitu pietatis: Ideóque tenetur pupillus actione negotiorum geſtorum ea reddere tanquam locupletior factus ex reſcripto illo Diui Pij de quo in *leg. 3. §. pupillus, & leg. 6. in princip. ſuprà hoc tit.*

c *In re facti.* Id eſt, in dubia facti quæſtione ſi non apparebit an de ſuo mater, aut auia filio alimenta præſtare voluerit, an verò ex patrimonio filij cuius negotia geſſit, aut cui alimenta etiam de ſuo prorogare debuerit ne ipſius filij vtilitates impedirentur. Facti enim hæc quæſtio eſt, *l. vtrùm 47. de donat. inter vir. & vxor.* vbi etiam additur coniecturam huius rei ex modo & genere impenſæ non difficilem eſſe.

d *Hæredes eius audiendos.* Ratio dubitandi. Non eſt permittendum hæredi vt reuocet liberalitatem quam defunctus ipſe non reuocauit, ne ſi reuocare potuit, *leg. cùm hic ſtatus 32. §. ait oratio. leg. vir vſuras 54. de donat. inter vir. & vxor.* Neque enim nouum eſt vt minus iuris habeat hæres quàm habuerit defunctus, ſicut e contrario interdum plus habere poteſt: *l. ſi per imprudentiam 51. §. non mirum de euict.* Ergo quamuis potuerit mater aut auia imputare pupillo ſumptus à ſe erogatos, non eſt tamen bona conſecutio vt ſi viua id non fecerit hæres eius idem facere poſſit.

Ratio decidendi. Hæres ſuccedit in omne ius defuncti, & ideò quemadmodum ex alia perſona conuenitur hic actione negotiorum geſtorum, ita & ex eiuſdem perſona reputare, pupillo eoſdem ſumptus alimentorum quos poſſet illa reputare ſi viueret & conueniretur. Atque ratio eſt libertatis quam reuocare defunctus poterat nec voluit. Iam enim diximus non videri autem donandi animo alimenta nepoti ſuo impuberi præſtitiſſe, ſed potiùs ex rerum ipſius adminiſtratione quam habebat. Eſt enim ſemper odioſa donationis præſumptio vulg. *leg. cùm de indebito 25. de probat.* etiam inter perſonas coniunctas nec prohibitas aut ſuſpectas, vt vel ex hoc maximè loco conſtat, niſi aliquibus coniectuiis

ctoris adiuoetur, vt in *l. Procula 29. eod. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius. de vſur. d. leg. vtrùm 47. de don. inter virum & vxor.*

e *Si etiam in rationem impenſarum eam retuliſſe auiam apparebit.* Ratio dubitandi. Defuncti rationes quæ in bonis eius inueniuntur ad probationem ſibi debitæ qoantitatis ſolas ſufficere non poſſe certum eſt, *l. rationes. 6. cum leg. præced. C. de probat.* Nec rurſus poteſt nuda ratio facere quemquam debitorem, adeóque nec donatorem, vt putà quod donare libero homini volumus, licèt referamus in rationes oostras debere nos, nulla tamen donatio eſſe intelligitur, *l. nuda ratio 26. de donat.* Ergo oihil poteſt referre an aoia in rationem impenſarum alimenta pupillo à ſe præſtita retulerit, necne, neque ex auiæ rationibus poteſt argumentum ſumi aut pro auia aut pro pupillo.

Ratio decidendi. Non eſt nuda ratio aoiæ quæ pupillum facit debitorem, ſed erogatio de qua conſtat in cauſam alimentorum. Rationum autem inſpectio prodeſt ad ſumendam coniecturam voluntatis auiæ, Nam in quæſtionibos facti & voluntatis multum poſſont coniecturæ, *l. cùm proponebatur 64. de l. 2. l. nonnunnes 5. §. à barbaris. de re milit.*

a *Vt de vtroque patrimonio erogata videantur.* Ratio dobitandi. In dubiis quæſtionibus placere ſolet media ſententia, *§. cùm ex aliena 31. Inſtit. de rer. diuiſ. leg. adeò 7. §. cùm quis. de acquir. rer. dom.* Quippe quæ temperamentum adhibeat, ne io vtramuis partem grauiùs peccetur. Quæ res olim dedit originem ſectæ Erciſcundorum, qui ſic ideò dicebantur, quòd controuerſas aliorum opiniones diuidere ſolerent, mediam ſeotentiam inducendo, quæ in neutram partem declinaret. Ergo cùm dubia hæc quæſtio occurrit. An auia de ſuo, an de nepotis patrimonio præſtiterit ei alimenta, probabilior videri debet ea ſententia, vt de vtróque patrimonio erogata videantur. Per qoam nimirum fiet vt neque auiæ, neque pupillo tanta iniuria fiat, quanta alterutri poſſet fieri, ſi qois aut pro auia aut pro pupillo abſolutè reſponderet.

Ratio decideodi. Sequenda eſt media ſententia cùm plus habet æquitatis, & nihil incommodi. vt in *dict. §. cùm quis.* At in propoſita ſpecie abſurdum eſſet dicere alimenta de vtróque patrimonio fuiſſe erogata. Nam aut donaodi voluntatem habuit auia, aut non habuit. Si habuit, nihil eſt quod de pupilli patrimonio erogatum videri poſſit. Si non habuit, nihil eſt quod de ſuo præſtitiſſe videatur. Alterutrum porrò neceſſarium eſt, nec debet in vna eadémque re induci diuiſio voluntatis, *l. eum qui 18. §. vlt. de his quæ vt indign.* Solet tamen huic Pauli ſententiæ opponi quod Vlpianus ſcribit, in *leg. ſed & ſi 25. §. adeò. de peti. hæred.* ſumptus à bonæ fidei poſſeſſore factos aliquando ex vtróque patrimonio factos iotelligi. Sed Triboniani eſt totus ille locus, non Vlpiani, vt ad eum docebimus, & iam oſteodimus, *lib. 20. Coniect.*

35. SCÆVOLA lib. 1. Quæſtionum.

DIuortio facto, negotia vxoris geſſit maritus, dos non ſolùm dotis actione, verùm negotiorum geſtorum ſeruari poteſt. Hæc ita ſi in negotiis geſtis maritus, dum gerit facere potuit [b]: aliàs enim imputari non poteſt quod à ſe non exegerit. Sed & poſteaquàm patrimonium amiſerit, plena erit negotiorum geſtorum actio [c]: quamuis ſi dotis actione maritus conueniatur, abſoluendus eſt. Sed hic quidam modus ſeruandus eſt: vt ita querelæ locus ſit, *quantum facere potuit, quamuis poſtea amiſerit*: ſi illo tempore ei ſoluere potuit: non enim è veſtigio in officio deliquit [d], ſi non protinus res ſuas diſtraxit ad pecuniam redigendam, præterire denique aliquid temporis debebit, quo ceſſaſſe videatur, quod ſi interea, priùs quàm officium impleat [e], res amiſſa eſt: perinde negotiorum geſtorum non tenetur, ac ſi nunquam facere poſſit. Sed & ſi facere poſſit maritus [f], actio negotiorum geſtorum inducitur: quia fortè periculum eſt, ne facere deſinat.

Ad l. Diuortio 35.

a *Dos non ſolùm dotis actione, verùm negotiorum geſtorum ſeruare poteſt.* Ratio dubitandi. Negotiorum geſtorum actio cùm ſit prætoria, nunquam concurrit cum actione ciuili, vt dixi ad *l. fideiuſſor 32. §. vlt. ſup. eod.* Atqui dotis actio eſt ciuilis, vt notiſſimi iuris eſt. Ergo dos quæ actione propria de dote peti poteſt, non debet nec poteſt peti actione negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Competit hoc caſu vtráque actio ſed ex diuerſa cauſa & ad diuerſos fines. Dotis enim actio competit ad dotis ſolutionem, qoaſi ea nondum exacta & ſoluta ſit. Actio antem negotiorum geſtorum ad eandem quidem dotem, ſed quaſi iam exactam & ſolutam quod eam maritus negotia vxoris gerens à ſeipſo exigere ſibiqoe ſoloere debuerit, *l. 6. vlt. & l. debitori 19. ſup. hoc tit. leg. 38. infr.* Dotis actio naſcitur ex vera numeratione quam mulier fecit aut alius mulieris nomine, *l. prima. Codic. de dot. caut. non numer.* Negotiorum verò geſtorum ex ipſa geſtione, & ex ficta illa ſolutione quam maritum quaſi maritus ſibi ipſi quaſi geſtori feciſſe creditur, quia facere debuit.

b *Si maritus, dum gerit, facere potuit.* Sic lego ſublatis illis verbis, *in negotiis geſtis*, quæ io Pand. Flor. ſunt intercluſa lineis tanquam irreptitia, quæ ſanè eſſeot hic non modò ſuperflua, ſed etiam nullius ſenſus.

Ratio dubitandi. Agitur duriùs cùm negotiorum geſtore, qui ſibi ipſi ſoluere deboit, & ſecum agere qoàm ſi à creditore conueniretur, vt ex eo apparet quod non poſſet ab alio conueoiri ſine actione, à ſeipſo autem potuit, *dict. l. 6. §. vlt. ſupr. leg. quoties 9. §. & generaliter de administrat. tutor.* Ergo quamuis maritus ſi ab vxore conueniretur, haberet priuilegium, ne condemnari deberet ſupra quam facere poſſet, *l. maritum 12. ſolut. matri.* non idem tamen priuilegium habere debet, cùm ſeipſum conuenit, quia nec priuilegij ratio locum habet hoc caſu, cùm oullam ipſe ſibi reuerentiam debeat, quam vxor ei debet, neque exceptio iſta aut alia vlla locum habere poteſt, vbi nulla eſt actio.

Ratio decidendi. In eo ſolo durior eſt coodıtio negotiorum geſtoris, quod contra ſeipſum agere & potuit & debuit ſine actione. Sed in cæteris omnibus eodem iure cenſeri debet, quo ſi conueniretur. Siquidem noo potuit nec debuit conuenire ſeipſum, niſi ex perſona vxoris, quæ porrò non fuerat cum condemnatura, niſi in quantùm facere potuiſſet, *d. l. maritum, leg. non tantùm 20. leg. eius fideiuſſor 24. §. 1. de re iud.* Proinde ſi quo tempore maritus negotia vxoris geſſit, hoc eſt, facto iam diuortio fuit ille non ſoluendo deducto ne egeret, oon poteſt ei imputari quòd à ſe non exegerit, vt Paulus ait. longe *leg. in condemnatione 173. in princip. de regul. iu.*

c *Plena erit negotiorum geſtorum actio.* id eſt, dabitur in ſolidum contra maritum, & ſupra quàm facere poſſet

non

non deducto ne egeat, in eóque diuerſa ratio eſt actionis de dote, in qua abſoluendus eſt maritus ſi facere non poſſit.

Ratio dubitandi. Non tantùm dotis nomine maritus in quantum facere poſſit, condemnatur, ſed ex aliis quoque contractibus ab vxore iudicio conuentus in quantum facere poteſt, condemnandus eſt ex Diui Pij conſtitutione, *d. l. non tantum* 20. *de re iudic.* Ergo non magis negotiorum geſtorum, quàm dotis actio plena eſſe poteſt contra maritum.

Ratio decidendi. Priuilegium illud habet maritus quoties conuenitur ex contractu inito cum vxore ſiue ante matrimonium, ſiue conſtante matrimonio, non etiam ſi conueniatur ex contractu poſt diuortium facto. Nullam enim ſibi reuerentiam debent huiuſmodi perſonæ ob ea quæ poſt diuortium inter eos geruntur, vt ex eo conſtat, quod mulier tenetur furti & conditione furtiua, ſi res mariti contrectet animo furandi poſt diuortium, vt dixi ad *l.* 33. *ſupr. ex l.* 3. *in princ. rer. amot.* Sed & poteſt ſeparari cauſa contractuum, de quibus ſolis agitur, in *d. l. non tantùm* à quaſi contractu qui ex ipſa geſtione inducitur, & conſequenter cæteræ actiones ex contractibus deſcendentes ab actione negotiorum geſtorum. Nam ſi quando mulier contrahat cum eo qui maritus fuit, ſequitur fidem & perſonam ipſius, nec eum habet pro inimico: ſed cùm maritus poſt diuortium gerit negotia vxoris ignorantis, mulier in eum incidit, ideóque iniquum eſſet beneficium ſi quod aduerſus eam marito concederetur ob ea quæ vltro geſſit in rebus vxoris iam factus per diuortium inimicus ipſius. Simili ferè ratiocinatione Papin. vtitur in *l. vltim. rem pupilli ſalu. for.*

d *Non enim è veſtigio in officio deliquit.* Rat. dub. Negotiorum geſtor diligentiam præſtare debet talem qualem diligens paterfamilias rebus ſuis præſtare ſolet, *l.* 6. *§. vlt. ſupr. hoc tit.* Atqui diligentis patrisfamilias eſt exigere quàmprimùm debitas ſibi pecunias, maximè vbi metus ſubeſt ne debitor fiat non ſoluendo, quoniam alioqui amittit actionem in effectu qui incipit habere inopem & inanem debitorem, *l. nam is* 6. *de dolo.* Ergo maritus qui vxoris negotia gerens ſcit & videt ſe labi facultatibus, nihil antiquius habere debet quàm vt protinus res ſuas diſtrahat ad pecuniam redigendam, quam poſtea vxori ſoluat.

Ratio decidendi. Debet quidem diligentiam in eo ſummam præſtare. Sed latiùs & *ἐν πλάτει* accipi hoc debet, & cũ quodam temperamento, *l. quod dicimus* 105. *de ſolut.* id eſt, cum quodam ſpatio temporis, nec minimo, nec maximo, & quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi poſſit, *l. quo enim* 12. *§. Iulianus rat. rem haber.* Nemo enim præcipitandus eſt, vt quid faciat, cùm iudicio maturo fieri omnia legiſlator velit, *leg. & quia* 6. *de interrog. in iur. fac. leg. ſi extraneus* 33. *de iur. dot.* Eſt igitur hoc tempus non decem dierum, vt quidam volunt, ex *leg. promiſſor.* 21. *§.* 1. *de conſt. pecun.* ſed arbitrio iudicis pro perſonarum qualitate, & ſummæ debitæ quantitate æſtimandum, *d. §. Iulianus*, tradit. *l. Nepos Proculo* 125. *de verborum ſignific.*

e *Priuſquàm officium impleat.* Noli intelligere *Priuſquam negotia quæ gerere cœpit, abſoluerit*, ſed acſi ſcriptum eſſet, *priuſquam vxoris negotia gerere cœperit.* Tunc enim amici officium implet qui abſentis negotia gerit, cùm accedit ad geſtionem, vt ea gerat ex bona fide, ſicut & eo ipſo inſtanti videtur quaſi contrahere cum abſente, non quando negotia iam geſſit.

Ratio dubitandi. Imputari poteſt marito qui iam rem ſuam amiſit cur vxoris negotia gerere cœperit. Vix enim eſt, vt abſentis interſit geri negotia per eum qui iam deſierit eſſe ſoluendo, & quem non niſi fruſtrà habiturus ſit obligatum, *d. l. nam is.* 6. *de dolo.* Ergo maritus pauper qui quoniam facere non poteſt actione de dote conueniri nequit, tantò magis teneri debet actione negotiorum geſtorum, vt aliqua ſaltem via mulier ſuum conſequatur.

Ratio decidendi. Negotiorum geſtio, facere non poteſt, vt imputari queat marito cur dotem à ſeipſo non exegerit ſi iam facere non poterat priuſquam gerere inciperet: cùm iam ipſo geſtionis tempore fuerit locus priuilegio, quod non debuit maritus amittere ob id ſolum quod vxoris negotio amici animo gerere cœperit, cum in eo amici officium impleuerit, maximè ſi in tota illa geſtione bonam fidem & quam debuit diligentiam præſtiterit. Non enim ſola paupertas ſuſpectum eum aut minùs fidelem facere potuit, *l. ſuſpectum* 8. *de ſuſpect. tutor.* nec in alienorum negotiorum geſtore opulentia, ſed fides tantum & diligentia exigitur.

f *Sed etſi facere poſſit maritus.* Ratio dubitandi. Actiones non ſunt multiplicandæ ſine cauſa, nec niſi fruſtrà fieri poteſt, vt ciuili actioni quæ plena ſit addatur prætoria, vt dixi ad princ. huius legis. Atqui actio de dote non ſolùm ciuilis eſt ſed etiam bonæ fidei & pleniſſima cùm maritus eſt ſoluendo, *l. vnic. §.* 1. *C. de rei vxor. act.* Ergo hoc caſu fruſtrà eſt inducere actionem negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Cauſa ſubeſt nouæ actionis etiam prætoriæ concedendæ illi qui iam habet ciuilem cùm aliquo caſu euenire poteſt, vt noua illa actio prætoria maiorem aliquam habeat vtilitatem. Non enim fruſtratorium & inutile videri poteſt, id quod aliquem caſum vtilem habet, *leg. Stichus* 39. *in fin. de manumiſſ. teſtam. l. heres à debitore* 21. *§. cùm & in. de fideiuſſ.*

1 ¶ Illum autem non credimus teneri, qui gerit negotia debitoris, ad reddendum pignus: cùm pecunia ei debeatur, nec fuerit: quod ſibi poſſit exſoluere.

Ad §. 1. Illum credimus.

Ratio dubitandi. Is qui aliena negotia gerit quemadmodum tenetur à ſeipſo exigere, ita & ſibi ſoluere non ſolùm poteſt, ſed etiam debet. Id enim ſemper vtile eſt debitori vt liberetur, quæ vera & potiſſima ſpecies eſt acquiſitionis, *leg. ſi pupilli* 66. *in fin. de ſolution. leg. ſpecies* 11. *de acceptilat.* Atqui ſoluto debito pignus debitori reddere debet creditor pigneratitia actione, *tot. tit. de pign. act. D. & C.* Ergo quemadmodum actio negotiorum geſtorum concurrit cum actione de dote, ſi maritus vxoris negotia gerens dotem à ſeipſo cùm facere poſſet, non exegerit, vt dictum eſt in princ. huius legi. Ita & concurret actio negotiorum geſtorum cum actione pignoratitia ad redditionem pignoris ſi negotiorum geſtor ſibi ipſi non ſoluerit quod debitum ei fuit. Nam & pignoratitia competit non ſolùm ſi naturaliter & re vera fuerit ſoluta creditori pecunia, ſed etſi per creditorem ſteterit ne ſit ſoluta, *leg. nec creditores* 10. *l. vlt. C. de pignor. act.*

Ratio decidendi. Competeret hoc caſu pignoratitia actio & concurreret cum actione negotiorum geſtorum, ſi habuiſſet hic negotiorum geſtor ex negotiis quæ gerebat vnde ſibi ſolueret. Scæuola autem ponit in hac ſpecie non fuiſſe in bonis eius cuius negotia gerebantur, vnde geſtor ſoluere ſibi poſſet, & opponit hanc ſpeciem illi, de qua priùs dixit, cùm maritus à ſeipſo exigere ideò non debuit, quia facere non potuit.

2 ¶ Sed nec redhibitoriæ ſpeciem venire in negotiorum geſtorum actionem & per hoc ſex menſibus exactis petere, ſi vel mancipium in rebus non inuenit, vel eo inuento, quod acceſſionum no-

mine

mine additum eſt, vel quod deterior homo factus eſſet, vel quod per eum eſſet acquiſitum non ex re emptoris,nec inuenit,nec recepiſſet: nec eſſet in ipſius emptoris negotiis,quæ gerebat,vnde ſibi in præſenti redderet.

Ad §.5. Sed nec redhibitoria.

Ratio dubitandi. Negotiorum geſtor qui ei cuius negotia gerit hominem vendiderat morboſum aut ex alia cauſa redhibitionis neceſſitati ſuppoſitum, ſicuti cogeretur à ſeipſo pecuniam exigere ſi quam deberet, ita & ſibi hominem illum infra ſex menſes (qui terminus eſt actionis redhibitoriæ, *l.ſciendum.19.§.vlt.de ædil.edict.*) redhibere debet eo nimirum caſu quo ipſum in bonis inuenit. Nam ſi non inuenerit apertiſſimum eſt nihil ei obiici poſſe,nec dubitandi rationem vllam occurrere.

Ratio decidendi. Debet quidem negotiorum geſtor, idémque venditor ſibi ipſi mancipium ipſum redhibere, ſed ita demum ſi in bonis eius cuius negotia gerit, non modò mancipium ipſum inueniat, ſed cætera quoque omnia quæ cum mancipio ipſo veniunt in actionem redhibitoriam, id eſt, quicquid acceſſionis nomine mancipio adiectum eſt. Item, quod deterior homo factus eſt. Item, quod per eum ex die venditionis acquiſitum fuit apud emptorem, non ex re emptoris. Nec enim redhibitio fieri, niſi cum ſua cauſa, nec rurſus debet eſſe deterior conditio venditoris ſibi ipſi redhibentis, quia emptoris negotia gerit, quàm ſi redhibitio fieret ab ipſo emptore, cùm ea ſibi ipſi faciat venditor ex emptoris perſona. Non igitur faciet negotiorum geſtio quin ea actio redhibitoria pereat emptori poſt ſex menſes exactos, ſicuti periret ſi venditor negotia ipſius non geſſiſſet. Simile quiddam circa actionem de peculio ſcriptum eſt,in *leg.ſi noxali.11.§. quod autem de pecul.*

3 ¶ Cæterùm ſi ex alia cauſa perpetuæ obligationis,cùm ſit locuples,debeat: non eſt imputandum,quod non ſoluerit: vtique ſi neque vſurarum ratio querelam mouet [a].

¶ Diuerſúmque eſt in tutore debitore [b]: quia ibi interfuit, ex priore obligatione ſolui, vt deberetur ex tutelæ actione.

Ad §. 3. Cæterùm.

Ratio dubitandi. Non ſolùm ſi obligationis cauſa temporaria ſit,vt in redhibitoria,ſed etſi perpetua, debitórque locuples, æquè verum eſt negotiorum geſtorem poſſe à ſe ipſo exigere,quod ipſe debeat, & quidem ſine actione, *l.ſi pupilli 6.§.vlt.ſupr.hoc tit.* Ergo etiam hoc caſu æquè imputandum ei eſt, ſi non exegerit, cùm in eo non fecerit quod alius quilibet vir diligens feciſſet.

Ratio decidendi Tunc poteſt ei imputari cur à ſeipſo non exegerit,cùm intereſt illius cuius negotia geſta ſunt. Nec enim quiſquam auditur vnquam alteri culpam obiiciens ſi nihil obiicientis interſit. Atqui nihil intereſt eius cuius negotia geſta ſunt quod geſtor à ſe non exegerit,niſi cùm vel factus eſt geſtor,idémque debitor interim non ſoluendo, vel prior actio fuit temporaria quæ periiſſet ſi non veniret in actionem negotiorum geſtorum. Quid enim eſt actione negotiorum geſtorum, propter quod debebat creditor deſiderare vt actione iſta potiùs quàm alia vlla perpetua experiri poſſit? Siquidem neque tacitæ hypothecæ, neque prælationis,neque aliud priuilegium vllum habet actio negotiorum geſtorum, niſi quod bonæ fidei eſt. Priorem ergo illam actionem non ſolùm perpetuam, ſed etiam bonæ fidei eſſe neceſſe eſt vt nihil interſit creditoris. Alioqui ſemper intererit,vel ſaltem ob vſuras,vt ſequitur in textu.

a *Vtique ſi neque vſurarum ratio querelam mouet.* Id eſt, niſi vſurarum ratio aliud dicendum eſſe ſuadeat. Suadet autem non ſi ea pecunia ſub vſuris debeatur,vt plerique explicant,ſed è contrario ſi non debeatur ſub vſuris,quia tunc debitum ex non vſurario fit vſurarium. Cùm ea tamen diſtinctione quæ ponitur, *l.qui ſine 38.infr.hoc tit.* Intereſt enim creditoris cui debatur ſine vſuris, fortaſſis ex actione ſtricta, vt ei deberi incipiat ex actione negotiorum geſtorum,quæ cùm ſit bonæ fidei vſurarum acceſſiones ex mora admittit, *l. atquin natura 19.§.penult. l.liberto 31.§.qui alienat.vbi dixi ſupr.hoc tit.* At cùm debetur ex iudicio bonæ fidei perpetua actione & ſub vſuris,nihil omnino intereſt creditoris,propter quod danda ei ſit contra geſtorem, hoc quoque nomine negotiorum geſtorum actio.

b *Diuerſumque eſt in tutore debitore.* Rat.dub. Nihil intereſt pupilli an tutor ei debeat ex cauſa tutelę,an ex alia dummodo ſit ſoluendo. Ergo non aliter dicendum eſt venire in tutelæ iudicium id quod ex alia actione debebatur,quàm ſi tutor incipiat labi facultatibus, vt apertè concludit Vlpian. in *l.quoties 9.§.1.de adm.tutor.*

Ratio decidendi. Imò intereſt pupilli ex priori obligatione ſolui, non ſolùm ſi ſtricta fuit, ſed etſi bonæ fidei,vt deberetur ex tutelæ actione. Nempe propter priuilegium quod habet actio tutelæ inter cæteras actiones perſonales & propter fideiuſſores qui dantur quoties cauetur.Rem pupilli ſaluam fore,vt Vlpianus quoque fatetur,in *d.§.1.in fin.* Quo loco ſanè diſſentit euidenter à Scæuola, cuius ſententiam in hoc §.expreſſam non obſcurè perſtringit, illis verbis *quibuſdam videtur,* & paulò poſt *putant omnimodo deuolui in tutelæ iudicium.* Dicemus latiùs ad illum locum.

36. PAVLVS lib.1. Quæſtionum.

SI liber homo, bona fide mihi ſeruiens, mutuam pecuniam ſumpſerit: eámque in rem meam verterit: qua actione id,quod in rem noſtram vertit,reddere debeam,videndum eſt: non enim quaſi amici,ſed quaſi domini negotium geſſit,ſed negotiorum actio danda eſt: quæ deſinit competere,ſi creditori eius ſoluta ſit [a].

Ad l. Si liber homo. 36.

Ratio dubitandi. Liber homo bona fide mihi ſeruiens ſi mutuam pecuniam ſumpſerit,quamuis vt eam in rem meam verteret,quam & re vera verterit,non tamen quaſi amici,ſed quaſi domini negotium meum geſſit. Ergo actione de in rem verſo teneri debeo,non actione negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Actio de in rem verſo cùm ſit pars actionis de peculio, *§. præterea Inſt. quod cum eo qui in alien.poteſt.eſt.* non poteſt aduerſus alium competere quã aduerſus patrem aut dominum ex contractu eius qui re vera ſit filiusfamilias aut ſeruus, *l.ſeruus 17.l.filiusfamilias 18.& paſſ.de in rem verſ.* Atqui tractamus de homine re vera libero quamuis bona fide ſeruiente: ergo

de in rem verſo actio locum hoc caſu habere non poteſt. Supereſt igitur vt negotiorum geſtorum actio ex neceſſitate induci debeat quia licèt is non quaſi amici, ſed quaſi domini negotium meum geſſerit, reuera tamen & gerendi negotij mei affectum habuit, & geſſit, & is ego ſum quem ille ſibi obligare potuit, vt & in *leg. atquin 29. §. ſi libero vbi dixi ſupr. eod.* Eſt autem hìc locus ſummè notandus contra pragmaticos noſtri temporis qui actionem de in rem verſo inducunt, paſſim etiam inter liberas perſonas, nec aliud exigunt, niſi vt probetur pecunia vnius in rem alterius verſa. Cùm tamen illud potiſſimum & ante omnia requiratur vt agatur ex contractu filijfamilias vel ſerui contra patrem, vel dominum.

a *Quæ deſinit competere ſi creditori eius ſit ſoluta.* Creditorem intellige hominis liberi bona fide mihi ſeruientis. Nam cùm hic liber homo bona fide mihi ſeruiret, nec reuera ſeruus eſſet, potuit habere proprios creditores, etiam eos quos ſic contraxit quaſi futuri eſſent mei. Quid ergo ſi mutua centum acceperit à Titio vt ſolueret Sempronio, cui tantundem debebat? Nullam Titius habebit contra negotiorum geſtorum actionem, quia non negotium meum geſtum eſt ſed liberi hominis, cuius creditor Sempronius fuit non meus.

Ratio dubitandi. Fuit hoc caſu mutuo data pecunia à Titio, quaſi negotium meum gereret liber homo qui bona fide mihi ſeruiebat, nec tam liberi hominis quàm meam perſonam Titius inſpexit, cum mutuã pecuniam dedit, alioqui fortaſſe non daturus ſi liberum hominem ſciuiſſet. Ergo quamuis ea pecunia in rem meam verſa non ſit, non eò minùs danda eſt contra me negotiorum geſtorum actio, ſicut & ſi ſine culpa Titij deperdita fuiſſet, *d. l. ſeruus 17. de in rem verſ. l. liberto 31. ſupr. hoc tit. l. vlt. de exercit. act.*

Ratio decidendi. Licèt negotium mea contemplatione geſtum ſit, & quaſi meum, tamen cùm ipſo geſtu alij ſit acquiſitum non poteſt meum negotium videri, *leg. ſi pupilli. 6. §. quid ergo. ſupr. h. t.* Nec igitur contra me poteſt dari actio negotiorum geſtorum ob acceptam mutuam pecuniam, quæ me ignorante ſoluta ſit alieno creditori non meo, tametſi is qui mutuam dedit eum creditorem meum eſſe putauerit, cùm hæc negotiorum geſtorum actio non niſi ei negotio ipſo geſto naſcatur, *leg. 3. §. hæc autem actio ſupr. eod.*

37. IDEM lib. 1. Sententiarum.

Litis conteſtatæ tempore quæri ſolet, an pupillus, cuius ſine tutoris auctoritate negotia geſta ſunt, locupletior ſit ex ea re factus, cuius patitur actionem.

Ad l. Litis conteſtatæ. 37.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum geſtorum naſcitur ex ipſo negotio geſto, vt proximè dicebamus ex *l. 3. §. hæc autem actio. ſupr. hoc tit.* Ergo cum pupilli negotia ſine tutoris auctoritate geſta ſunt & quæritur an pupillus locupletior factus ſit vt conueniri poſſit actione negotiorum geſtorum, tempus geſtionis inſpiciendum eſt non litis conteſtatæ, ne alioqui actio ſemel quæſita contra pupillum locupletiorem ab initio factum ex poſt facto adimatur geſtori ob id ſolùm quòd pupillus poſtmodum locupletior factus eſſe deſierit: quod ſanè abſurdum eſſet, *l. quiſta 16. §. ſi ſeruus, verſ. & quam actionem de euict. l. Granius 17. §. pen. de fideiuſſ.*

Ratio decid. Pupillus ſine tutoris auctoritate obligari non poteſt neque ex contractu neque ex quaſi contractu, niſi quatenus locupletior factus reperitur, eo tempore quo contra eum actio poſtulatur. Reſcriptum enim Diui Pij, quo primùm inductum fuit vt pupillus locupletior factus poſſit conueniri, non de obligatione ſed de actione locutum eſt, data nimirum actione in pupillum locupletiorem factum, *leg. 3. §. pupillus leg. 6. in princip. ſupr. hoc tit.* Atqui de actione danda tractari non poteſt niſi tempore litis conteſtatæ, quia is iudiciorum ritus eſt, vt lite demum conteſtata actionem formulam & iudicem à prætore aliòve magiſtratu dari oporteat. Ergo tempus litis conteſtatæ præcisè ſpectandum eſt vel ex mente Diui Pij qui primus contra pupillos hoc ius induxit. Obligatur quidem pupillus ex quo die locupletior factus eſt, ſed naturaliter non ciuiliter, *l. naturaliter 13. §. vlt. & l. ſeq. de condict. indeb.* ideòque nec poteſt conueniri ſi reſcriptum D. Pij non interueniſſet. Poſt reſcriptum D. Pij obligatur ex vtili negotiorum geſtione, nec ſolùm naturaliter, ſed etiam efficaciter, non tamen ciuiliter, vt actione aliqua ciuili poſſit conueniri, ſed iure prætorio hactenus vt negotiorum geſtorum actione quæ prætoria eſt conueniendus ſit, ſed non omnimodo, at cum illa diſtinctione ſi litis quoque conteſtatæ, tempore locupletior factus inueniatur: vt qualitas iuncta verbo intelligatur ſecundùm tempus verbi, quemadmodum ſolent noſtri vulgari brocardico iactare, ex *lege 5. §. ſi extraneus de noxal. action.* Simile de minore ſcriptum eſt, in *leg. ſi minor. 34. de minorib.*

1 ¶ Si pecuniæ quis negotium gerat: vſuras quoque præſtare cogitur, & periculum eorum nominum, quæ ipſe contraxit [a]: niſi fortuitis caſibus debitores ita ſuas fortunas miſerunt, vt tempore litis ex ea actione conteſtatæ [b] ſoluendo non eſſent.

Ad §. 1. Si pecunia.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. atquin natura 19. §. penult. & ad l. liberto 31. §. qui aliena. ſup. h. t.* Iunge *l. ſi mater 24. & in l. bonæ fidei 13. C. de vſur.*

a *Et periculum eorum nominum quæ ipſe contraxit.* Ratio dubitandi. Ad eum cuius negotia geſta ſunt pertinet cõmodum nominum, quæ contraxit geſtor: ergo & ad eum debet pertinere incommodum ac periculum, ex reg. *l. ſecundùm naturam 10. de reg. iur.*

Ratio dec. Periculum nominum pertinet ad creditorem tanquam ad dominum, *l. pupilli 9. ſoror. de ſolut. l. cùm ea 68. §. 1. de euict. l. pericul. 30. de pign.* Atqui negotiorum geſtor, qui nomina contraxit, eſt ipſe creditor & dominus, non is cuius negotia geſta ſunt. Nec enim negotiorum geſtor eos quibuſcum contrahit, obligat ei, cuius ſunt negotia, ſed ſibi: quamuis actione negotiorum geſtorum teneatur actiones ſuas præſtare, ſicuti teneretur præſtare actione mandati ſi mandatum interceſſiſſet, *l. poſſeſſio 49. in fin. de acquir. vel amit. poſſ.* Neque ſimilis eſt ratio commodi & incommodi hac parte. Nam commodum nominum à geſtore contractorum, æquum eſt pertinere ad eum cuius negotia geſta ſunt: quia ei prodeſſe geſtor voluit. Periculum verò ad geſtorem, quia non poſſunt fieri deteriora citra ipſius culpam cum potuerit ipſe & debuerit exigere, non dominus negotiorum qui nullam habere potuit actionem, *leg. periculum 35. de reb. credit.* tuoct. *l. tutores 39. in princip. de admin. tutor.* Niſi fortuitis caſibus debitores ita ſuas fortunas amiſerunt, vt tempore litis ex ea actione conteſtatæ ſoluendo non eſſent, vt ſequitur in textu. Non enim ſicut geſtor tenetur de culpa ita etiam de caſu fortuito, excepto caſu, *l. ſi negotia 11. ſupr. hoc tit.* quia nemo debet futuros caſus & fortunam alteri præſtare, *l. 1. §.*

ſi

ſi magiſtratus de mag. conuen. l. qua fortuitis 6. C. de pign. act. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.

b *Tempore litis ex ea actione conteſtata.* Intellige niſi culpa præceſſerit caſum fortuitum. Nam ſi culpam geſtor contraxerit in eo quod tardiùs egit, litémque conteſtatus eſt quàm debuit, non eò magis liberari debebit à præſtando periculo nominis, quod poſtea fortuito aliquo caſu ſuperueniente debitores fortunas ſuas amiſerunt. Semper enim caſus præſtatur ab eo, cuius culpa præceſſit caſum, *d. l. ſi negotia 11. & l. debitor 13. ſup. hoc t.* Itaque quod hîc dicitur, *litis conteſtata* ſic intelligi debet, acſi ſcriptum eſſet *litis conteſtandæ.* Vt pro eodem ſolemus dicere, *rei iudicatæ, & rei iudicandæ.*

2 ¶ Patet, ſi emancipati filij res à ſe donatas adminiſtrauit, filio actione negotiorum geſtorum tenetur.

Ad §. 2. Pater.

Ratio dubitandi. Nemo ex liberrate ſua periclitari debet, *l. ne liberalitate 50. de re iud.* Atqui res quas adminiſtrauit pater fuerant ab eo donatæ filio emancipato, vt Paulus ponit. Ergo non eſt æquum, vt ob eas res & donatas & adminiſtratas pater filio teneatur actione negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Res à patre donatæ & traditæ filio emancipato ſunt filij, cùm neque vinculum poteſtatis neque aliud quicquam impediat validitatem donationis, *leg. ſiue emancipatis 17. C. de donat. leg. 1. C. de inoff. donat.* Ergo ſi pater eas res adminiſtrauerit, periode teneri debet filio actione negotiorum geſtorum, ac ſi alias res quaſlibet adminiſtraſſet, cùm inter patrem & filium emancipatum perinde ciuilis obligatio & actio conſiſtat, ac inter quoſlibet extraneos. Nam & emancipatos pro extraneo eſt, *lege quin etiam 55. in fin. de ritu nuptiar.* Neque nouum eſt, vt beneficium emancipationis patri ſit onerosum, cùm imputare ſibi debeat pater qui filium emancipando eique donando dedit ei aduerſus ſe agendi poteſtatem, *leg. filio 7. vt legat. nom. caueat.* Nec tamen hîc conuenitur ex donatione & liberalitate, ſed ex ſua geſtione, quamuis ſi neque emancipaſſet, neque donaſſet, hodie non conueniretur.

38. TRYPHONINUS lib. 2. Diſputationum.

QVi ſine vſuris pecuniam debebat, creditoris ſui geſſit negotia: quæſitum eſt, an negotiorum geſtorum actione ſummæ illius vſuras præſtare debeat, vt dixi, ſi à ſemetipſo exigere eum oportuit, debiturum vſuras [c]? quòd ſi dies ſoluendæ pecuniæ [d] tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, vſuras non debiturum ſed die præterito, ſi non intulit rationibus creditoris [e], cuius negotia gerebat, eam pecuniam à ſe debitam: meritò vſuras bonæ fidei iudicio præſtaturum. Sed quas vſuras debebit, videamus: vtrùm eas, quibus aliis idem creditor fœneraſſet: an & maximas vſuras [f]: quoniam vbi quis eius pecuniam, cuius tutelam, negotiáve, adminiſtrat, aut magiſtratus municipij publicam in vſus ſuos conuertit: maximas vſuras præſtat, vt eſt conſtitutum à Diuis Principibus. Sed iſtius diuerſa cauſa eſt, qui non ſibi ſumpſit ex adminiſtratione nummos, ſed ab amico accepit, & ante negotiorum adminiſtrationem, nam illi, de quibus conſtitutum eſt: cùm gratuitam, certè integram, & abſtinentem omni lucro præſtare fidem deberent: licentia, qua videntur abuti, maximis vſuris, vice cuiuſdam pœnæ, ſubiiciuntur: hic bona ratione accepit ab alio mutuum: & vſuris, quia non ſoluit: non quia ex negotiis, quæ gerebat, ad ſe pecuniam tranſtulit, condemnandus eſt. Multum autem refert, incipiat nunc debitum [g], an ante nomen fuerit debitoris [h]: quod ſatis eſt ex non vſurario facere vſurarium.

Ad l. Qui ſine vſuris 38.

c *Debiturum vſuras.* Fit enim debitum ex non vſurario vſurarium, vt dixi ad *l. 6. §. vlt. ſupr. hoc tit.* vbi eadem eſt, ratio dubitandi, & decidendi quæ ad hunc locum.

d *Quòd ſi dies ſoluendæ pecuniæ.* Ratio dubitandi. Quod in die certam deberur etiam ante diem ſolui poteſt, licèt peti non poſſit, *l. ſtipulatio iſta 38. inter incertam lege continuus 137. §. cùm ita, de verb. oblig. leg. quod certa die 70. de ſolu.* Niſi dies fuerat adiecta fauore creditoris, vt in *leg. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus. de legat. 2. leg. cum qui 15.* aliàs *l. Iauolenus de ann. legat. l. 3. §. cum Polliduis de vſur.* Atqui negotiorum geſtor nulla indiget actione vt exigat à ſeipſo, quia ſeipſum conuenire poteſt, & debet etiam ſine actione, ſufficitque quòd ſit debitor, *l. 6. §. vlt. ſupr. hoc tit. leg. quaties. 9. §. & generaliter de admin. tutor.* Ergo quamuis debita per geſtorem pecunia non potuerit peti, quia tamen potuit ſolui, non eo minùs dicendum eſt debitum ex non vſurario fieri vſurarium.

Ratio decidendi. Non poteſt imputari geſtori cur à ſeipſo non exegerit eam pecuniam, cuius nomine non potuiſſet à negotiorum domino conueniri. Etſi enim potuit & debuit à ſeipſo exigere ſine actione, prius tamē fuit neceſſe vt actio aliqua contra eum poſſet competere quæ porrò nulla competebat ante diem: Alioqui cogeretur plus ſoluere quàm debebet ſi diem expectare non liceret, cum plus præſtet quàm debeat is qui ante diem ſoluit, *d. l. 15. de ann. legat.*

e *Si non intulit rationibus creditoris.* Intellige niſi iuſtam cauſam habuit non inferendi, quod varius ex cauſis poteſt accidere argum. *leg. ſciendum 21. & ſeqq. infr. de vſur.*

f *An & maximas vſuras.* Ratio dubitandi eſt in textu in verſ. *quoniam vbi quis.*

Ratio decidendi etiam in textu in verſic. *Sed iſtius diuerſa cauſa eſt.* Vſuras autem maximas intellige centeſimas, non ad differentiam legitimarum, (nam & centeſimæ ſunt legitimæ, & cum legitimas ſimpliciter dicunt Iureconſulti centeſimas intelligunt, quibus ſcilicet legitimus vſurarum modus concluditur) ſed ad differentiam earum quæ ſecundum morem aut fœneratoris aut prouinciæ præſtari ſolent, ſiue quincunces, ſiue trientes, ſiue quæ aliæ leuiores, *lege tutor 7. §. pecunia quam in vſus. & §. qua autem ſunt. infr. de adminiſtr. tutor. lege 1. C. de vſur. pupill. l. 3. C. arbitr. tutel.*

g *Incipiat nunc debitum.* Quod contingit cùm quis pecuniam eius cuius tutelam aut negotia adminiſtrat, aut magiſtratus municipij publicam in vſus ſuos conuertit. Tunc enim debitor fieri incipit, qui antea non erat.

h *An ante nomen fuerit debitoris.* Id eſt, An ante adminiſtrationem iam eſſet debitoris, de quo ad vſuras maximas condemnando agitur, quod contingit in propoſita ſpecie, cùm quis bona aliqua ratione mutuam ab alio tanquam ab amico accepit pecuniam, ea indigens ad negotia ſua explicanda, & poſtea eiuſdem amici negotia gerere cœpit. Hic enim priùs fuit debitor quàm geſtor, cæteri è contrario geſtores priùs quàm debitores. Cùm nomen debitoris præceſſit geſtionem ſatis eſt debitum ex non vſurario fieri vſurarium nec grauiore aliqua pœna dignus eſt is qui ab initio non deliquit, quique non alia de cauſa tenetur ad vſuras, quàm quod pecuniam à ſe debitam ſibi ipſi non ſoluent, non autem quòd ex negotiis quæ gerebat pecuniam aliquam ad ſe tranſtulerit. At cùm quis mala ratione incipit fieri debitor, abutendo ſcilicet licentia quam habet tractandi aliena negotia & transferendo ad ſe ex adminiſtratione alienam pecuniam, dignus ſanè eſt, qui maximis vſuris vice cuiuſdam pœnæ ſubiiciatur, vt lex ait. Ergo de maximis & centeſimis vſuris accipi debet, quod de ſocio & procuratore ad vſuras pecuniæ quam in vſus ſuos conuertit condemnando ſcriptum eſt, in *l. 1. §. 1. de vſur. Idémque* 10. *§. ſi procurator mand.* Nam iſti proculdubio pertinent ad conſtitutiones quibus cautum eſt vt quoties quis pecuniam eius cuius negotia adminiſtrat in vſus ſuos conuertit maximas vſuras præſtare debeat. Nec minùs iſti quàm tutores fidem & gratuitam & integram, id eſt, omni lucro abſtinentem præſtandam habent, perindéque abutuntur, licentia quam præbet iis adminiſtratio, quoties aut ſumit procurator ex adminiſtratione pecuniam, aut ſocius pecuniam communem inuadit, vt eam in ſuos vſus conuertat ſine conſenſu ſociorũ. Denique in ipſo etiam geſtore idem erit, ſi ponas eum, tempore geſtionis ſumpſiſſe pecuniam ex negotiis quæ gerebat, eámque in ſuos vſus conuertiſſe.

39. GAIVS lib. 3. de Verborum Obligationibus.

SOluendo quiſque pro alio, licèt inuito, & ignorante, liberat eum: quod autem alicui debetur, alius ſine voluntate eius non poteſt iure exigere: naturalis enim, ſimul & ciuilis ratio ſuaſit, alienam condemnationem meliorem quidem etiam ignorantis, & inuiti nos facere poſſe: deteriorem non poſſe.

Ad l. ſoluendo 39.

Ratio dubitandi. Inuito beneficium non datur, *l. inuito 69. de reg. iur. l. hoc iure 19. §. non poteſt. de donat.* Atqui beneficium eſt & quidem maximum vt quis ab obligatione liberetur, quia fit locupletior qui conſequitur liberationem, *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* éſtque illa ſpecies acquiſitionis, *l. ſpecies* 11. *de acceptil.* Ergo non poteſt quis inuitus ab alio liberari, imò nec ignorans, quia nihil tam naturale eſt quàm eo modo diſſolui obligationes quo fuerunt contractæ, *l. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de ſolut.* Atqui nemo ignorans obligatur, ſiue re, ſiue conſenſu, ſiue verbis, ſiue literis obligatio contrahatur, *l. quæcunq; ger.* 11. *de obl. & act.* niſi ſi quando actio ex re venit, vt in *l. ſi à furioſo* 24. *l. furioſus* 46. *eod.*

Ratio decidendi. Liberatio fauorabiliſſima eſt, *l. Arrianus* 47. *eod.* vtpote quæ ciui Romano ſuam quodammodo libertatem plenam reſtituit, quæ per obligationis vinculum quodammodo reſtricta, & imminuta videbatur. Tota enim obligationis poteſtas æſtimatur ex perſona creditoris, cuius porrò nihil intereſt diſſolui obligationem ſtatim atque accepit ille quod ei debebatur, ſiue ab ipſo debitore, ſiue ab alio quolibet ipſius debitoris nomine acceperit. Et quemadmodum in obligatione contrahenda potiſſimum ſpectanda eſt voluntas eius qui obligatur, quia eius maximè intereſt, vt vel nullo modo vel leuiùs obligetur. Ita è contrario in diſſoluenda obligatione non tam voluntas debitoris exquirenda eſt, quàm creditoris, cuius ſolius intereſt obligationem non diſſolui. Proinde ſi conſentiat diſſolutioni faciendo id per quod neceſſe ſit extingui obligationem ipſo iure, id eſt, accipiendo ſolutionem (qui verus & naturalis modus eſt obligationem omnium diſſoluendarum, vt ex ipſa obligationis definitione apparet, & ex *l. penult. de ſolut.*) nihil vetat obligationem extingui non ſolùm ignorante; ſed etiam inuito debitore, *l. ſolut.* 13. *eod.* Non eſt igitur hac parte bona comparatio contrahendæ & diſſoluendæ obligationis. Ignorantem aut inuitum obligare non poſſumus, at liberare poſſumus. Pro ignorante aut inuito debitum exigere non poſſumus, *l. 6. §. vlt. ſupr. l. naturalis 5. §. ſed ſi facio. de præſcript. verb.* at ſoluere quod ille debet, poſſumus: quia vt hic eleganter Caius ait naturalis ſimul & ciuilis ratio ſuaſit, alienam conditionem, meliorem quidem etiam ignorantis & inuiti nos facere poſſe, deteriorem non poſſe, *l. 2. quod vi aut clam. l. vlt. de vſu & habit. l. melior* 133. *de reg. iur.* Nempe quia vt alibi iam ſcripſimus beneficio affici hominem intereſt hominis, *l. ſeruus. 7. de ſeru. export.* E contrario autem homini hominem inſidiari & nocere nefas eſt, cùm ea ratione violetur cognatio quam inter homines natura conſtituit, *l. 3. de iuſtit. & iur.*

40. PAVLVS lib. 10. ad Sabinum.

SI communes ædes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cauero: dicendum eſt, quod præſtitero negotiorum geſtorum actione potiùs, quàm communi diuidundo iudicio, poſſe me petere: qui potui partem meam ita defendere, vt ſocij partem defendere non cogerer.

Ad l. Si communes 40.

Ratio dubitandi. Cùm ob ædes communes vnus ex ſociis cauit damni infecti nomine etiam pro parte ſocij, non tam ſocij quàm ſuum & commune negotium geſſiſſe intelligitur, & partem ſocij defendiſſe, vt ſuam defenderet. Denique propter ſuam partem cauſam habuit gerendi, quo caſu certum eſt negotiorum geſtorum actionem competere non poſſe, ſed vel familiæ erciſcundæ inter cohæredes, vel communi diuidundo inter alios condiuiſores, *l. heredes 25. §. non tantùm famil. erc.* Ergo dicendum eſt actionem communi diuidundo competere potiùs quàm negotiorum geſtorum.

Ratio decidendi. Potuit ſocios, qui de damno infecto cauit ſuam partem ita defendere, vt tamen ſocij partem defendere non cogeretur. Eo námque caſu quo

partem

partem ſocij non defendiſſet, potuiſſet aduerſarius mitti in poſſeſſionem partis quæ non defenderetur. Quoties enim plures domini ſunt vitioſarum ædium, pro ſua quiſque tantùm parte promittere debet ne ſinguli in ſolidum obligentur, *l. plures* 27. *leg. ex damni* 40. *§. pen. de damn. infect.* Ergo hoc caſu actio negotiorum geſtorum competit non communi diuidundo, *l. ſi quis putans* 6. *§. fine autem verſ. cæterum commun. diuid. l. liberto* 31. *§. vlt. ſup. hoc tit. l. ab vno harede* 19. *C. eod.*

41. Idem lib. 30. ad Edictum.

QVi ſeruum meum, me ignorante, vel abſente, in noxali cauſa defenderit: negotiorum geſtorum in ſolidum mecum, non de peculio aget.

Ad l. Qui ſeruum. 41.

Ratio dubitandi. Qui ſeruum meum me ignorante vel abſente in noxali cauſa defenderit, is non niſi ob ſerui mei perſonam habet contra me actionem, ergo non debet actionem aliam habere quàm de peculio, quæ ſolet contra dominum competere quoties conuenitur ex facto ſerui, *tot. tit. De pecun.*

Ratio decidendi. Teneor quidem hoc caſu ob perſonam ſerui mei, ſed non ex ipſius contractu, at ex quaſi contractu illius qui ſeruum meum defendit, in eóque negotia mea geſſit: is verò quaſi contractus non cum ſeruo meo initus eſt, ſed mecum: ergo in ſolidum teneri debeo, & actione negotiorum geſtorum, non de peculio: nam & negotium verſatur circa perſonam ipſius ſerui, qui ipſe in ſuo peculio eſſe non poteſt, *leg. Stichus* 16. *§. vlt. de pecul. legat.* Actio autem de peculio non competit niſi de re peculiari aut ex facto, id eſt, contractu vel quaſi contractu eius qui peculium habuit, vt in *l. ſeq.*

42. Idem lib. 32. ad Edictum.

SI ſerui mei rogatu negotia mea ſuſceperis: ſi duntaxat admonitus à ſeruo meo id feceris, erit inter nos negotiorum geſtorum actio: ſi verò quaſi mandatu ſerui: etiam de peculio, & de in rem verſo agere te poſſe reſponſum eſt.

Ad l. Si ſerui. 42.

Ratio dubitandi. Rogare mandare eſt. Nam qui rogatus aliquid facit, fidem eius ſpectare videtur qui rogauit, *l. rogat.* 33. *infr. mand.* Ergo ſi ſerui mei rogatu negotia mea ſuſceperis, non quidem mandati actio eſſe poteſt neque contra ſeruum meum, qui ſcilicet mandati obligari non potuit, neque contra me qui non mandaui, ſed perinde danda tibi eſt contra me actio de peculio & de in rem verſo, ac ſi tu mandatum ſerui ſecutus eſſes, vt ſcriptum eſt in ſecunda parte legis.

Ratio decidendi. Multum intereſt quo animo quis roget an mandandi, an verò duntaxat admonendi. Priore caſu nihil intereſt an rogauerit quis an mandauerit, & quæ actio competeret ex mandato ſiue contra mandantem ſiue contra dominum mandantis, eadem competit ex rogitu ſiue contra rogantem ipſum ſiue contra dominum rogantis. Poſteriore verò caſu non habetur rogitus & admonitio pro mandato, quia qui non animo procuratoris interuenit: ſed affectionem amicalem promiſit (ſic enim lego *non promiſit*) in monendis procuratoribus & actoribus & in regendia conſilio, is mandati nunquam tenetur, *leg. idémque.* 10. *§. ſi quis ea mandat.* Erit ergo hoc caſu inter te & me negotiorum geſtorum actio non mandati, non de peculio nec de in rem verſo, quæ duæ competerent ex mandato & contractu ſerui mei, ſi eo mandante tu negotia mea ſuſcepiſſes.

43. Labeo libro 6. Poſteriorum Epitomarum à Iauoleno.

CVm pecuniam eius nomine ſolueres, qui tibi nihil mandauerat: negotiorum geſtorum actio tibi competit: cùm ea ſolutione debitor à creditore liberatus ſit: niſi ſi quid debitoris intereſt [a], eam pecuniam non ſolui.

Ad l. Cùm pecuniam. 43.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. ſoluendo* 39. *ſupr. hoc tit.* Vtraque expreſſa eſt verbis legis, dubitandi quidem illis *quibus nihil mandauerat*, decidendi verò iſtis, *cùm ea ſolutione debitor à creditore liberatus ſit.* Quæ tamen ratio non videtur ſatis bona, ſiquidem etiam is qui ſoluit pro inuito eam liberat. *d. l.* 39. nec ideo tamen habet contra ipſum actionem negotiorum geſtorum, *l. vlt. C. hoc tit. l. ſi pro te.* 40. *infr. mandat.* Sed dicendum eſt bonam eſſe rationem contra ignorantem non etiam contra inuitum, quia prohibitio facit vt qui prohibitus ſoluit, donandi animum habuiſſe videatur, quod non ſimiliter dici poteſt de eo qui ſoluit pro ignorante, *d. l. vlt.* ſimilis ratio eſt, in *leg. vlt. in fin. infr. eod.*

a *Niſi ſi quid debitoris intereſt.* Ratio dubitandi. Intereſt ſemper debitoris vt eius nomine ſoluatur pecunia quam debet cùm per eam ſolutionem liberetur, vt proximè diximus, intereſt autem debitoris cuiuſlibet vt liberetur, quandoquidem ſpecies acquiſitionis eſt ab obligatione liberari, *l. ſi pupilli.* 66. *in fin. de ſolut. leg. ſpecies.* 11. *de acceptil.*

Ratio decidendi. Intereſt quidem debitoris ſolui debitum ipſius nomine propter liberationem. ſed poteſt etiam fieri vt magis intereſt non ſolui, putà ſi quid viciſſim ei debebatur naturaliter tantùm, quod compenſare potuit quamuis petere non potuiſſet. *lege etiam.* 6. *de compenſat.* aut ſi propter expenſas poterat habere retentionem rei debitæ, non etiam actionem, vt in *leg. heres. ad SC. Trebell.* Proinde his caſibus non poteſt videri debitoris negotia vtiliter geſſiſſe is qui ei ademit compenſandi aut aliter retinendi debiti facultatem.

44. Vlpianvs lib. 6. Diſputationum.

IS qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit, vel ſuſpectos tutores poſtulauit: nullam aduerſus eos habet actionem ſecundùm diui Seueri conſtitutionem.

Ad l. Is qui 44.

Ratio dubitandi. Etiam is qui ex neceſſitate aut neceſſitatis ſuſpicione aliena gerit negotia, nihilominus actione negotiorum geſtorum & experiri & conueniri poteſt, *l.3.§.pen.ſup. hoc tit.* Atqui bono viro nulla maior neceſſitas eſt quàm officij amico præſtandi & pietatis omnibus quibus debetur exhibendæ. Non igitur eo minùs debet quis habere negotiorum geſtorum actionem, quòd amicitia ductus paterna pupillo tutorem petierit, aut ſuſpectos tutores poſtulauerit, ſi quid ex ea cauſa, quod fieri neceſſe eſt, impenderit, ne alioqui paulatim dici incipiat nullo ferè caſu poſſe actionem negotiorum geſtorum competere cùm pro iis, & contra eos potiſſimùm comparata ſit, qui abſentis amicitia ducti ad gerenda eius negotia accedunt, *l.1.& 2.ſup.*

Ratio decidendi. Is qui amicitia ductus paterna pupillo tutores petiit, aut tutores ſuſpectos poſtulauit, non tam pupilli vtilitatem primo intuitu ante oculos habuiſſe videtur, quàm amicitiæ paternæ rationem, adeóque non videtur habuiſſe animum pupilli ſibi obligandi, non magis quàm qui hæc ipſa facit vt pietatis munere fungatur, quæ cauſa non admittit negotiorum geſtorum actionem, vt dixi ad *l.34.ſupr. ex l.1.C. eod.* vbi additur, nec ſi quis pro affectione domeſtica ſumptus aliquos fecerit, eos tamen repetere vlla ratione poſſe. Non quælibet affectio geſtoris excludit actionem negotiorum geſtorum, ſed domeſtica tantùm, aut quæ ab alio cauſam habet quàm ab eo cuius negotia geruntur, *l.6.§.ſed ſi ego, ſupr. eod.*

45. Ioan lib.4. Opinionum.

QVæ vtiliter in negotia alicuius erogantur, in quibus eſt etiam ſumptus honeſtè a ad honores per gradus b pertinentes factus, actione negotiorum geſtorum peti poſſunt.

Ad l. Quæ vtiliter. 45.

Rat.dub. Dignitates omnes & honores onus aliquod admixtum habent, *l.1.§ ſed an id quod dign. de collat. bon.* nec minor oneris plerunque quàm honoris æſtimatio eſt apud probos & æquos rerum æſtimatores. Ergo non vtiliter alterius negotia gerit is, qui ſumptus facit etiam honeſtè ad honores per gradus pertinentes. Adeò vt ex hac cauſa donatio etiam inter coniuges permittatur, *leg. quod adipiſcendæ. 40. cum duab. ſeqq. De donat. int. vir. & vxor.* Non quia pauperior non fiat, qui huiuſmodi ſumptus erogat, ſed quia locupletior non fit is pro quo erogantur, cæ autem donationes demum inter coniuges improbantur, quæ & donatarium locupletiorem faciunt, & donatorem pauperiorem, *l. ſi ſponſus. 5. §. conceſſa. eod. titul.*

Rat.dec. Non fit quidem locupletior qui dignitatem & honorem conſequitur, quia dignitates nummario pretio non ſunt æſtimandæ, ſed non eo minùs verum eſt vtiliter geri negotia eius qui alienis ſumptibus honeſtè factis ad honores promouetur, ſcilicet ſi modo is ſit qui onera dignitatis ſuſtinere poſſit. Sic enim hic locus debet intelligi, alioqui non eſt ſapientis hominis eam ſibi perſonam imponere quam non perſarte.

a *Sumptus honeſtè.* Id eſt, ſine ambitione & corruptione. Si quis enim alteri emat dignitatem quæ in republica non ſit pœnalis, dignus non eſt cui pro tam improbo facto per actionem negotiorum geſtorum ſuccurratur. Etſi enim ambitioſè quoque & improbè facit qui talem dignitatem ſibi retinet, tamen in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis, *l.3.& 4. De condict. ob turp. cauſ.*

b *Per gradus.* Non enim honeſtè promouetur, qui per ſaltum promouetur, *toto titulo extra de cleric. per ſalt. promot.* Vnde & proceſſus dicitur qui fit in honoribus, quia gradatim procedendum eſt, non ſaltandum, *l. nam & imperator. 41. de donat. int. vir. & vxor.*

1 ¶ Qui purè teſtamento libertatem acceperunt, actus, quem viuentibus dominis adminiſtrauerunt, rationem reddere non compelluntur.

Ad §.1. Qui purè.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ, ad *l. cum actum. 17.* vbi dixi ſupr. hoc tit.

2 ¶ Titius pecuniam creditoribus hæreditariis ſoluit, exiſtimans ſororem ſuam defuncto hæredem teſtamento extitiſſe, quamuis animo gerendi ſororis negotia id feciſſet: veritate tamen filiorum defuncti, qui ſui hæredes patri, ſublato teſtamento erant, geſſiſſet: quia æquum eſt in damno eum non verſari, actione negotiorum geſtorum, id eum petere placuit.

Ad §.2. Titius.

R. dub. Titius qui pecuniam creditoribus hæreditariis ſoluit exiſtimans ſororem ſuam defuncto hæredem teſtamento extitiſſe, id fecit animo gerendi negotia ſororis, non autem filiorum defuncti qui hæredes re vera fuerunt. Ergo non debet habere actionem negotiorum geſtorum contra defuncti filios de quibus ſibi obligandis nunquam cogitauit.

Rat.dec. Voluit Titius ſibi obligare verum hæredem cùm ſoluit debitum hæreditarium. Et reuera geſſit negotium filiorum defuncti quamuis lapſus ſit in perſona hæredis. Igitur non eo minùs debet habere negotiorum geſtorum actionem, *l. in hoc iudicium. 14. §.1. in fin. l. ſi quis cum. 29. infr. commun. diuid.* quæ ſcilicet naſcitur ex negotio geſto, *l.3.§. hac autem actio. ſup. hoc tit.* & ex æquitate. Æquum enim non eſt Titium in damno verſari, & defuncti filios ex eius iactura locupletari, *leg. nam hoc natura. 14. de condict. indeb.* Moraretur autem in damno Titius, ſi non haberet huiuſmodi actionem, quia repetitionem eius quod dedit, habere non poteſt, cùm repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit, licèt alius ſoluerit, quàm qui debuit, *l. repetitio. 44. de condict. indeb.* Atqui, inquies, filij defuncti quos poſtea veros hæredes eſſe apparuit, non fuerunt ipſo iure liberati, cùm eorum nomine ſolutio facta non ſit. Nam quod dici ſolet, etiam pro ignorante & inuito facta ſolutione liberationem contingere, *leg. ſoluendo. 39. ſupr. eod.* tunc verum eſt cùm eius nomine ſolutio facta fuit. Sed reſpondendum eſt, non eo minùs competere filiis defuncti, iiſdémque veris hæredibus exceptionem doli ſi à creditore qui ſuum recepit, conueniantur, quæ res ſufficit ad inducendam negotiorum geſtorum actionem, *leg. de qua re. 74. §. cùm abſentem. de iud.* Perinde namque geſtum eſt vtiliter negotium de-

bitoris

bitoria cùm ei acquiſita eſt exceptio atque ſi ipſo iure liberatus eſſet, cùm in effectu nihil interſit an quis liberetur ipſo iure an per exceptionem, *leg. nihil intereſt. 42. de reg. iur.*

46. Africanvs lib. 7. Quæſtionum.

MAndaſti filio meo, vt tibi fundum emeret. Quod cùm cognouiſſem ipſe eum tibi emi, puto referre, qua mente emerim. Nam propter ea, quæ tibi neceſſaria eſſe ſcirem, & te eius voluntatis eſſe, vt emptum habere velles: agemus inter nos negotiorum geſtorum: ſicut ageremus, ſi aut nullum omnino mandatum interceſſiſſet: aut Titio mandaſſes, & ego quia per me commodius negotium poſſim conficere, emiſſem. Si verò propter ea emerim, ne filius mandati iudicio teneatur: magis eſt, vt ex perſona eius & ego tecum mandati agere poſſim, & tu mecum actionem habeas de peculio: quia & ſi Titius id mandatum ſuſcepiſſet: & ne eo nomine teneretur, ego emiſſem: agerem cum Titio negotiorum geſtorum: & ille tecum, & tu cum illo mandati. Idem eſt, & ſi filio meo mandaueris vt pro te fideiuſſerim.

Ad l. Mandaſti. 46.

Ratio dubitandi. Mandatum hoc caſu interceſſit, nec niſi cognito mandato tuo emi tibi ſundum quem filio meo mandaueras, vt emeret: Atqui cùm mandatum intercedit, negotiorum geſtorum actio locum habere non poteſt, *leg. item ſi 5. ſupra. hoc tit. leg. ex mandato* 20. §. 1. *mandat.* Ergo negotiorum geſtorum actio hic locum non habet.

Ratio decidendi. Mandatum interueniens impedit actionem negotiorum geſtorum quoties negotia geſta ſunt, vel ab eo ipſo cui mandatum fuit, vel ſaltem contemplatione mandati, *leg. licet* 42. §. *ea obligatio, ſuprà de procurat.* At in propoſito caſu neque mandatum mihi fuit, ſed filio meo, neque contemplatione mandati à filio meo ſuſcepti ſeruum tibi emi, ſed propterea quòd eum tibi neceſſarium eſſe ſcirem (ſic enim lego non vt vulgo *propter ea quæ tibi neceſſaria*) & te eius voluntatis eſſe vt emptum habere velles. Eadem igitur actio inter nos competere debet, quæ competeret ſi aut nullum omnino mandatum interceſſiſſet, aut Titio mandaſſes, & ego, quia commodius per me negotium poſſim conficere, emiſſem: quibus caſibus nemo diceret competituram actionem mandati. Cùm priore quidem caſu mandatum nullum interceſſerit, poſteriore verò interceſſerit quidem, ſed nihil contemplatione mandati geſtum fuerit. Ceſſante igitur actione mandati, neceſſaria eſt negotiorum geſtorum actio.

a *Si verò propterea emerim ne filius mandati iudicio teneatur.* Confirmat hic verſic. quod proximè monuimus legendum eſſe in præcedentibus, *propterea quòd* non *propter ea, quæ.* Vt alibi oſtendimus ſcriptum eſſe *quod* pro *quæ* contrario errore in *l. 3. ſup. de iuriſdict.*

Ratiò dubitandi. Filio meo mandaueras non mihi, vt fundum tibi emeret. Ergo mihi contra te actio mandati competere non poteſt. Nec enim ea obligatio, aut actio naſcitur niſi inter mandantem & procuratorem, *d. l. licèt 42. §. ea obligatio. ſup. de procur.*

Ratio decidendi. Hæc actio mandati competit mihi non ex mea, ſed ex filij mei perſona, quia nihil tua intereſt: quis mandatum tuum impleuerit, an ego, an filius meus, *l. ſi verò non remunerandi 18. §. ſi filiofamilias, infrà, mandat.*

b *Et tu mecum actionem habeas de peculio.* Ratio dubitandi. Habeo contra te actionem mandati contrariam in ſolidum, quamvis non niſi ex filij mei perſona. Ergo è contrario debes habere contra me directam in ſolidum, vt eadem ſit ratio nec minor poteſtas directæ actionis, & contrariæ.

Ratio decidendi. Non eadem eſt hoc caſu directæ & contrariæ actionis concedendæ ratio, quoniam directa actio in ſolidum competere aduerſus alium non poteſt, quàm eum cui mandatum fuit. Proinde ſi filio meo non mihi mandatum ſit, non poteſt dari actio in ſolidum niſi contra filium meum, contra me verò de peculio tantùm dari debet quia non datur niſi ex filij mei perſona: Et mea valde intereſt vt de peculio duntaxat, potiùs quàm in ſolidum tenear: At contraria licet perinde ex filij mei perſona mihi competat, competit tamen in ſolidum, quia nihil intereſt tua an filio meo an mihi in ſolidum tenearis, cùm ego id feci, quod ſi filius meus feciſſet, obligatum te in ſolidum haberet, *d. l. ſi verò 12. §. ſi filiofamilias, infrà mandat.*

c *Quæ etſi Titius id mandatum ſuſcepiſſet.* Ratio dubitandi. Hic caſus videtur omnino diſſimilis ſuperiori. Nam in ſuperiore non datur mihi actio negotiorum geſtorum contra filium meum, quia nec dari poteſt cùm non magis poſſit agere pater aduerſus filium quam aduerſus ſeipſum, *leg. 4. de iudic. l. ne cum filiofamilias* 16. *de furt.* At in hoc caſu dat mihi Africanus actionem negotiorum geſtorum contra Titium cui mandaueras vt fundum tibi emeret, ſi ego ideo eme ne Titius tibi mandati teneatur. Deinde ſuperiore caſo habeo contra te actionem mandati contrariam, & quidem in ſolidum ex perſona filij mei. In hoc autem caſu non dat mihi Africanus actionem mandati contra te aut tibi contra mè ex perſona Titij, ſed Titio contra te & tibi contra Titium. Ergo non erat quod Africanus hunc caſum cum ſuperiore quaſi ſimilem compararet.

Ratio decidendi. Similitudo in eo eſt, quod vtroque caſu, id eſt, ſiue pro filio meo ſiue pro Titio fundum emerim ne tibi mandati teneatur, actio mandati naſcitur, quamvis aliter atque aliter. Priore namque caſu naſcitur inter te & me ex filij mei perſona. Poſteriore verò inter te & Titium. Priore caſu ita naſcitur inter te & me, vt teneat tibi actione directa de peculio duntaxat, tu verò mihi contraria in ſolidùm: Poſteriore caſu vtraque actio & quæ tibi contra Titium, & quæ Titio contra te competit, in ſolidum datur, quia Titius tenetur tibi mandati ex propria perſona, ego autem non niſi ex perſona filij mei.

d *Idem eſt & ſi filio meo mandaueris vt pro te fideiuſſerim.*) Legendum eſt *&* non *vt.* Senſus enim eſt, ſi filio meo mandaueris vt pro te fideiubeat, & ego pro te fideiuſſerim, & poſtea quæratur quænam actio mihi competat, eandem adhibendam eſſe diſtinctionem, vtrum fideiuſſerim pro te animo duntaxat gerendi negotij tui, an ideo potius ne filius meus tibi actione mandati teneatur, vt priore caſu habeam contra te negotiorum geſtorum actionem perinde ac ſi mandatum nullum interceſſiſſet. Poſteriore verò tenearis mihi actione mandati contraria in ſolidum, ego verò tibi directa de peculio.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad ſpeciem præcedentem.

1 Si proponatur te Titio mandaſſe, vt pro te fideiuberet: méque, quòd is aliqua de cauſa impediretur, quo minùs fideiuberet, liberandæ fidei eius cauſa fideiuſſiſſe: negotiorum geſtorum mihi competit actio.

Ad §. 1. Si proponatur.

Ratio dubitandi. Cùm Titio mandaſti vt pro te fideiuberet, & ego pro te fideiuſſi liberandæ fidei eius gratia, vtique fideiuſſiſſe videor contemplatione mandati, ne ſcilicet Titius mandati teneatur: Ergo cum Titio quidem actio negotiorum geſtorum competere mihi debet, ſed tecum nulla, quia licèt negotium tuum geſſerim, non tamen geſſi contemplatione tui: ſed Titij: Inter te autem & Titium mutuæ mandati actiones eſſe debent, vt in ſuperioribus huius legis ſpeciebus Africanus reſpondit.

Ratio decidendi. Hic caſus diſſimilis eſt ſuperiori in eo quod proponitur Titius aliqua de cauſa iuſta impeditus quominùs pro te fideiuberet. Inde námque fit, vt quamvis non fideiuſſerit, nihilo tamen magis actione mandati poſſit teneri. Semper enim parcendum eſt ei qui iuſto impedimento fuit impeditus ne faceret quod facere debuit, præſertim cùm agitur mandati ob non impletum mandatum, *leg ſa.e 23. cum duabus ſequentib. infrà, mandat. leg. ſi cum Cornelius 82. de ſolutionibus.* Ergo non poteſt illud dici, me, pro Titio fideiuſſiſſe, ne is mandati teneretur, nec proinde vt Titij negotium gererem; ſed vt tuum, cùm vtique negotium tuum ſit, quoties pro te fideiuſſi & ſolui. Nec quod fideiuſſi vt fidem Titij liberarem, facere poteſt vt negotium Titij, geſſiſſe videar, quia in actione iſta negotiorum geſtorum, negotium intelligimus pecuniarium, & quod pecuniarij commodi æſtimatione vtiliter geſtum dici poſſit. Nec enim dari poteſt actio negotiorum geſtorum, niſi ad id quod intereſt, pecuniariter: vt dicemus ad *leg. ſeq.* Fidei autem liberatio maius quiddam eſt, quàm vt pecuniario commodo aut incommodo æſtimari poſſit, *arg. leg. penult. in fin. de donat.* Cùm igitur in propoſita ſpecie non poſſit mihi competere actio negotiorum geſtorum contra Titium, quia tametſi fidem eius liberare noluerim, nihil tamen eius intereſſuit pecuniariter. Planè conſequens eſt, vt ea actio dari mihi debeat contra te, cuius negotium re vera & vtiliter geſſi, quia ſcil. æquum eſt me in damno non verſari: vt argomentatur Vlpianus in fine legis præcedentis.

47. PAVLVS lib. 2. Sententiarum.

ACtio negotiorum geſtorum illi datur, cuius intereſt hoc iudicio experiri.

1 ¶ Nec refert, directa quis, an vtili actione agat [a], vel conueniatur. [Quia in extraordinariis [b] iudiciis vbi conceptio formularum non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua eſt, maximè cum vtraque actio, eiuſdem poteſtatis eſt, eundémque habet effectum.

Ad l. Actio 47. & §. Nec.

Ratio dubitandi. Intereſt etiam eius qui pro alio inuito ſoluit, vt contra eum habeat actionem negotiorum geſtorum, ſiquidem nullo alio modo poteſt indemnitati ſuæ proſpicere. Et tamen non habet actionem negotiorum geſtorum, *leg. vlt. Cod. hoc titul.* Quamvis illud etiam concurrat, quod alterius negotium geſſit, & quidem vtiliter, cùm eiuſmodi ſolutione ipſum liberauerit, *leg. ſoluendo 39. ſuprà, eodem, leg. ſolutione 23. de ſolutionibus.* Ergo vt quis poſſit agere negotiorum geſtorum, non ſufficit quod eius interſit hoc iudicio experiri.

Ratio decidendi. Non is Pauli ſenſus eſt, vt negotiorum geſtorum agere poſt omnes quorum intereſt, ſed ille potius vt non poſſit negotiorum geſtorum agere is cuius non intereſt hoc iudicio experiri. Cæterùm vt hæc actio competat, præſupponendi ſunt termini habiles, qui non ſunt, ſi quis inuiti & prohibentis negotia geſſerit. Videtur hic enim donare màgis voluiſſe quàm alium ſibi obligare, vt dixi ad *dict. leg. 39. ſuprà.*

a *Nec refert directa quis an vtili actione agat.* Directam actionem negotiorum geſtorum intelligit eam quæ competit non ſolùm ex verbis aut mente certa edicti, ſed etiam in eum quem ſibi geſtor obligare voluit: vtilem verò non tam quæ inducitur per interpretationem voluntatis, quàm quæ ex neceſſitate, & in ſubſidium alterius actionis ex ſola æquitate, & ob eam duntaxat cauſam: ne alioqui verſetur in damno is qui geſſit, vt in ſpecie, *leg. atquin. 19. §. ſi libero, leg. qua vtiliter 45. §. vlt. l. cum pater. 29. & paſ. ſup. hoc tit. iunct. l. poſthumo 24. de tutel. & rat. diſtr.*

b *Quia in extraordinariis.* Totam hanc clauſulam Triboniani eſſe docui, *libro 6. Coniect.* Vnde petenda ſunt alia quæ ad hanc leg. dici poſſent.

48. PAPINIANVS lib. 3. Quæſtionum.

IGnorante quoque ſorore, ſi frater negotium eius gerens dotem à viro ſtipulatus ſit: iudicio negotiorum geſtorum, vt virum liberet, iure conuenitur.

Ad l. ignorante 48.

Ratio dubitandi. Frater qui ſororis ignorantis negotium gerens dotem ab ipſius viro ſtipulatus eſt, actionem ſibi acquiſiuit ex ſua ſtipulatione, quam actionem ſi mandatum præceſſiſſet, actione mandati præſtare ſorori cogeretur, *leg. poſſeſſio 49. In fine, de acquirenda poſſeſſione, leg. 2. Codice, ſi cert. pet.* Ergo nullo præcedente mandato actio negotiorum geſtorum, quæ competit vice actionis mandati, ad hoc ipſum dari debet, vt frater actione ſibi quæſita cedat ſorori, non vt liberet maritum. Nec enim poteſt intereſſe ſororis vt maritus liberetur, ſed potiùs vt remaneat obligatus, cùm ſemel obligatus vtiliter fuit.

Ratio decidendi. Poteſt intereſſe ſororis vt maritus à fratre, cui ſtipulanti promiſit, liberetur: fortè ſi paratus ſit maritus vxori ſe obligare dotis nomine, ſed ita tamen ſi priùs à fratre liberationem conſequatur. Nam æquum non eſſet, vt eiuſdem dotis nomine duobus eſſet obligatus: quæ ratio facit vt & agente muliere actione rei vxoriæ neceſſarium ſit liberari maritum à fratre, priuſquàm vxori ſuæ poſſit & debeat condemnari. Cùm ergo interſit ſororis liberari maritum à fratre, mirum non eſt dari ei actionem negotiorum geſtorum contra fratrem ad hoc vt virum liberet. Datur enim omnibus quorum intereſt, vt diximus *in leg. præced.* Sed neque intereſt ſororis vt habeat actionem ex ſtipulatu quæſitam fratri, cùm ſuo iure ac citra ceſſionem vllam poſſit

habere

habere actionem rei vxoriæ, dummodo non ſit ea nouata per ſtipulationem, *leg. aliam. 29. de nouat.* Quæ nouatio non poteſt videri facta per eam ſtipulationem, quam maritus interpoſuit ignorante ſorore. Neque enim fieri vnquam poteſt nouatio debiti ignorante creditore, *l. 1. C. de nouat.*

49. Africanus lib. 8. Quæſtionum.

Si rem, quam ſeruus venditus ſubripuiſſet à me venditore, emptor vendiderit: eáque in rerum natura eſſe deſierit [a]: de pretio negotiorum geſtorum actio mihi danda ſit, vt dari deberet, ſi negotium [b], quod tuum eſſe exiſtimares, cùm eſſet meum, geſſiſſes. Sicut ex contrario in me tibi daretur [c], ſi cùm hæreditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas ſoluiſſes: [quandoque de ea ſolutione liberarer.]

Ad l. Si rem 49.

a *Eáque in rerum natura eſſe deſierit.* Ergo idem non eſt, ſi in rerum natura res ſubtracta eſſe non deſierit quamvis velit venditor, idémque dominus ratam facere venditionem. Ratam ſiquidem facit quiſquis pretium petit, *leg. ab vno 19. Cod. hoc tit. leg. ſeruum Titij 49. infrà, mandat.*

Ratio dubitandi. Emptor qui ſeruum meum emit, & rem mihi ab eodem ſeruo ſubtractam vendidit, quaſi ſuam vendidit, cùm nihil proprium ſeruus habere poſſit, ſed omnia acquirat domino. Ergo quaſi ſuum non quaſi alienum negotium geſſit, nec proinde eo animo vt vel alium ſibi vel ſe alij obligaret. Conſequenter non debet hoc caſu locum habere negotiorum geſtorum actio, *leg. in hoc iudicium 14. §. 1. in fin. l. ſi quis cùm 29. inf. commun. diuid.*

Ratio decidendi. Non competit hoc caſu negotiorum geſtorum actio, ſi res ſubtracta non deſierit eſſe in rerum natura, quia indemnitati meæ aliter conſultum eſſe poteſt, ſcilicet per vindicationem, *leg. ſi mancipium 23. Cod. de rei vendic. l. 1. Cod. de reb. alien. non alien.* Sed ſi extare deſierit, neceſſaria eſt negotiorum geſtorum actio vtilis, quoniam aliter non poſſum indemnis ſeruari, nec tamen æquum eſt emptorem fieri ex iactura mea locupletiorem, vt & in ſpecie, *leg. ſi eum ſeruum 23. inf. de reb. credit.*

b *Vt dari deberet, ſi negotium.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad ſpeciem proximè præcedentem.

c *Sicut ex contrario in me tibi daretur.* Ratio dubitandi. Si tu, cùm hæreditatem quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas ſolueris, habuiſti animum te liberandi non me obligandi. Ergo nulla tibi contra me actio eo nomine competere poteſt, præſertim cùm per ſolutionem à te factam non ſim ipſe iure liberatus. Ex reg. *leg. ſi quid poſſeſſor. 31. de petit. hered. l. Pomponius 28. inf. mandat.*

Ratio decidendi. Solutio à te facta me liberat, non quidem ipſo iure, ſed per oppoſitam exceptionem doli, cùm dolo faciat, & improbus ſit qui bis idem conſequi velit, *leg. ſi quis dolo. 51. in fine. de re iudic. l. bona fides. 57. de reg. iur.* Hoc verò ſufficit ad inducendam actionem negotiorum geſtorum ſaltem vtilem, *leg. de qua re. 74. §. cùm abſentem de iudic.* Quia ſcilicet æquum eſt re in damno non verſari, *leg. qua vtiliter. 45. in fine. ſuprà, hoc titul.* Verſareris autem ſi non haberes contra me actionem negotiorum geſtorum, quia repetitionem nullam habere potes à legatario, qui ſuum recepit, licèt nihil ei debueris, *lege, repetitio. 44. de condiction. indebiti.* Et ita accipi debet, quod hîc Africanus ait, *quandoquidem ea ſolutione liberer*, non etiam de liberatione quæ contingat ipſo iure, de qua Labeo in *leg. cùm pecuniam 43. ſup. eod.*

DE CALVMNIATORIBVS.

TITVLVS VI.

Vlpianus libro 10. ad Edictum.

In eum, qui vt calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe diceretur: intra annum in quadruplum [c] eius pecuniæ, quam accepiſſe diceretur: poſt annum ſimpli in factum [d] actio competit.

Ad Titul. 6. De calumniator.

Ad l. In eum. 1.

Ratio dubitandi. Actiones dandæ non ſunt niſi iis quorum intereſt, & quatenus intereſt, cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ ſint, vt vnuſquiſque id quod ſua intereſt conſequatur, *leg. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri, infrà de verb. oblig. leg. nihil aliud 51. de obligat. & action.* Atqui non intereſt eius qui calumniam paſſus eſt vſque ad quadruplum. Ergo neque actionem vſque ad quadruplum habere debet. Præſertim cum calumniator notetur etiam infamia, *lege 1. ſuprà de his qui not. infam.* eique frons ex lege Remmia inuratur, *l. quæſitum 13. de probat.*

Ratio decidendi. In actionibus rei perſecutoriis id obtinet. ſed non in pœnalibus, quæ ideò pœnales dicuntur, quòd dentur etiam illi cuius nihil intereſt, aut ſuprà quàm intereſt: cuius generis actiones etiam calumniatoribus interdum dantur, *leg. penult. § 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Quanto magis contra calumniatores? quo genere hominum nihil in republica pernicioſius dici poteſt. Vide *leg. ſi calumur. 233. de verb. ſignific.*

c In

c *In quadruplum.* Nulla enim pœna excedit quadruplum, *§. omnes autem. Inſt. de actíon.*

b *In factum.* Scilicet ſubſidiaria quam prætor inducit ex facto ipſo : nulla enim iure cioili actio in hanc rem comparara eſt. Simplum antem quod etiam poſt aonum buiuſmodi actione petitur, iotelligere debemus ooo id quod iotereſt actoris, ſed pecuniam, quam calumniator accepit, *leg. 3. §. illud, infrà, hoc tıtulo.* Nimitum, ſiue ab aduerſarto oe calumoiæ cauſa negotium ei faceret, ſiue etiam ab alio vt oegotium faceret, vt dicemus ad *leg. 4. & leg. 5. §. fin. infrà, eodem.*

1 ¶ Hoc autem iudicium non ſolùm in pecuniariis cauſis, ſed & ad publica crimina pertinere Pomponius ſcribit : maximè cùm & lege Repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum, aut non faciendum [a] per calumniam pecuniam accepit.

Ad §. 1. Hoc autem.

Ratio dubitandi. Pœna huios edicti eſt pecuniaria, nec datur niſi contra eum qui pecuniam accepiſſe dicetur & probabitur, vt calumniæ cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret, vt ſcriptum eſt initio huius legis. Ergo ad pecuniarias tantum cauſas pertioet, noo ad publica crimina. Maximè cùm & lege Repetundarum teneatur qni ob negotium faciendum aut oon faciendum per calumniam accepit pecuniam, *leg. qui accuſaro 8. ad finem, de accuſat. l. eadem 6. ad legem, Iul. repet.* Nam cùm hæc actio oon ſit niſi in factum & ſubſidiaria, nulla ſubeſt eius inducendæ neceſſitas eo caſu quo lex Iulia repetundarum habere locum poteſt.

Ratio decidendi. Dignus eſt calumoiator qui variis actionibus pœnalibus & ciuilibus & prætoriis coërceatur, *l. nunquam 60. de oblig. & actio.* Et tanto dignior quà pecuniam accipit vt calumoietur io publico iudicio, quanto grauiores & periculoſiores ſunt accuſationes publicorum crimioum, quàm priuatorum, *l. infamem. 7. de public. iudic.*

a *Aut non faciendum.* Ratio dubitaodi. Beoè & iuſtè facit, qui negotium alteri per calumoiam facere non vult. Ergo non facit turpiter, oec pœoa vlla digous eſt, qui pecuniam accipit, vt alteri negotium per calumniam non faciat.

Ratio decidendi. Imò facit turpiter qui pecuoiam accipit ne delinquat, cùm amore virtutis non pecuoiæ optimus quiſque in officio cootioeri debeat, *l. iuris gentium 7. §. ſi ob maleficium ſup. de pact.* vbi dixi.

2 ¶ Qui autem accepit pecuniam, ſiue ante iudicium, ſiue poſt iudicium acceptum tenetur.

Ad §. 2. Qui autem.

Ratio dubitandi. Solet locus eſſe pœnitentiæ vſque ad litem conteſtatam acceptique iudicij tempus, *leg. 3. C. de edend. leg. ſi plurib. 33. in fin. de leg. 1. leg. plurib. 32. ſuprà, de procur. l. ex duob. 16. de duob. reis, l. ſi Titius 9. de verb. oblig.* Ergo qui pecuniam accipit vt negotium alteri per calumoiam faciat, vel non faciat, oon debet eo nomioe teoeri aote acceptum iudicium.

Ratio decidendi. Puoitur iſta actione oon tam calumnia, quàm propoſitum calumniandi, *leg. 3. §. infrà, eodem, & turpis quaſtus, leg. qui accuſaro 8. in fine, de accuſat.* Propoſitom autem calumoiandi, & quæſtus turpis interuenit cùm pecunia accipitur ad negotium per calumniam faciendom vel oon faciendum, non autem cùm negotium per calumniam fit : Alioqui nunquam teneretur is qui pecuoiam accepiſſet vt negotium non faceret : nec eoim expectandum eſt vt litem cooteſtetur is qui promiſit ſe non actutom.

3 ¶ Sed & conſtitutio Imperatoris noſtri, quæ ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum, prohibuit iudici, vel aduerſario in publicis, vel priuatis, vel fiſcalibus cauſis pecuniam dare : & ex hac cauſa litem perire iuſſit. ¶ Nam tractari poteſt [b], ſi aduerſarius non per calumniam, tranſigendi animo accepit, an conſtiturio ceſſat. Et puto ceſſare, ſicuti hoc quoque iudicium. Neque enim tranſactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus.

Ad §. 3. Sed & conſtitutio.

Ratio dobitandi. Poteſt fieri vt pecuniam ſiue iudici ſiue aduerſario dedit, bonam nihilominùs cauſam habeat, & habere ſe ſciat, ſed tamen ita faciat vt redimat, vel à iodice alioqnin pigro & improbo litis expeditionem, vel ab aduerſario vexationem. Intereſt enim litigatoris cuiuſlibet, ſiue bonam, ſiue malam cauſam habeat vt quàm primùm lis expediatur, *leg. 1. Codice, de admin. tutor.* Et io publicis potiſſimùm cauſis honeſta eſt ratio qualibet redimendi ſanguinis qoi vt plurimùm periclitatur, *leg. 1. de bon. eor. qui ſibi mort. conſciuer.* Ergo noo debet lis bona perire ob hoc ſolùm quod quis vel iudici vel aduerſario pecuniam dederit.

Ratio decidendi. Exemplo peſſimum & turpe eſt, cùm id quod iure fieri debet, tentatur pecuoia, nec poteſt diſſimulare quio diffidentia iuſtæ ſeoteotiæ io pecuniæ corruptela ſpem negotij repoſuerit, vt habet coostitutio Antonini ab Vlpiano hîc relata, quæ extat in *l. 1. Codice de pœn. iudic. qui malè iudic.* Nimitum cùm pecunia data eſt iudici. Sicut enim turpiter ille accipit, ita & turpiter dat qui dat iudici. Videtur enim illum corrumpere, etiamſi bonam alioqui cauſam habeat, *leg. 2. in fin. de condict. ob turp. cauſ.* Vbi hæc eadem Antooioi conſtitutio refertur. Sed cùm pecunia datur adoerſario diſtinguendum eſt an booa fide & non per calomniam tranſigendi animo quis pecuniam acceperit, ao verò tranſactionis prætextus quæſitus ſit ad calumniam. Nec enim licitis tranſactionibus interdictum eſt, ſed ſordidis concuſſionibus, vt lex ait. Iunge, *leg. in ſumma 65. §. 1. de condict. indeb.*

Nam tractari poteſt. Dixit Vlpianus *nam* pro *ſed.* Niſi potius tota hæc clauſula Triboniani eſt. Subiicitur enim ſatis ineptè & incongroè ſuperioribus, præſertim verò quod pertinet ad hoc edictum. Nam cùm verb. edicti diſertè loquantur de illo qui calumniæ cauſa pecuniam accepit, quis non videt eos qui bona fide & traoſigendi animo non per calumoiam acceperunt pecuniam ab hoc edicto non pertinere ? Aut quid opus erat hoc admonere ? Sed neque conſtitutio illa Antonini quicquam ſimile aut commune habet cum hoc edicto. Lata eoim eſt contra eos qui pecuniam dant aut iudici aut aduerſario vt eum corrumpant, & ideo placuit eos amittere actionem. Hoc verò edictum contra eos qui è contrario pecuniam accipiuot, vt alteri oegotium faciaot vel ooo faciant : quos vtique conſtat nullam

nullam poſſe amittere actionem quam nullam habent cùm ſint calumniatores. Scio Iacobum Cuiacium ad *l.7. §. pen. infrà de dolo.* Sic locum hunc intelligere vt lis corruptori non pereat ſi licitè tranſegerit, & ex ea cauſa pecuniam accipienti numerauerit. Sed non video qua ratione poſſimus corruptorem eum dicere qui animo tranſigendi pecuniam dedit, non ſolùm ſi ei dederit, cuius nulla fuit calumnia, ſed etſi calumniatori. Nec enim corrumpi dicitur calumniator, ſed qui bonam litem dolo malo & accepta pecunia perire patitur. Neque verò Cuiacius ipſe negare poteſt, conſtitutionem iſtam Antonini neque locutam fuiſſe de eo qui pecuniam accepit, neque ſic ab Vlpiano exceptam eſſe. Etſi aliter Accurſ. in ver. *dare*, vbi notat conſtitutionem, quæ vetuit, pecuniam dare hoc ipſo vetuiſſe, ne pecunia acciperetur, quod certè falſum eſt.

4 ¶ Pecuniam autem accepiſſe dicemus, etiam aliquid pro pecunia acceptum.

Ad §. 4. Pecuniam.

Ratio dubitandi. In pœnalibus & odioſis verba propriè ac ſtrictè ſunt accipienda. Nunquam enim odioſæ diſpoſitiones adiuuandæ ſunt interpretatione, *leg. cùm quidam. 19. de liber. & poſt.* Atqui edictum hoc eſt pœnale & conſequenter odioſum & ideo interpretatione molliendum potiùs quàm aſperandum, *leg. pen. de pœn.* Prætor autem de illo nominatim locutus eſt, qui pecuniam accepit quo nomine ſi proprietatem verbi ſpectamus, pecunia numerata intelligitur, aut ſaltem eæ ſolæ res, quæ conſiſtunt in pondere, numero & menſura, *leg. 2. in princip. Codice, de conſt. pecun.* Ergo ſi quis pro pecunia quid aliud acceperit, non pertinet ad edictum.

Ratio decidendi. Pecuniæ appellatione res omnes etiam ex verbi proprietate ſignificantur, *dict. leg. 2. in fine, Codice, de conſt. pecun.* Quæ ſcilicet in patrimonio noſtro ſunt, & ex quibus pecunia refici poteſt, *leg. 5. l. tantùm 88. l. cùm ſtipulamur 97. l. pecuniæ. 178. l. pecuniæ. 212. de verb. ſignif.* Neque verò minùs turpiter facit qui aliquid pro pecunia quàm qui pecuniam accipit calumniæ cauſa: alioqui facilè inuenta eſſet ratio eludendi edicti, ſi is qui pro pecunia quid aliud acciperet ad calumniam faciendam vel non faciendam, id impunè ferret: quod eſſet abſurdum, arg. *leg. ſcire. 21. §. 1. de tutor. & curat. dat. l. 5. §. ſi pupillus. de reb. eor.*

2. PAVLVS lib. 10. ad Edictum.

QVin etiam, ſi quis obligatione liberatus ſit, poteſt videri accepiſſe. ¶ Idémque ſi gratuita pecunia vtenda data ſit [a], aut minoris locata venditáve res ſit [b]. Nec refert ipſe pecuniam acceperit, an alij dari iuſſerit [c], vel acceptum ſuo nomine ratum habuerit.

Ad l. Quin etiam. 2.

Ratio dubitandi. Pecuniæ verbum etiamſi generaliter accipiatur, non niſi corpora continet, *leg. pecuniæ verbum 179. in illis verbis. Omnem omnino pecuniam, id eſt, omnia corpora. de verb. ſignific.* Atqui nullum corpus accipit is qui obligatione aliqua liberatur. Aliud enim eſt non dare, aliud accipere. Ergo non pertinet ad edictum.

Ratio decidendi. Imò pecuniæ nomine non tantùm corpora, ſed etiam iura continentur, *leg. pecuniæ nomine. 222. eod. tit.* & locupletior fit qui liberatur, *leg. ſi pupilli. 66. in fin. de ſolut.* Cùm ſit ſpecies acquirendi liberari ab obligatione, *leg. ſpecies 11. de acceptila.* Sic dicimus dediſſe videri etiam illum qui debitorem ſibi obligatum liberauit, *leg. vel obligatus. 20. iunct. leg. prae. infra, de liber. cauſ.* Tam ergo facit turpiter & contra publicam honeſtatem, ac proinde contra prætoris mentem is qui vt calumniæ cauſa negotium alteri faciat vel non faciat, accipit liberationem, quàm ſi pecuniam acciperet: æquè enim quæſtum improbum facit, *leg. qui accuſare. 8. in fin. de accuſat.*

a *Idémque gratuita pecunia vtenda data ſit.* Ratio dubitandi. Qui pecunia vtitur gratuita, id eſt, ſine vſuris, non ideo fit locupletior, ſed tantùm non pauperior, quod longè diuerſum eſt, *leg. ſi ſponſus 5. §. conceſſa, & §. pen. alias leg. ſi mulier. de donat. int. vir. & vxor. leg. quod autem. 6. in princip. & paſſ. quæ in fraud. cred.* Atqui edictum prætoris loquitur de eo qui pecuniam accipit & improbum, quæſtum facit: ergo is cui gratuita pecunia vtenda data eſt ad hoc edictum non pertinet.

Ratio decidendi. Ei, qui pecuniam gratuitò vtendam dedit, abeſſe intelligitur etiam id quod vſurarum nomine lucrari potuit ſi pecuniam fœnori collocaſſet. argum. *leg. ſi commiſſa 13. rat. rem habet.* Et è contrario, qui eam pecuniam gratuitò vtendam accepit vt calumniam faceret, hoc ipſo calumniæ ſuæ fructum aliquem percipit, quem ei per eſſe fraudi eſſe æquum eſt, vt non minùs factum eius improbum puniatur, quàm ſi magnam pecuniæ quantitatem accepiſſet. Nec enim pretij quantitate æſtimanda eſt magnitudo calumniæ, cùm tanto turpius faciat qui calumniam ſuam viliore pretio vendit.

b *Aut minoris locata venditáve res ſit.* Ratio dubitandi. In emptionibus & conductionibus licet contrahentibus naturaliter in pretio ſe decipere, *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius, infrà de minor. leg. item quæritur. 22. §. vltim. loca.* Ergo quod quis minore pecunia rem aliquam vel conduxerit, vel emerit ad hoc edictum pertinere non debet.

Ratio decidendi. Non pertinet ad hoc edictum, ob id ſolùm quòd minoris, emerit, vel conduxerit, ſed quia vt calumniæ cauſa negotium alteri faceret, vel non faceret. Itaque improbitas & turpitudo non in facto ipſo eſt, ſed in cauſa, prox. in illis verbis *propter hoc* infrà.

c *An alij dari iuſſerit.* Ratio dubitandi. Verba edicti notant eum qui pecuniam accepit, *leg. 1. in princip. ſuprà.* Ergo ſiue quis alij pecuniam dari iuſſerit, ſiue acceptam ſuo nomine ratam habuerit, non pertinet ad hoc edictum.

Ratio decidendi. Non ſunt cauillanda verba edicti, nec tam qui prætor, quàm qua mente dixerit, inſpiciendum eſt, *leg. pen. infrà, ad exhib.* Voluntas enim & propoſitum prætoris attendi debet, ne facilè ac impunè fraus fiat edicto, ſi cui liceat ſaluis edicti verbis ſententiam eius circumuenire, *leg. contra. 19. & ſeq. ſuprà de legibus.* Quid verò intereſt ſi rei effectum inſpicias, an calumniator per ſeipſum pecuniam accipiat, an per alium? & an mandet pecuniam ſuo nomine alij dari, an ratum habeat?

3. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

ET generaliter idem erit, ſi quid omnino compendij ſenſit propter hoc: ſiue ab aduerſario, ſiue ab alio quocunque.

Ad

Ad l. Et generaliter. 3.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§.vlt.l.1.& ad l. proxim. præcedentem.*

1 ¶ Si igitur accepit, vt negotium faceret, ſiue fecit, ſiue non fecit: & qui accepit, ne faceret, & ſi fecit, tenetur [a].

Ad §.1. Si igitur.

Ratio dubitandi. Verba cum effectu ſunt accipienda, præſertim in edicto prætoris, *leg. 1. §. vlt. quod quiſque iur. leg. penult. §. docere. ne quis eum qui in ius vocabitur, vi exim.* Arqui nullum effectum habet calumnia eius qui accepta pecunia in calumniam faceret, poſtea tamen non fecit. Ergo non debet puniri pœna huius edicti, ne alioqui cogitationis pœnam patiatur, contra *leg. cogitationis. 18. de pœn.*

Ratio decidendi. Multum intereſt an verba edicti nocent: & puniant actum perfectum & conſummatum, vt in ſupradictis locis: an verò malum propoſitum & improbum conſilium hominis calumniam meditantis, vt in hoc edicto. Fateor non ſufficere vt quis de calumnia inferenda cogitauerit, niſi præterea pecuniam acceperit, aut quid aliud vice pecuniæ. Sed vbi accepit, vt calumniam faceret, nihil vltra exigimus, quia non eum notat prætor qui calumniam fecerit, ſed qui pecuniam accepit vt faceret, vel non faceret. Accepit autem etiam cum effectu, qui quoquomodo accepit: quamvis calumniam non fecerit. Nemo enim ſola pœnitentia nocens eſſe deſinit, *l. qui ea mente, 65. de furt.*

a *Et quidem accepit ne faceret, & ſi fecit, tenetur.* Ratio dubitandi. Cùm quis accepit pecuniam ne calumniam faceret, & fecit, cauſa propter quam accepit pecuniam non eſt ſecuta. Ergo incipit habere pecuniam ſine cauſa, & conſequenter non poteſt hoc edicto quaſi pecuniam ex improba cauſa acceperit, teneri. Nihil enim refert, verúmne ab initio ſine cauſa quid datum ſit an cauſa propter quam datum fuit, ſecuta non ſit, *leg. pen. & vlt. de condict. ſin. cauſ.*

Ratio decidendi. Qui calumniam facit, pro qua non facienda pecuniam acceperat, turpius facit, quàm ſi fidem ſeruaret, tantóque magis calumniator eſt qui perfidiæ adiungit calumniæ crimen. Non debent igitur melioris eſſe conditionis, longéque difficilis ille eſt, de quo Vlp. in *l. verum. 39. in fin. de furt.*

2 ¶ Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus eſt. Depectus autem dicitur turpiter pactus.

Ad §.2. Hoc edicto.

Ratio dubitandi. Edicti verba nihil exprimunt de eo qui depectus, id eſt, turpiter pactus eſt, ergo ad eum pœna edicti porrigi non debet.

Ratio decidendi. Qui turpiter pactus eſt, data nimirum pecunia hoc ipſo videtur fateri crimen, & habetur pro confeſſo, *l. furti. 6. §. pactúſq; ſup de his qui not. infam.* Quemadmodum ergo hoc edicto teneretur is qui calumniæ cauſa pecuniam accepiſſe probaretur, ita & qui de eo accuſatus turpiter pactus eſſet quocunque pretio dato. Hoc enim crimen licèt etiam ad legem Iuliam repetundarum pertineat, & ideo publicum ſit, *l. eadem. 6. de leg. Iul. reper.* Cùm tamen ſanguinis pœnam non ingerat non eſt ex eorum numero, de quibus tranſigere liceat, *l. tranſigere. 18. Cod. de tranſact.*

3 ¶ Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, vt negotium quis pateretur, non habebit ipſe petitionem: turpiter enim fecit: ſed ei dabitur petitio, propter quem datum eſt, vt calumnia ei fiat. Quate ſi quis & à te pecuniam accipit, vt mihi negotium faceret: & à me, ne mihi faceret: duobus iudiciis mihi tenebitur [b].

Ad §.3. Illud.

Ratio dubitandi. Nihil abeſt ei contra quem vt calumnia ei fieret, pecunia data eſt, maximè ſi calumnia nulla ſecuta ſit: ergo nullam actionem eo nomine habere debet, cùm nihil eius intereſſe videatur.

Ratio decidendi. Hæc actio pœnalis eſt non rei perſecutoria, etiam intra ſimplum, & ideo datur ei quoque cuius nil intereſt, vt dixi ad *leg. 1. ſuprà.* Quanquam non poteſt negari quin etiam actoris interſit, vel ob id quod calumniam pati potuit, vt ſit hoc pretium quodammodo periculi, quod improbitas calumniatoris minata eſt innocenti. Et ſanè aut nulla actio proponenda fuit contra hunc calumniatorem, aut ei dari debuit, contra quem præparata fuit calumnia, cùm illi ipſi qui pecuniam dedit, non poſſit dari repetitio, quia non minùs turpiter fecit cùm dedit, quàm calumniator turpiter, cùm accepit. In pari autem cauſa melior eſt conditio poſſidentis, *leg. 5. §. 1. inf. pen. l. 3. & 4. l. pen. in fin. de condict. ob turp. cauſ. l. 2. C. eod.*

b *Duobus iudiciis mihi tenebitur.* Ratio dubitandi. Qui pecuniam dedit, non habet repetitionem ex hoc edicto, vt proximè dictum eſt. Ergo cùm in propoſita ſpecie & alius tibi pecuniam dederit vt mihi calumniam faceres, & ego ne faceres, danda quidem mihi eſt contra te petitio eius quod alius dedit, ſed non repetitio eius quod dedi, conſequenter vno duntaxat iudicio mihi teneberis non duobus.

Ratio decidendi. Ei denegatur repetitio, qui pecuniam dando turpiter fecit. Turpiter autem fecit ille, qui pecuniam tibi dedit, vt mihi calumniam faceres, non etiam ego qui dedi ne faceres. Igitur vtroque reſpectu actionem contra te habere debeo.

4. Gaivs libro 4. ad Edictum Prouinciale.

Hæc actio hæredi quidem non competit: quia ſufficere ei debet, quòd eam pecuniam quam defunctus dedit [a], repetere poteſt.

Ad l. Hæc actio. 4.

Ratio dubit. Hæres ſuccedit in vniuerſum ius quod defunctus habuit, *l. nihil eſt aliud. 24. de verb. ſign.* Ergo actio ex hoc edicto ſicut competit defuncto, ita & hæredi competere debet, *l. vlt. & tot. tit. Cod. de hared. act.*

Ratio decidendi. Actiones pœnales nec hæredibus dantur, nec in hæredes, *l. in honorariis. 35. de oblig. & act. §. non autem. Inſt. de perp. et. & temp. action.* Quæ autem ex hoc edicto datur, tota pœnalis eſt etiam intra ſimplum, vt dixi ad *d. l. 1. ſuprà, eod.* Ergo non debet dari hæredi, nec ad quadruplum nec ad ſimplum. Dabitur tamen ei condictio ob turpem cauſam quomodo intelligendum omnino eſt quod ſequitur in hac lege quicquid dicat Bartolus.

Quam defunctus dedit. Ratio dubitandi. Non datur repetitio ei ipſi qui pecuniam dedit, alij vt is calumniam

niam faceret, quia dando turpiter fecit, vt dictum eſt in *§. vlt. l. præced.* Ergo multò minùs hæredi ipſius compe-tere poteſt. Ne alioqui melioris conditionis ſit hæres quàm defunctus contra hanc ipſam legem quæ vult eſſe deterioris.

Ratio decidendi. Hæc lex intelligenda eſt de hærede illius cui viuenti competit, non ſolùm actio ex hoc edicto, ſed etiam condictio datæ pecuniæ, quod contingit, cùm ſolius accipientis turpitudo verſatur, id eſt, cùm tibi pecuniam dedi ne calumniæ cauſa mihi negotium faceres, vt in *leg. proxim. §. 1. infr.* Alio enim caſu cùm quis tibi pecuniam ideo dedit, vt per calumniam faceres, non repetitio mihi competit ex hoc edicto, neque condictio ſiue indebiti, ſiue alia vlla, quia nullum negotium inter nos geſtum eſt, *leg. ſi in area. 33. de cond. indeb.* ſed petitio, vt ait, *§. vltim. leg. præced.* Atqui hæc lex loquitur de repetitione non de petitione.

5. Vlpianvs lib. 10. ad Edictum.

IN hæredem autem competit in id, quod ad eum peruenit. Nam eſt conſtitutum, *turpia lucra hæredibus quoque extorqueri, licèt crimina extinguantur*, vt puta ob falſum, vel iudici ob gratioſam ſententiam datum, & hæredi extorquebitur: & ſi quid aliud ſcelere quæſitum.

Ad l. In hæredem. 5.

Ratio dubitandi. Actiones pœnales non dantur in hæredem, *d. l. in honorariis, 35. de oblig. & act.* præſertim ex maleficio deſcendentes, *§. non autem. Inſtit. de perpet. & temp. action. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Nam & crimina ipſa morte extinguuntur, *l. ſi pœna. 20. de pœn.* Atqui actio quæ ex hoc edicto competit pœnalis eſt & ex maleficio. Ergo non datur in hæredem.

Ratio decidendi. Non datur in ſolidum aduerſus hæredem, ſed datur tamen in id quod ad eum peruenit, quia licèt crimina morte extinguantur, tamen lucra turpia hæredibus auferenda ſunt, & extorquenda ne alieno ſcelere ditentur, *leg. quod diximus, 16. §. vltim. leg. quod autem. 19. infr. quod. met. cauſ. leg. 3. in princip. de vi, & vi armat. leg. ſicuti. 38. de reg. iur. cum ſimilib.*

1 ¶ Sed etiam præter hanc actionem condictio competit, ſi ſola turpitudo accipientis verſetur [b]: nam ſi & dantis, meliòr cauſa erit poſſidentis [c]. Quare ſi fuerit condictum, vtrùm tollitur hæc actio [d], an verò in triplum danda ſit? an exemplo furis & in quadruplum actionem damus, & in condictionem? Sed puto ſufficere alterutram actionem. Vbi autem condictio competit, ibi non eſt neceſſe poſt annum dare in factum actionem.

Ad §. 1. Sed etiam præter.

Si ſola turpitudo accipientis verſetur. Exemplum petendum eſt ex *l. 3. §. vlt. ſupr.* Si tibi pecuniam dederim ne mihi calumniam faceres. In eo namque nihil turpiter facio, qui do tibi ad redimendam calumnioſam vexationem, ſed tu facis turpiter qui accipis. Nec proinde ratio vlla dubitandi occurrit, quin condicere poſſim quod tibi dedi, ſcilicet condictione ob turpem cauſam, *l. 1. & 2. De cond. ob turp. cauſ.* Niſi fortè dubitandi rationem petere quis velit ex eo quod actio prætoria ex hoc edicto longè plenior eſt, quàm condictio, cùm ad quadruplum datur. Sed cùm condictio ob turpem cauſam ſit ex iure ciuili, certum eſt non poſſe illam ob id minùs competere, quòd prætor etiam introduxerit prætoriam. Maximè cùm condictio ſit rei perſecutoria, hæc verò ſit pœnalis, in quo actionum genere certum eſt alteram non impedire, *lege ſi pro fure. 7. in princip. de condict. furt.*

c *Melior cauſa erit poſſidentis.* Ratio dubitandi. Turpiter accepta pecunia iuſtiùs penes eum eſt qui deceptus fuit, quàm penes eum, qui decepit, *l. ſi procurator. 9. de doli mal. except.* Ergo in propoſita ſpecie non eſt diſtinguendum, vter poſſideat, ſed vter deceperit, vel deceptus ſit.

Ratio decidendi. Non cadit ea diſtinctio deceptionis in hunc caſum, in quo vterque tam qui accipit quàm qui dat, verſatur improbè ac turpiter, vt ſcilicet calumniæ cauſa negotium alicui fiat, nec quiſquam ex iis decipitur, id agente vtroque vt decipiatur ſolus ille cui calumnia paratur.

d *Vtrum tollitur hæc actio.* Ratio dubitandi. Cùm plures actiones ex eodem delicto naſcuntur, interdum omnibus experiri licet, nec vna electa tolluntur aliæ, *l. cùm ex vno. 32. l. quoties. 41. in princip. & §. 1. de oblig. & action.* Aliquando verò ſuperſunt quidem aliæ, ſed in id tantùm quod plus in iis eſt, quàm in ea quæ prior propoſita fuit, *d. l. 41. §. 1. iunct. l. qui ſeruum. 34. eod. tit.* Aliquando etiam totum poſterioris actionis emolumentum ſaluum eſt vt in fure, quem certum eſt in quadruplum teneri etiam poſtquam paſſus eſt condictionem, quia condictio rem ipſam perſequitur, furti autem actio pœnam. Totum enim quadruplum pœna eſt. *d. l. ſi pro fure. 7. in princ. & §. 1. de cond. furt.* Ergo difficile eſt dicere quid in propoſita ſpecie conſtituendum ſit. Concluditur tamen alterutram actionem ſufficere. Quod vulgo ſic accipitur ex Azonis ſententia, vt vſque ad ſimplum alterutra actio alteram perimat, ſed non etiam in eo quod excedit ſimplum, id eſt, in triplo: quod cùm ſit pœna, nihil ſanè cauſæ eſt cur eius petitio per condictionem tollatur: quia actio rei perſecutoria nunquam pœnalem tollit, *d. l. ſi pro fure*, in eo ſaltem quod amplius eſt in pœnali. *d. l. qui ſeruum. 34. & dict. l. quoties. 41. §. 1. de oblig. & action.* Ego verò plus puto, quadruplum totum in actione quæ ex hoc edicto competit, pœnam eſſe, ſicut in actione furti, ac proinde etiamſi condictione actum ſit, adhuc tamen actionem hanc integram ad quadruplum intra annum ſupereſſe: nec dubito quin totus hic §. ſit Triboniani potiùs quàm Vlpiani. Mouet me primùm ratio iuris quæ nullo penitus caſu patitur, vt pœnalis actio per eam quæ ſit rei perſecutoria, tollatur, vt ex ſupradictis locis conſtat. Deinde quod & Tribonianus ipſe fatetur, in *§. quadrupli 25. iunct. §. item act. 27. de act.* hanc actionem ſimilem eſſe actioni furti non in eo tantùm quod æquè ſit quadrupli, ſed in eo etiam, quod ex ea omnimodo reus in quadruplum condemnatur, id eſt, vt idem Tribonian. explicat, etiamſi rem ipſam reſtituere paratus ſit, adeóque tametſi eam reſtituat iuſſu iudicis, quæ tamen reſtitutio non fit, quin condictio & proponatur, & habeat effectum. Idque ad differentiam actionis, *Quod met. cauſ.* quæ in quadruplum quidem datur, ſed ita tamen, vt ſi res arbitrio iudicis reſtituatur, quadrupli pœna euitetur. Vnde nec mirum eſt in quadruplo illo ſimplum ineſſe quod ſit rei perſecutio, non item in actione furti, nec proinde in hac, quæ actioni furti in cæteris omnibus æquiparatur. Quanquam & in actione quod metus cauſa putauit Labeo vno caſu poſſe fieri, vt qui totum quadruplum pro pœna præſtiterit adhuc ſimpli iacturam patiatur, vt ſcriptum eſt in *l. item ſi cum 14. §. ſed & ſi quis. 9. infr. quod met. cauſ.* quæ ſententia

etſi Iuliano & Vlpiano durior viſa eſt, vt conſtat ex illo loco. Magnum tamen argumentum præbet pro eo quod volumus, non eſſe nouum aut abſurdum, vt quis præter quadruplum etiam ſimplum præſtet. Et verò cùm prætor verbis huius edicti pollicetur actionem in ſimplum poſt annum in vtroque caſu edicti, hoc eſt, ſiue quis pecuniam acceperit vt calumniæ cauſa negotium faceret, ſiue vt non faceret, & tamen condictio detur eo caſu quo pecuniam quis dedit ne calumniam pateretur, *l. 1. in princip. ſupra.* Planè conſequens eſt, vt vel falſum ſit quod hic ex Vlpiano ſcribitur, vbi condictio competit, ibi non eſſe neceſſe poſt annum dare in factum actionem, vel malè ac fruſtra prætor actionem in ſimplum propoſuerit vtroque caſu, quam debuerat proponere, tunc tantùm cùm pecuniam accepiſſet calumniator ad faciendam calumniam, quo nimirum caſu nulla condictio poteſt competere. Sed ex ea parte edicti apparet prætorem ſimpli nomine non eam pecuniæ quantitatem intellexiſſe, quam actor ipſe dederit, ſed quam calumniator acceperit. Nullam enim dedit actor qui in eam petit quam vt ſibi calumnia fieret, alius dederat. Itaque huius petitio nõ repetitio eſt. Alioqui debuerat prætor in ſimplum actionem dare eo ſolo caſu quo pecuniam dediſſet actor ipſe ne calumniam pateretur, ſi eo ſolo caſu de ſimplo tractari poterat. Sed cùm non niſi ex ſimpli comparatione quadruplum dicatur & æſtimetur, quadrupli verò condemnatio aduerſus eum maximè fiat, qui pecuniam accepit vt calũniam alieni faceret, intelligimus eo quoque caſu ſimplum aliquod ſubeſſe oportere quod quadruplari poſſit, & cuius nomine in factum actio etiam poſt annum danda ſit. Atqui, inquies, poſt annum actiones pœnales non dantur, non magis quàm in hæredem, *lege in honorariis 35. de obligat. & action.* Ergo vel actio hæc pœnalis non eſt intra ſimplum, ſed rei perſecutoria, vel poſt annum dari non debuit, ſicuti nec datur in hæredem. Verùm reſpondeo pœnalem eſſe etiam intra ſimplum & poſt annum, eo quod datur etiam ei qui nullam pecuniam dederit, & nihilominus poſt annum quoque dari ad ſimplum, quia per eam actionem nihil aufertur calumniatori niſi quod ipſe habuit, vt proinde ex parte calumniatoris videatur rei perſecutoria eſſe vſque ad ſimplum potiùs quàm pœnalis. Quidni ergo contra eum dabitur etiam poſt annum? Nam & in hæredem daretur quatenus ad eum perueniſſet, *lege 4. ſuprà.* Neque tamen idcirco per hanc actionem condictio tollitur, quoniam hæc actio etiam intra ſimplum petitio non repetitio eſt, neque debet eſſe melior conditio calumniatoris, qui ab aduerſario ipſo pecuniam accepit ne calumniam ei faceret, quàm eius qui ab alio vt calumniam faceret. Nimirum quod ad hanc actionem pertinet, quam prætor in vtrumque caſum proponit aduerſus calumniatorem promiſcue, ac ſine vlla diſtinctione. Nam quantum ad condictionem intereſt, quia condictione tenetur is tantùm, qui pecuniam accepit ab aduerſario, non qui ab alio. Sed ea res non debet prodeſſe calumniatori, quominùs præter condictionem teneatur ex hoc edicto, tum quoque cùm ab aduerſario pecuniam accepit, quia quod alio caſu non patitur condictionem, non fit ipſius fauore, ſed odio eius qui dedit, quippe qui dando turpiter fecerit: quæ ratio ceſſat in aduerſario qui pecuniam ideo dedit ne calumnia ei fieret. Cui proinde non debet nocere quominùs habeat actionem ex hoc edicto vſque ad quadruplum intra annum, & vſque ad ſimplum poſt annum, quod prætereà ſit habiturus condictionem eius pecuniæ quam dedit, alioqui nullam pœnam pateretur calumniator, qui poſt annum ex hoc edicto conueniretur ad ſimplum, ſi ob hoc ipſum à condictione liberaretur. Dices, Minùs turpiter eum facere qui pecuniam accipit ne calumniam faciat, quàm qui vt faciat, non ergo magis puniri debere. Sed præter id quod æquè turpiter facit vterque in eo quod pecuniam accipit, non eſt maior vnius quàm alterius pœna, ſiquidem condictio cùm rei perſecutio ſit non pœna, vtique pœnam non auget. Difficilis ſanè hic locus eſt, ſed ita mihi videtur. Facitque omnino pro mea ſententia, quòd ſi quis alius miſericordiæ cauſa pecuniam dederit calumniatori ne calumnia mihi fieret, tenetur calumniator & illi qui pecuniam dedit ſcilicet condictione, & mihi qui nihil dedi ad quadruplum ex hoc edicto, nempe intra annum, *l. ſi quis ab alio. 7. in fr.* ac proinde etiam poſt annum ad ſimplum. Nam quo caſu prætor dat actionem in quadruplum intra annum, eodem caſu dat actionem in ſimplum poſt annum. Apparet igitur pœnam huius edicti non ob id minùs deberi, quòd calumniator præterea condictione teneatur. Niſi fortè volumus meliorem facere conditionem calumniatoris, qui pecuniam ab alio accepit, ne mihi calumniam faceret, quàm ſi à me accepiſſet, quod eſſet ridiculum. Quid enim illius intereſt, an mihi an alij condictione teneatur? Quod ſi condictio non minuit quadruplum. Ergo neque tollet ſimplum, quia eadem minuendi aut non minuendi quadrupli, quæ tollendi vel non tollendi ſimpli ratio eſt.

6. GAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

ANnus autem in perſonam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne ſecum ageret, ex eo tempore cedit ex quo dedit: ſi modò poteſtas ei fieret [a] experiundi. In illius verò perſonam, cum quo vt agatur, alius pecuniam dedit, dubitari poteſt, vtrum ex die datæ pecuniæ numerari debeat, an potius, ex quo cognouit datam eſſe: quia qui neſcit, is videtur experiundi poteſtatem non habere; & verius eſt, ex eo annum numerari, ex quo cognouit.

Ad l. Annus. 6.

a *Si modo poteſtas ei fieret.* Mallem pro *fieret* legere *fuerit.* Ratio dubitandi. Iniquiſſimum eſt ex condictione actorum obligationes reorum extendi per quos nihil factum erit, quominùs cum iis agi poſſit, *lege 4. in fin. de diuerſ. temp. præſcrip.* Ergo in propoſito annus debet omnimodo currere ex die datæ pecuniæ, ſiue actori poteſtas fuerit experiundi ſiue non fuerit.

Ratio decidendi. Multum refert an agatur de anno continuo, vt in *dict. leg. 4.* an de vtili, vt in hac lege. Annus enim ſemper in edicto prætoris, maximè in annalibus actionibus vtilis intelligitur non continuus, vtile autem illud tempus eſt, quo actor experiundi poteſtatem habet, *l. 1. ult. tit. De diuerſ. temp. præſcript.* Non ſemper autem habet actor poteſtatem experiundi ex eo die quo dedit pecuniam, quia licèt non poſſit ignorantiam proprij facti obtendere, *l. 7. ad Velleian.* quomodo poteſt is, qui neſcit ab alio datam eſſe, vt ſequitur in hac lege, poſſunt tamen alia multa occurrere, quæ faciant ne poſſit experiri, *d. leg. 1.*

b *In illius vero perſona.* Cùm quis ex alterius facto agit, non plus iuris habere poteſt, quàm haberet is ex cuius facto agit ſi ipſe ageret: argument. *lege ex qua perſona. 149. de reg. iur.* Argui non poſſet is, qui pecuniam dedit proprij facti ignorantiam prætendere, *leg. quanquam, 7. ad SC. Velleian.* idéoque ſi quam actionem haberet, tempus ei curreret à die ſcientiæ. Ergo & in perſona illius cum quo vt per calumniam

niam agatur pecunia data fuit, curret annus à die datæ pecuniæ.

Ratio decidendi. Annus hic vtilis eſt, vt ſupra proximè diximus, ideóque non currit ei qui experiundi poteſtatem non habuit. Is autem qui neſcit, experiundi poteſtatem non habet, quia neque iniuſſus neque ignorans quiſquam agit, *leg. cum ſex menſes.* 55. *infr. de ædilit. edict.* Nec mirum eſt meliorem eſſe hac in re conditionem actoris, quam foret eius qui pecuniam dedit etiamſi agere ipſe poſſet, quia licet agat ob factum eius qui dedit. Non tamen agit ex eius perſona ex iure, (nec enim ille ius repetendi vllum vnquam habuit) ſed ex propria perſona propriόque iure: & præterea cùm alius ſit alieni facti ignorantia in eo tolerabilis eſt, *l. vlt. pro ſuo*: quæ in eo ipſo qui pecuniam dedit, eſſet intolerabilis, quia proprij facti eſſet non alieni, *d. l. quanquam.*

7. PAVLVS lib. 10. ad Edictum.

SI quis ab alio acceperit pecuniam, *ne mihi negotium faciat*: ſi quidem mandatu meo datum eſt: vel à procuratore meo omnium rerum: vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat, & ratum habui: ego dediſſe intelligor [c]. Si autem non mandatu meo alius ei dicet miſericordiæ cauſa [d], dederit, ne fiat: neque ratum habui: tunc & ipſum repetere, & me in quadruplum agere poſſe [e].

Ad leg. Si quis. 7.

c *Ego dediſſe intelligor.* Et conſequenter habeo condictionem, non ille qui dedit: ſed habeo etiam præterea actionem in quadruplum pœnalem ex hoc edicto, quemadmodum ſi alius dediſſet non ego, haberet ille condictionem datæ pecuniæ & ego nihilominus actionem hanc in quadruplum, vt ſequitur in hac lege.

Ratio dubitandi. Eius eſt condicere qui dedit. Atqui non ego dedi, ſed alius, ergo debet alius habere condictionem non ego.

Ratio dec. Non quidem reuera & naturaliter dedi ego qui non numeraui, ſed tamẽ dediſſe intelligor & negotium geſſiſſe, quia ex voluntate mea alius dedit. Proinde condictionem habere debeo, non minùs quàm ſi dediſſem, quia nihil intereſt an per me dederim an per alium, præſertim quod attinet ad cauſam condictionis, *leg. quamuis. 40. cum ſeqq. ad Treb. l. vero procur. 12. de ſolut.*

d *Licèt miſericordia cauſa.* Ratio dubit. Quod pietatis cauſa datum eſt, non ſolet repeti, *l. cum te. 32. §. mulier. de condict. indeb.* Atqui quod datur miſericordiæ cauſa, vtique datur intuitu pietatis. Ergo quod quis tibi dedit miſericordiæ cauſa, ne mihi calumniam faceres condicere ipſe non poteſt.

Ratio decidendi. Quod datum eſt pietatis & miſericordiæ erga accipientem ipſum exercendæ gratia, repeti quidem non poteſt, quia piè non turpiter accipitur, vt in *dict. §. mulier.* At quod vni datur animo pietatis erga alium exercendæ poteſt repeti ſi is qui accepit, turpiter acceperit, vt in hac ſpecie. Nam & quod vni miſericordiæ cauſa datum eſt, ab alio quoque interdum repeti poteſt, vt *in l. patrem C. de nupt.*

e *Tunc & ipſum repetere & me in quadruplum agere poſſe.* Ratio dubitandi. Sufficit alterutra actio, & vbi condictio competit, non eſt neceſſe dare actionem ad ſimplum, *l. 5. §. vlt. ſupr.* Ergo cum alij condictio competat, dicendum eſt non poſſe me agere, aut ſaltem non niſi ad triplum.

Ratio decidendi. Vel vnus hic locus apertiſſimè oſtendit vnam actionem per aliam non conſumi, ne quidem in ſimplo, & actionem quæ ad quadruplum ex hoc edicto competit, totam eſſe pœnalem, id eſt, etiam quod ad ſimplum, alioqui non poſſet concurrere cum condictione, niſi hactenus vt daretur ad triplum. Nec diſtinguendum eſt cum Accurſio an condictionem habeat ille ipſe qui agit ex hoc edicto an alius. vt dixi ad *d. l. 5. §. vlt. ſupr.* Vbi ex hoc potiſſimùm textu probaui locum illum eſſe Triboniani volentis ſolita ſua æquitate rigorem qui nimius videbatur, huius edicti temperare, quaſi vero fieri poſſit, vt in calumniatorem omnes demeritum pœnas, durius quid conſtituatur. Iunge, *§. ſeq. in fin.*

1 ¶ Si, vt filiofamilias negotium fieret, acceptum eſt: & patri actio danda eſt.

¶ Item ſi filiusfamilias [f] pecuniam acceperit, vt faceret negotium, vel non faceret: in ipſum iudicium dabitur. Et ſi alius non meo mandatu ei dederit, ne fiat: tunc etiam ipſum repetere [g], & me in quadruplum agere poſſe.

Ad §. Si vt filiofamilias. 1.

Ratio dubitandi. Ex hoc edicto ei datur actio, propter quem & contra quem vt negotium calumniæ cauſa ipſi fieret, pecunia data eſt, *l. 1. & paſſ. ſupr. hoc tit.* Atqui pecunia in propoſito data eſt vt filiofamilias negotium fieret non vt patri. Ergo filiofamilias non patri danda actio eſt: Præſertim cùm alij caſus multi ſint, in quibus etiam proprio nomine filiusfamilias habet actionem, *l. filiusfam. 9. infrà de oblig. & action.* Maximè verò poteſt filiusfamilias in factum actiones exercere, *l. in factum 13. eod.* Atqui ea quæ ex hoc edicto competit actio in factum eſt, *d. l. 1. ſuprà.* Ergo nihil vetat, quominus filiofamilias etiam proprio nomine competat.

Ratio decidendi. Nullam actionem filiusfamilias ſuo nomine habere poteſt, niſi eas quas Paulus enumerat in *d. l. filiusfamilias.* Et eas quæ in factum competunt ex ipſius filijfamilias facto, de quibus in *d. l. in factum.* At quæ ex hoc edicto competit actio licèt in factum ſit, non tamen naſcitur ex facto filijfamilias, ſed eius qui pecuniam accepit vt filiofamilias calumniæ cauſa negotium faceret. Mirum igitur non eſt ſi patri per filium acquiratur, ita vt ne momento quidem temporis in perſona filiusfamilias conſiſtat, vt de cæteris dici ſolet, quæ per filium pater ſibi acquirere & vult & poteſt, *l. placet. 79. de acquir. hæred. leg. 1. §. ſi à parent. quis manum. ſit.* Quanquam quod hic Paulus ita ſcribit. *Et patri actio danda eſt.* Oſtendit aut ſaltem innuit non tantùm patri, ſed etiam filiofamilias hanc actionem dandam eſſe, ſed poſt patrem, id eſt, ita vt ei pater, patriſve procurator quilibet in agendo præferatur. Quod ego magis puto exemplo nimirum eius quod de actione iniuriarum ſcriptum eſt, in *l. ſed ſi vnus 17. §. ait prætor, & ſeqq. de iniur.* Nam hæc actio proximè accedit ad actionem iniuriarum, quoniam iniuria eſt eaque maxima, non ſolùm ſi quis calumniam alteri inferat, ſed etſi in eam rem pecuniam accipiat, vt calumnietur.

f *Item ſi filiusfamilias.* Ratio dubitandi. Contrariorum eadem ratio eſſe ſolet & debet, *leg. 1. Cod. de cupreſſ.* Atqui ſi vt filiofamilias negotium fieret, pecunia accepta ſit, patri actio competit, vt proximè diximus. Ergo & ſi filiusfamilias pecuniam acceperit, vt faceret negotium vel non faceret in patrem, non in filium danda actio eſt. Præſertim cùm filiusfamilias nulla habeat bona, *leg. lex Cornelia 28. ad fin. De vulg. & pup. ſubſt.*

Inanis autem actio ſit quem debitoris eludit inopia, *l. nam & 16. de dolo.*

Ratio decidendi. Non eadem poteſt hic ratio eſſe contrariorum, quia per filium poteſt acquiri patri & melior fieri conditio patris, *l. melior. 133. de reg. iur.* At deterior fieri non poteſt, niſi hactenus vt pater obligetur de peculio, quod tamen non contingit niſi ex contractibus filij, *l. ſi quis cum filiofam. 44. de pecul.* At non ſimiliter ex delictis filij, niſi quatenus peculium ex delicto locupletius factum eſſet, *leg. 3. §. ex furtiua. & ſeq. eod. tit.* Actio igitur quæ ex hoc edicto competit, cum ex delicto naſcatur in filium ipſum, non in patrem danda eſt. Tam enim ex delictis, quam ex *contractib. 57. de iudiciis.* Et quamvis filiusfam. bona nulla habeat, non eo minùs tamen in ipſum actio competit, *leg. filiusfam. 39. de obligationib. & action.* Tunc ſcilicet effectum habitura, cùm filiusfamilias ſui iuris eſſe & bona habere cœperit. Sed & ipſi filiofamilias competit actio ex hoc edicto, ſi quis ad negotium ei faciendum pecuniam acceperit, vt ſupra diximus. Ergo etiam argumento à contrariis ſumpto, non debet recuſare quominùs actionem quoque ex hoc edicto patiatur.

g *Tunc etiam ipſum repetere.* Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad finem, §. præced. vbi dixi.

2 ¶ Cùm publicanus mancipia retineret, datáque ei pecunia eſſet, quæ non deberetur: & ipſe ex hac parte edicti in factum actione tenetur.

Ad §. 2. Cùm publicanus.

Ratio dubit. Publicanus qui cùm mancipia retineret, pecuniam indebitam accepit, vt ea redderet, propria actione tenetur, de qua in *l. 1. & tot. tit. infr. de publicanis & vectigal.* Ergo ex hoc edicto teneri non debet.

Ratio decidendi. Tenetur illo edicto publicanus, qui per iniuriam aliquid ademit, vt verba edicti oſtendunt. At nos hic loquimur de illo qui nihil ademit, ſed qui è contrario mancipia, quæ retinebat, reſtituit, accepta tamen pecunia, quæ ei non debebatur, non reſtituturus ſi pecuniam illam non accepiſſet. Hîc enim negari non poteſt quin pecuniam acceperit, ne calumniæ cauſa negotium ei faceret, cuius mancipia nullo iure fuerat retenturus. Ergo & ex hac parte edicti actione in factum teneri debet, vt præter eam pecuniam, etiá quadruplum reſtituat, ſecundùm ea quæ diximus in præced.

8. VLPIANVS lib. 4. Opinionum.

SI ab eo, qui innocens fuit, ſub ſpecie criminis alicuius, quod in eo probatum non eſt, pecuniam acceptam is, cuius de ea re notio eſt, doctus fuerit, id, quod illicitè extortum eſt, ſecundùm edicti formam a, quod de his eſt, qui pecuniam, vt negotium facerent, aut non facerent, accepiſſe dicerentur, reſtitui iubeat: & ei, qui id commiſit, pro modo delicti pœnam irroget.

Ad leg. Si ab eo. 8.

a *Secundùm edicti formam.* Rat. dubit. Edicti forma illa eſt, vt non modò id quod illicitè extortum eſt, reſtituatur, ſed etiam is qui extorſit, in quadruplum condemnetur, *l. 1. & tot. tit. ſupr.* Atqui in hac ſpecie nihil Vlpian. exprimit niſi de reſtituendo eo quod illicitè extortum fuit, & de alia pœna pro modo delicti irroganda. Ergo non reſpondet Vlpian. ſecundùm formam edicti.

Ratio decidendi. Quod Vlpianus hîc ſcribit, Pecuniam illicitè extortam reſtitui debere ſecundùm formam edicti ita accipiendum eſt vt cum quadruplo reſtituatur, iuxta ea quæ diximus ad legem præcedentem. Nec eo minùs tamen pœna extraordinaria irrogatur in hoc caſu, quia grauiùs delinquit is qui ab innocente ſub ſpecie falſi nec probati criminis pecuniam accepit, quàm calumniator, de quo prætor in edicto locutus eſt, id eſt, qui pecuniam accepit, vt negotium calumniæ cauſa faceret, vel non faceret. Siquidem hic & negotium fecit, & ab eo ipſo, cui fecit, pecuniam accepit, ſub ſpecie ſcilicet criminis, quod etiam innocenti obiectum fuiſſe ſufficit, vt eius exiſtimatio apud bonos & graues viros oneretur. Ob eámque nimirum cauſam videbatur hic caſus ad Edictum prætoris non pertinere, quod de iis tantùm eſt qui pecuniam ab aliquo acceperint, vt vel negotium ei non facerent, vt vel alij facerent, quàm à quo pecuniam accepiſſent. Et hæc meo iudicio magis germana propriaque ad hunc locum dubitandi ratio fuit. Illa verò decidendi, quod in hac ſpecie calumniator, licèt non fecerit aduerſus verba edicti, fecit tamen contra mentem prætoris: nec æquum eſt ob id mitiùs quem puniri, quod grauiùs deliquerit. Nam & ſi poneres probatum in hac ſpecie crimen fuiſſe à calumniatore, ſed per falſos ac redemptos teſtes, dubitandum non eſſe quin calumniator, qui ab innocente tanquam à nocente pecuniam accepiſſet, grauiùs puniri deberet, tanquam qui grauiùs deliquiſſet,) idque ſignificant verba illa Vlpiani, *pro modo delicti*) nec minùs tamen edicto iſto ad quadruplum teneretur. In hoc tamen mihi planè non ſatisfacio, quod Vlpianus hîc ſcribit, id quod illicitè extortum eſt, reſtituendum eſſe ſecundùm formam edicti. Nam ſi verum amamus, tum quoque cùm calumniator tenetur ad acceptæ pecuniæ reſtitutionem, non tamen fit reſtitutio ex hoc edicto, neque ſecundum formam edicti, ſed per condictionem, quæ competit præter actionem ex huiuſmodi edicto dandam: vt ſcriptum eſt in *l. quinta. §. ſed etiam prætor. ſupr. hoc tit.* Vnde eſt quod diximus & probauimus in præcedentibus, totum quadruplum pœnam eſſe. Nec enim prætor de condictione aut repetitione quicquam edixit, ſed tantùm de petitione aut quadrupli aut ſimpli. Quadrupli quidem omnimodo intra annum, id eſt, etiam reſtituto eo quod illicitè fuit extortum. Simpli verò poſt annum, vt dixi ad *d. l. in ſing. ex §. quadrupli. 25.* iunct. *§. item actio. 27. Inſtit. de action.* At rurſus non poſſis dicere. Ei qui quadruplum ex hoc edicto præſtiterit, aliam quoque pœnam pro modo delicti irrogandam eſſe. Ita námque fieret vt pœna excederet quadruplum, quod fieri nunquam poteſt, §. *omnes autem actiones. eodem.* Niſi locum hunc velis coarctaré ad pœnam corporalem, quam nihil vetat vltra quadruplum irrogari, vt euenit in fure manifeſto, qui & in quadruplum condemnari poteſt; & præterea fuſtibus cædi, ſi cum eo criminaliter agatur, nec ideo minùs etiam ciuiliter. *leg. vltim. de furt.* Sed non eſt interpretatio hæc probabilis, cùm huius legis verba ſint generalia de pœna pro modo delicti irroganda. Quare ſi quis diceret hunc quoque locum Triboniani eſſe, vt & alios à nobis ſupra indicatos, is meo iudicio non multùm aberraret. Nam & Imperatoris ſunt magis quàm Iureconſulti verba illa imperatiua, *reſtitui iubeat, pœnam irroget:* & nouum non eſt eum abuſum fuiſſe edicto, vt verba & poteſtatem edicti protraheret ineptè ad eum caſum, qui à verbis & mente prætoris omnino alienus eſſet. Qualis proculdubio hic eſt, in quo pecuniam accepit calumniator, non vt negotium alij faceret, aut ne danti faceret, ſed quia illi

ipſi

ipſi negotium fecit, à qoo pecuniam accepit. An ergo impunè hic calumniam fecerit? Minimè ſed præter condictionem æquum erit teneri eum pœoa quoque extraordinaria, vt hæc lex ait, in qua proinde nihil falſum eſt, aut ſaltem inexplicabile oiſi quod additur, *ſecundùm edicti formam, quod de his eſt, qui pecuniam vt negotium facerent, aut non facerent, accepiſſe dicerentur.* Nam nihil prorſus fit in hac ſpecie neque ſecundùm formam edicti, neque ad exemplum edicti, ſiue in eo quod pecunia illicitè extorta reſtituitur, ſiue io eo quod præterea grauior pœna pro delicti modo irrogatur. Itaque commodius erit vt non totam legem hanc, quæ alioqui perelegans eſt, ſed ſolum hunc verſiculum aut Triboniano, aut ſaltem, ſi malis, imperito interpreti tribuamus. Illud non improbo quod Accurſius notat, loqui Vlpianum io hac lege de pecunia quam actor idémque calumoiator ab innocente acceperit, quoniam actor qui accipit à nocente reo, is incidit in Turpillianum, *leg. in ſenatuſconſultum.* 15. Et paſſim ad Senatuſconſultum Turpillianum. Cæterùm nec qui à oocente, nec qui ab innocente accepit poſt inſtitutam falſam accuſationem, teneri poteſt ex hoc edicto. Nec enim hoc edictum ponit calumniatorem quemlibet, ſed eum duntaxat qui peconiam acceperit vt calumniæ cauſa negotium faceret vel oon faceret. Extra duos iſtos caſus calumoiator non niſi ſenatuſconſulto Turpilliano aut lege Remmia coërcetur, *lege prima in principio. & §. calumniatoribus.* Ad ſenatuſconſultum Turpillianum. Iſque error fuit ſiue Triboniani ſiue interpretis, quod exiſtimaſſe videtur calumniatori cuilibet pœnam ex hoc edicto irrogandam eſſe, quod ſanè falſum eſt, oec minùs in ſpecie huius legis, quàm in lege ſequenti. Neutra enim pertinet ad hoc edictum, quamvis vtraque ſit de calumniatore. Pertinet tameo vtraque ad hunc titulum, qui eſt non de edicto prætoris, ſed generaliter, De calumoiatoribus, Titulus eſt generalis, Edictum ſpeciale. Quid verò ſi qois pecuniam ſtipulatus ſit à nocente ob non inſtituendam criminis accuſationem? Non incidit in hoc edictum, quod ſcilicet pertinet ad accipientes pecuniam, non ad ſtipulantes. Sed ſi tale crimen fuit de quo paciſci non licuit, petitio ſtipulatori denegatur, *l. ſi quidem. 9. in fin. C. de contr. & committ. ſtipul.*

9. PAPINIANVS lib. 2. de Adulteriis.

DE ſeruo qui accuſatur, ſi poſtulet [a], quæſtio habetur: quo abſoluto, in duplum pretium accuſator domino damnatur. Sed & citra pretij æſtimationem [b] quæritur de calumnia eius [c]: ſeparatum eſt etenim calumniæ crimen [d] à damno, quod in ſeruo propter quæſtionem domino datum eſt.

Ad leg. De ſeruo. vlt.

a *Si poſtuletur.* Ratio dubitandi. Noo debet eſſe in poteſtate aduerſarij vt aduerſarios torqueatur, non magis quàm vt ſupremo ſupplicio damnetur, præſertim cùm tortura ſit quid præparatorium ad mortem. Vnde & paſſim à pragmaticis noſtris mors ciuilis appellatur. Nec enim poteſt quis vnquam fieri iudex in cauſa ſua, niſi cùm ab aduerſario conſtituitur per delationem iuriſiurandi, *lege prima in principio.* Quarum rerum actio non detur. iunct. *titul. Cod. ne quis in ſua cauſa iudic. vel ius dicat.*

Ratio decideodi. Hoc ita conſtitutum eſt lege Iulia de adulteriis, non modò in odium adolterij, quod cum ſeruo admiſſum eſſe dicitur, ſed etiam in contemptum ſeruilis conditionis, cùm non ferè maior ſeruorum quàm pecudum & quadrupedum ratio haberetur, *lege ſecunda, infrà ad legem Aquiliam, leg. quod attinet. 32. de regulis iuris.* Itaque qoaſi nullum in eo damnum eſſet niſi domini, ſoli domino lex prouidit data ei actione io duplum pretium ad pleniſſimam indemnitatem ei præſtandam, *l. dominus. 6. C. hoc tit. l. patre. 6. inf. de quæſtionib. l. ſi poſtulauerit. 27. in princip. & §. vltim. infrà ad leg. Iul. de adult.*

b *Sed & citra pretij æſtimationem.* Id eſt, præter ac vltra pretij æſtimationem, quam proximè dictum eſt fieri vſque ad duplum.

c *Quæritur de calumnia eius.* Vt nimirum coërceatur, non quidem ex edicto, de qoo io *leg. 1. ſupr. hoc tit.* Cum quo nihil prorſus hæc ſpecies commune habet. ſed ex lege Remmia, de qua in *d. l. 1. §. calumniatorib. infr. ad Senatuſconſ. Turpill.*

d *Separatum enim eſt calumniæ crimen.* Ratio dubitandi. Damnum quod in ſeruo propter quæſtiooem domino datum eſt, oon niſi ab accuſatoris calumnia cauſam habuit, cùm ponamus accuſatorem fuiſſe calumniatorem. Ergo non poteſt io hac ſpecie crimen calumniæ ſeparari à damno illo, quod in ſeruo propter quæſtionem domino datum eſt.

Ratio decidendi. Damni huius caoſa proxima & immediata fuit quæſtio noo calumnia, & longè aliud eſt æſtimare damnum irrogatum domino, aliud verò æſtimare calumniam actoris. Per dupli præſtationem æſtimatur damnom domini, malitia verò calumoiæ per eam pœnam, quæ calumniatori eſt irroganda: Ex qua ratione intelligimus in iis quoque caſibos, qui pertineot ad edictum, de quo in *l. 1. ſupr. eod.* Separatum eſſe crimen calumniæ à damno, quod per pecuniæ dationem paſſos eſt is qui dedit, ob idque mirum videri non debere, quod nos contra Accurſ. & Bartol. adeóqoe contra Tribonianum defendimos in ſoperioribus. Quadrupli pœnam edicto prætoris irrogatam per condictionem datæ pecuniæ, neque perimi, neque minui, ne alioqoi calumnia vel impunita remaneat, vel minùs quàm prætor voloerit, quámque æquitas ferat, puniatur.

LIBER QVARTVS,

DE IN INTEGRVM RESTITVTIONIBVS.

TITVLVS I.

VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

VTILITAS huius tituli non eget commendatione : ipſe enim ſe oſtendit. Nam ſub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapſis, vel circumſcriptis ſubuenit, ſiue metu, ſiue calliditate, ſiue ætate, ſiue abſentia inciderunt in captionem.

2. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

SIue per ſtatus mutationem, aut iuſtum errorem.

Ad lib. 4. Pandectarum. Tit. I. De in integ. reſtit.

Ad l. Vtilitas. 1. & l. Siue. 2.

Ratio dubitandi. Reſtitutio in integrum non datur, niſi ad reſcindenda ea quæ ipſo iure tenent, *leg. 3. Codice, ſi aduerſ. libert. l. 2. & 4. Codice, in quibus cauſis reſtit. non eſt neceſſ.* Quia ſi communi auxilio & mero iure quis munitus ſit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, quale eſt reſtitutionis, *leg. in cauſa 36. in princ. de minoribus.* Ergo reſtitutiones omnes ſunt contra ius, & conſequenter odioſæ, *tot. tit. Cod. ſi contr. ius vel vtil. publ.* Præſertim cùm præbeant ingentem materiam litium, vt ſciunt qui in foro verſantur. Litibus autem nihil eſt odioſus in republica bene conſtituta, *l. 4. §. 1. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact. leg. quinam. 21. de reb. credit.*

Ratio decidendi. Reſtitutiones omnes ſunt contra ius ſummum & ſtrictum ſed non contra ius ſimpliciter. Ius enim noſtrum ex æquitate potiſſimùm æſtimatur, *leg. placuit. 8. Codice, de iudic.* Cùm nihil aliud ſit quàm ars boni & æquit: *leg. 1. §. 1. ſuprà, de iuſtitia & iure.* Nam ſi æquitatem à iure ſecernas nihil aliud erit ſummum ius quàm ſumma iniuria & ſumma crux. Omnes autem reſtitutiones à prætore dantur ex ſumma æquitate, cùm non aliis prætor ſubueniat, quàm qui vel lapſi ſunt propria ſcilicet facilitate, vel circumſcripti dolo aduerſarij, ſiue metu inciderint in captionem, de quibus eſt, *proxim. tit. Quod met. cauſ.* Siue calliditate, de quibus eſt titul. De dolo, ſiue ætate, de quibus in *titul. De minorib.* Siue abſentia, de quibus in *titul. Ex quibus cauſis maiores.* Siue per ſtatus mutationem, de quibus in *titul. De capit. minut.* Siue denique per iuſtum errorem, non qui interuenerit in ipſo negotio [is enim impedit ne quid agatur, *l. in omnibus. 57. de oblig. & action.*] Sed qui negotio cauſam dederit. Quanquam hic quoque error condictionem ſolet parere potiùs quàm reſtitutionem, *l. cum quis. 10. C. de iur. & fact. ignor. & tot. titul. De condict. indeb. D. & C.*

3. MODESTINVS lib. 8. Pandectarum.

OMnes in integrum reſtitutiones, cauſa cognita à prætore promittuntur : ſcilicet vt iuſtitiam earum cauſarum examinet, an veræ ſint, quarum nomine ſingulis ſubuenit.

Ad leg. Omnes 3.

Ratio dubitandi. Omnes in integrum reſtitutiones ſunt fauorabiles, vt proximè dictum eſt. Ergo debuit prætor facilis eſſe in iis promittendis, nec paſſim requirere cauſæ cognitionem. Nam quæ cauſæ cognitionem exigunt, ea per libellum & de plano expediri non poſſunt, *l. nec quicquam. 9. §. vbi decretum de officio proc.* Nec per magiſtratum municipalem, *l. ea quæ. 26. §. 1. ad municip. l. omnia. 71. l. vbicunque. 105. de regul. iuris.* Nec tantùm tribunal, ſed etiam præſentiam partis exigunt, *l. in cauſa. 13. l. etiam. 29. inf. de minoribus.*

Ratio decidendi. Reſtitutiones in integrum non ſunt fauorabiles ſimpliciter, ſed ſecundùm quid & ex ſuppoſitione, id eſt, ſuppoſita earum cauſa quæ ſit & iuſta & vera : quorum alterum ad iuris æquitatem refertur, alterum ad veritatem facti. Nec enim facilè & ſine cauſa reſcindendum eſt id quod ipſo iure tenet. Idque eſt quod hîc Modeſtinus ſcribit, *vt ſcilicet iuſtitiam earum,* id eſt reſtitutionum, *cauſarum examinet, & an veræ ſint.* Sic enim legendum eſt addita coniunctione, repetenda Florentini librarij more ex poſterioribus literis duabus dictionis præcedentis. Aliud enim eſt examinare iuſtitiam cauſæ reſtitutionis, aliud verò examinare an cauſa illa vera ſit, debétque præcedere examinatio iuſtitiæ, quoniam ea cùm ex edicto prætoris pendeat, facilior eſt, nulliuſque ſumptus, quod non ſimiliter de quæſtione facti dici poteſt. Hodie reſtitutiones omnes ex principali diplomate in parua, vt vocant, Cancellaria apud nos paſſim conceduntur. Examinata quidem cauſarum iuſtitia per Vicecancellarium,

cancellarium, ſed ſine diſcuſſione quæſtionis facti[l], quoniam ea quæſtio ad eum iudicem remittitur, ad quem diploma directum eſſe Princeps voluit. Nec eo minùs tamen iuſtitiam quoque cauſæ reſtitutionis idem iudex examinat, & plerumque improbat eam, quam Vicecancellarius pro iuſta habuit. Quæ res ingentem litium materiam ſæpè præbet.

4. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti Monitorij.

SCio illud à quibuſdam obſeruatum: ne propter ſatis minimam rem, vel ſummam: ſi maiori rei, vel ſummæ præiudicetur, audiatur is qui in integrum reſtitui poſtulat.

Ad l. Scio. 4.

R. dub. Nulla in integrum reſtitutio conceditur, niſi cauſa cognita & examinata iuſtitia & veritate cauſæ, *l. prox. ſupr.* Ergo quotieſcunque cauſa ſubeſt danda reſtitutionis, non poteſt illa niſi iniquè denegari, quia quod iuſtè concederetur, iuſtè recuſari nequit.

Ratio decidendi. Non eſt audiendus is, qui etiam ex iuſta cauſa in integrum reſtitui poſtulat, ſi maiori ſummæ vel rei præiudicetur, vt hæc lex ait. Non quia de minimis non curet prætor, vt vulgò noſtri ex hoc textu colligunt, ſed quoniam is demum iuſtum eſſe credendum eſt, quo nihil iuſtius fieri poteſt, *l. bona fides. 31. depoſit.* Iuſtius autem eſt, in minima re vel quantitate læſum manere eum, qui vult reſtitui; quàm ob minimam rem vel ſummam maiori præiudicari. Quando autem rei maioris pecuniæ præiudicium fieri videatur, explicat Neratius, in *l. res 21. de exception.* Illud ſanè verum eſt non facilè prætorem ex minima cauſa reſcindere id quod bona fide geſtum fuit, *leg. res bona fide. 4. de contrahenda emptione.* Sicut nec ſi dolus interuenerit, ob modicam tamen ſummam dat ille actionem de dolo, *l. ſi quis affirmauit. 9. aliàs l. ſi oleum. §. vltim. de dolo.* In ſumma ſolet prætor maiorem cauſæ cognitionem adhibere in iis quæ alteri rei præiudicium facere poſſunt, *l. de ætate. 63. infr. de minor.*

5. PAVLVS lib. 7. ad Edictum.

NEmo videtur excluſus, quem prætor in integrum ſe reſtituturum polliceatur.

Ad l. Nemo videtur. 5.

Ratio dubitandi. Priuatio præſupponit habitum, *l. 4. de iuſtitia & iure l. Titio vſusfruct. 96. de conditionibus & demonſtrationib.* Sic & reſtitutio excluſionem. Iis enim ſolis datur reſtitutio, qui læſi ſunt, ac proinde aliquo iure excluſi, *l. 1. & 2. ſupr. l. verum. 11. §. ſciendum infr. de minoribus.* Ergo excluſum eſſe oportet ab agendo eum cui actio reſtituitur, alioqui ſuperuacua & inanis reſtitutio eſt ei qui iure ipſo munitus eſt, *l. 2. & 4. C. in quib. cauſis non eſt neceſſaria in integrum reſtitutio, leg. in cauſa 16. infr. de minorib.* cùm reſtitutio nihil aliud ſit quàm redintegratio amiſſæ cauſæ, vt ſcriptum eſt, in *d. l. 4.* vel, vt Paulus in Sententiis definit, redintegrandæ rei vel cauſæ actio.

Ratio decidendi. Re vera excluſus eſt ipſo iure is cui reſtitutio in integrum neceſſaria eſt, *lege 2. Cod. de prædiis minorum.* ſed tamen non videtur excluſus in effectu, id eſt, non habetur pro excluſo, cùm amiſſam actionem recuperare per in integrum reſtitutionem quàm prætor ei pollicetur. Sicut enim is qui actionem habet, rem ipſam habere videtur, *leg. is qui actionem. 15. de regul. iuris*, ita & qui reſtitutionem ad actionem ipſam quoque actionem habere intelligitur. Nemo enim amiſiſſe, videtur id quod iuris auxilio recuperare poſſit, *leg. Labeo. 14. in fin. de verbor. ſignification.* Vnde eſt quod actio de dolo, quemadmodum non datur ei cui alia actio competit, ita nec ei qui actionem ſibi competentem amiſit ipſo iure, ſi eam recuperare poſſit per reſtitutionem, *leg. 1. §. idem Pomponius refert. infr. de dolo.*

7. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NOn ſolùm minoris, verùm eorum quoque qui reipublicæ cauſa abfuerunt: item omnium, qui ipſi potuerunt reſtitui in integrum, ſucceſſores in integrum reſtitui: & ita ſæpiſſimè eſt conſtitutum. Siue igitur hæres ſit, ſiue is, cui hæreditas reſtituta eſt [a]: ſiue filijfamiliàs militis ſucceſſor. in integrum reſtitui poterit. Proinde & ſi minor [b] in ſeruitutem redigatur, vel ancilla fiat: dominis eorum dabitur, non vltra tempus ſtatutum, in integrum reſtitutio. Sed & ſi fortè [illegible] minor erat captus in hæreditate, quam adierit.

IVlianus libro ſeptimodecimo Digeſtorum ſcribit, abſtinendi facultatem [d] dominum poſſe habere non ſolùm ætatis beneficio [e], verum & ſi ætas non patrocinetur [f]: quia non adipiſcendæ hæreditatis gratia legum beneficio vſi ſunt, ſed vindictæ gratia.

Ad l. Non ſolùm. 6.

Ratio dubitandi. Prætor per in integrum reſtitutionem non niſi lapſis vel circumſcriptis ſubuenit, *l. 1. hoc titul.* Atqui neque minorum, neque eorum qui reipublicæ cauſa abfuerunt, neque aliorum qui in integrum reſtitui poſſunt, ſucceſſores læſi ſunt aut circumſcripti, cùm non ipſi contraxerint, *lege Æmilius. 38.* in illis verbis, *quia pater eius non ipſa contraxerat.* de minoribus. Ergo ſucceſſores in integrum reſtitui non poſſunt cùm non eadem ſit ratio reſtitutionis in hærede, quæ fuit in defuncto, putà ſi maior minori ſucceſſerit, prudens imprudenti, præſens abſenti. Præſertim quia nec datur reſtitutio omnibus læſis, ſed tantùm petentibus, *l. quarta ſupr.* poteſt autem videri nunquam petiturus fuiſſe, qui non petiit quandiu vixit, argum. *l. vir. vſuras. 54. de donationibus inter virum & vxorem. leg. cùm quidam. 17. §. Diuus Pius. de vſuris.* Nam nec cætera priuilegia, quæ perſonæ tribuuntur, tranſeunt ad hæredem, *l. quia perſonale. 14. ſoluto matrimonio. leg. ex pluribus 41. de adminiſtratio. tutor.*

Ratio decidendi. Reſtitutiones omnes in integrum licèt plerumque dentur ob cauſam, quæ ſit perſonalis, nec tranſeat ad hæredes, dantur tamen ad rem ipſam [illegible] &

ratione geſti negotij, & ob id dicimus reſtitutionem eſſe redintegrandæ non perſonæ, ſed rei vel cauſæ actionem, vt ſupra diximus ex Paulo in ſententiis. *titul. De reſtit.* Denique nõ perſonæ tribuitur reſtitutio, ſed cauſæ, quæ meruit præcipuum fauorem vt Papinianus loquitur in *dicta lege ex pluribus.* Ergo mirum non eſt beneficium reſtitutionis tranſire in hæredem, vt & priuilegia illa dotis, quæ non tam perſonæ mulieris quàm doti ipſi tribuuntur. *leg. dotale. 13. §. haredi. de fundo dotali.* iunct. *leg. vnic. Cod. de priuilegio dotis.* Alioqui læſus remaneret etiam defunctus ipſe, qui tanto minùs locupletem hæreditatem reliquiſſet, eàque de cauſa fortaſſis hæredem non inueniret. In ſumma cùm eadem intelligatur eſſe perſona hæredis quæ defuncti, ſuccedatque hæres in vniuerſum ius quod defunctus habuit, *l. nihil eſt aliud. 24. de verborum ſignification.* non poteſt reſtitutio denegari hæredi, quæ competiit defuncto, *l. Pannonius. 86. de acquirenda hæreditate.* Sed ita tamen vt & petenda ſit & exercenda intra illud ipſum tempus, intra quod eam petere defunctus debuiſſet, *l. minor. 18. §. vlt. cum l. ſequent. infr. de minoribus. lege ſecunda & quarta. C. de temporib. in integr. reſt. l. vnic. C. ſi aduerſ.* nimirum quia eam petit hæres ex perſona defuncti, non ex propria, *dicta l. 4. d. l. vnic.*

a *Siue is cui hæreditas reſtituta eſt.* Ratio dubitandi. Neque fideicommiſſarius, cui hæreditas ex ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt, neque pater qui filijfamilias militis peculium iure patris occupauit, hæres dici poteſt. Non fideicommiſſarius, qui hæreditatem reſtituit, hæres nihilominùs manet, *§. reſtituta. Inſtitut. de fideicommiſſaria hæreditate.* Duo autem vni homini hæredes eſſe non poſſunt, *lege quòd contra. 141. §. vni duo. de regulis iuris.* Non pater, quia filiusfamilias etiam miles nec hæreditatem, nec hæredem habere poteſt ex conſtitutionibus, niſi facto teſtamento, aditaque ex eo hæreditate, *lege ſecunda. de caſtrenſi peculio. leg. filiusfamilias. 18. ad legem Falcidiam. leg. vlt. in fine. ad ſenatuſconſultum Tertyllianum.* Ergo in iſtos non debet tranſire beneficium quod tranſit in hæredes.

Ratio decidendi. Etſi non ſunt iſti hæredes, ſunt tamen hæredum loco, *lege prima & ſecunda & paſſim, ad Senatuſconſultum Trebellianum. dict. leg. filiusfamilias.* Eodem igitur iure cenſeri debent quo hæredes, quia æquè ſunt ſucceſſores & quidem vniuerſi iuris, quod ſufficit. Nam nec alia de cauſa tranſit hoc ius in hæredes, quàm quod ſint illi ſucceſſores iuris.

b *Proinde & ſi minor.* Ratio dubitandi. Minor qui in ſeruitutem redigitur, non tam ius ſuum in alium tranſmittere intelligitur, quàm deſinit ipſe ius nullum habere, quia licèt ſeruitus morti aſſimiletur, *l. intercid. 59. in fin. de conditionibus & demonſtrationibus. l. ſeruitutem. 209. de regul. iuris.* is tamen qui fit ſeruus ita moritur, vt non eo magis hæredem habere poſſit. Ergo eius domino non poteſt competere reſtitutio quæ ipſi dum liber eſſet, competebat.

Ratio decidendi. Quiſquis in alterius poteſtatem ſiue patriam ſiue dominicam redigitur, is cum capite ſuo fortunas quoque ſuas omnes in eam familiam transfert, quoniam bona caput ſequuntur, *lege qui liberis. 11. §. teſtamento. de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas.* Ergo & ius reſtitutionis quod ei libero competebat, ſequetur Vniuerſitatem bonorum, vt in dominum ſimul cum cæteris bonis transferatur. Quod enim amittitur ei qui fit ſeruus, neceſſe eſt vt alij acquiratur. Alij porrò quàm domino acquiri non poteſt, quippe qui eodem inſtanti dominus fit, & perſonæ & bonorum iuriúmque omnium ad eam perſonam ſpectantium.

c *Sed & ſi fortè.* Ratio dubitandi. Semel hæres ſemper manet, nec poteſt vnquam deſinere hæres eſſe, *leg. ei qui ſoluendo. 88. de hæredibus inſtituend.* Atqui minor adeundo hæreditatem quamuis damnoſam, perinde fit hæres atque alius quilibet, alioqui non eſſet ei neceſſaria reſtitutio aduerſus aditionem hæreditatis, quæ tamen neceſſaria ſemper eſt præterquàm in pupillo, qui ſe paternæ immiſcuit hæreditati, *lege neceſſarius. 57. de acquirenda hæreditate.* Ergo non poteſt hoc caſu locus eſſe reſtitutioni, quaſi res ipſa non capiat reſtitutionem, vt in ſpecie, *l. ſi ex cauſa. 9. §. vlt. infr. de minorib.*

Ratio decidendi. Is qui ſemel hæres fuit, remanet quidem hæres ipſo iure ſemper, in caſibus, *leg. in ſubſtitutione. 31. leg. ex facto. 43. §. vltim. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Sed tamen poſt impetratam ab eo reſtitutionem in integrum non habetur pro hærede à prætore, qui neque ei neque in eum dat hæreditarias actiones, ſed ei & in eum, ad quem hæreditatis emolumentum transferri poteſt, id eſt, qui in gradu & iure ſuccedendi, hactenus tamen vt non directæ ſint illæ actiones, ſed vtiles, *leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. de minor.*

d *Abſtinendi facultatem.* Qui enim reſtituitur in integrum aduerſus aditionem hæreditatis à ſe factam, is non repudiare dicitur, [nec enim ſemel adita hæreditas repudiari vnquam poteſt, *leg. 4. Cod. de repud. vel. abſtin. hæred.*] ſed abſtinere, *leg. 1. §. ſi quis adita, infr. Senatuſconſultum Tertyllianum.* Repudiamus enim aliena, abſtinemus autem à noſtris. Alioqui abſtinere proprium eſt ſuorum hæredum, repudiare verò extraneorum.

e *Non ſolum ætatis beneficio.* Ratio dubitandi, Dominus, in cuius poteſtatem libertus ob ingratitudinem redigitur, neque hæres neque ſucceſſor liberti eſt, ſed dominus, cùm neque ſeruus neque viuus homo hæredem habere poſſit, *l. 1. de hæred. vel. act. vend. l. 1. pro hæred.* Ergo beneficium reſtitutionis aduerſus aditionem non poteſt ei competere, quod competiit liberto minori.

Ratio dec. Non quidem hæres eſt aut ſucceſſor hæreditarius, nec qui hæredis loco eſſe poſſit, ſed tamen non eo minus iuris habet, cùm vniuerſa liberti bona occupet iure peculij, ex quo inſtanti libertus ille redactus eſt in ſeruitutem. Neque enim qui ſeruus eſt, aliud patrimonium habere poteſt quàm peculium, *l. 5. §. vlt. l. quoties, 47. in fin. de peculio.* Imò plus iuris habet quàm hæres, vt mox dicemus.

f *Etſi ætas non patrocinetur.* Ratio dubitandi. Nemo plus iuris habere poteſt ex alterius perſona, quàm alius ille habuerit, *lege nemo plus iuris. 54. de regul. iur.* Atqui non poſſet libertus liber manens reſtitui in integrum aduerſus aditionem, ætas non patrocinaretur, *l. 4. vltim. C. Cod. de repud. vel abſtin. hæred. & tot. tit. Cod. ſi vt minor ſe ab hæreditate abſtinen.* Ergo neque dominus ex ipſius perſona poterit.

Ratio decidendi. Plus iuris habet dominus quam habuerit libertus, quia non ex liberti perſona ius hoc accipit, ſed ex propria & ſuo iure, id eſt, quia fuit antea patronus, nunc dominus, ideóque mirum non eſt ſi non teneatur præſtare factum liberti, cuius neque ſucceſſor eſt, quamuis non niſi ob factum & ingratitudinem liberti ius hoc habere cœperit. Idque eſt quod hic Vlpianus ex Iuliano ſcribit, *quia non adipiſcendæ hæreditatis gratia legum beneficio vſus ſit, ſed vindictæ gratia.* Ius enim quod à tempore datæ libertatis habuit patronus reuocandi quandocunque liberti in ſeruitutem ex cauſa ingratitudinis, non debent ei durius fieri, aut difficilius ex eo quod libertus medio tempore, & dum liber eſſet, damnoſam hæreditatem adierit. Ne ſit in aliena poteſtate alterius ignorantis conditionem facere deteriorem, *leg. ſecunda. quod vi aut clam.* Aliud eſſet in quolibet liberti hærede aut ſucceſſore. Is enim non poſſet omittere hæreditatem, quam libertus adiiſſet, niſi beneficio reſtitutionis, ſi qua reſtitutio ex cauſa ætatis liberto ipſi mortis tempore competiiſſet, *leg. ſi quis filiumfamilias.*

familias.7.§.vltim.de acquirenda hæreditate. excepto caſu eiuſdem legis, in *§.primo.* vnde ſompſit Iuſtinianus occaſionem potius quàm cauſam conſcribendæ, *leg. cum antiquioribus.19. C.de iure deliberandi.* vt ſcripſimus in Hemichiade noſtra, *De erroribus pragmat.*

7. MARCELLVS lib.3. Digeſtorum.

DIuus Antonius Marcio Auito prætori de ſuccurrendo ei qui abſens rem amiſerat, in hanc ſententiam reſcripſit: *Et ſi nihil facilè mutandum eſt ex ſolemnibus: tamen, vbi æquitas euidens poſsit, ſubueniendum eſt, itaque ſi citatus non reſpondit, & ob hoc more pronunciatum eſt* [a]*, confeſtim autem pro tribunali te ſedente adiit: ſedentem exiſtimari poteſt, non ſua culpa, ſed parum exaudita voce præconis defuiſſe: idóque reſtitui poteſt.*

Ad l. Diuus.7.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l.1.2. & 3. ſupr.eod.*

a *Et ob hoc more pronunciatum eſt.* Id eſt, propoſita tria edicta, de quibus, in *l. ad peremptorum.68. & ſequentibus infr.de iud.* & ex peremptorio, per quod fit vt citati contumacia pro præſentia habeatur. *Authent. qua in prouincia Cod.vbi de crimin.act. oper.*

Ratio dubitandi. Iudex poſteaquàm, pronnociauit officio ſuo functus eſt, ideóque ſententiam ſuam mutare aut corrigere non poteſt, *l. iudex poſteaquàm 55. de re iudicat.* Ergo poſt pronnntiationem nullum auxilium ſupereſſe poteſt ei qui fuit condemnatus niſi in appellatione.

Ratio decidendi. Contumax appellans non auditur ex ratione iuris, quia contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coërcetur, *lege contumacia. 53. eodem titulo* quamuis moribus noſtris audiatur, ſi expenſas refundat. Eſt igitur ei neceſſaria in integrum reſtitutio, quæ tamen etiam ipſa denegatur ei qui verè contumax fuit. ſed non illi qui breui pronunciationem interiecto ſpatio iudicem adſit fortaſſis adhuc pro tribunali ſedentem. Is enim exiſtimari poteſt non ſua culpa, ſed quia vocem præconis, à quo citatus fuit, parum exaudierit defuiſſe ideóque reſtitui poteſt, vt Imperator Antonius reſcripſit. Quodnam autem breue illud tempus ſit & quantum eſſe debeat arbitrio iudicis relinquendum eſt ex perſonarum, locorum, rerum & temporum varietate, *leg. quod dicimus. 105. de ſolutionibus l.continuus. 137. §. cùm ita. de verb.oblig.*

3. MODESTINVS lib.8. Pandectarum.

1 ¶ Nec intra has ſolùm ſpecies conſiſtet huius generis auxilium, etenim deceptis ſine culpa ſua [b], maximè ſi fraus ab aduerſario interuenerit [c], ſuccurri oportebit: cùm etiam de dolo malo actio competere ſoleat, & boni prætoris eſt [d] potiùs reſtituere litem, vt & ratio & æquitas poſtulabit: quàm actionem famoſam conſtituere, ad quam tunc demum deſcendendum eſt, cùm remedio locus eſſe non poteſt.

Ad §.1. Nec intra.

b *Deceptis ſine culpa ſua.* Ratio dubitandi. Imputandum eſt ei qui cautiùs negotiatus non fuit, vt negotiari debuit, *leg. 2. Cod.de furt. leg. qui cùm alio.19. de regul.iur.* Atqui culpa ſemper aliqua eſt eius imputari aliquid poteſt, & omnium optima exceptio illa eſt, ſi cui poſſit obiici, imputes tibi, *leg. ſi extraneus.33. de iure dotium. leg.1.§.item quæritur.de ſepar. & paſſ.* Quod autem quis ex culpa damnum ſentit, non videtur ſentire, *leg. quòd quis ex culpa.203. de reg.iur.* Ergo ei quoquomodo ſe decipi paſſus eſt, ſubueniri non oportet.

Ratio decidendi. Non quibuſlibet ſine culpa ſua deceptis ſubuenitur, ſed iis tantùm qui vel aduerſarij dolo decepti ſunt, vt ſequitur in textu, vel facilitate ſua, cuius tamen facilitatis veniam merentur, vt contingit in minoribus. Ideóque addidit hîc Marcellus, *ſine culpa ſua,* ne quis putaret ſuccurrendum eſſe maiori cuilibet ſola ſua facilitate decepto.

c *Maximè ſi fraus ab aduerſario interuenerit.* Ratio dubitandi. Etiam in emptionibus & locationibus, quæ bonæ fidei ſunt, licèt contrahentibus naturaliter ſe ſe inuicem circumſcribere & decipere, *leg. in cauſa, 16.§.idem Pomponius, de minoribus. leg. item ſi prælat. 22. §. vltim. locat.* Ergo etiam in aliis quibuſlibet contractibus multò magis aduerſarij fraus impunita eſſe debebit.

Ratio decidendi. Debent ij loci intelligi deceptione quæ interuenerit in re ipſa, id eſt, in quantitate ſiue pretij, ſiue mercedis non de illa quæ interuenerit per aduerſarij dolum ex propoſito, qui in machinatione & fallacia conſiſtit, *l.1.§.dolum malum. de dolo malo.* Is enim ſemper & ab omnibus contractibus excluditur, quia in omnibus bona fides deſiderantur, *lege bonam fidem.4.Cod. de oblig. & act.* Idque apparet clariùs ea *leg. ideo.23. locat.*

d *Et boni prætoris eſt.* Ratio dubitandi. Bonus prætor nunquam debet impunitum dolum relinquere, at è contrario quibus poteſt remediis coërcere, ne qua fraudibus via pateſiat. Ergo non eo minùs debet actionem famoſam decernere contra doluſum, quod aliqua actione alia poſſit eſſe conſultum ei qui dolum paſſus fuit, vt ita puniatur is qui dolum admiſit, cuius alioqui dolus non puniretur, propoſita contra eum actione non famoſa.

Ratio decidendi. Sicut boni prætoris eſt lites diminuere, & actionem nunquam niſi ex neceſſitate concedere, quia per actiones diſceptatur, & lis conſtituitur, *l.2. §.deinde ex his legibus de orig.iuris.* Ita & actionem famoſam denegare quoties alia competere poteſt per quam æquè ſuum conſequi poſſit. Nihil enim actoris intereſt. At intereſt reipublic. ſaluam & illæſam, ſi fieri poteſt, ciuium omnium famam & exiſtimationem conſeruari. Mirum igitur non eſt actionem de dolo tandiu denegari, quandiu alij remedio locus eſſe poteſt.

8. MACER lib.2. de Appellationibus.

INter minores vigintiquinque annis, & eos, qui reipublicæ cauſa abſunt: hoc intereſt quòd minores annis etiam qui per tutores [a] curatorésve ſuos defenſi ſunt, nihilominùs in integrum contra

rempu

rempublicam reſtituuntur [b], cognita ſcilicet cauſa [c]: ei verò qui reipublicæ cauſa abſit, cæteris quoque, qui in eadem cauſa habentur, ſi per procuratores ſuos defenſi ſunt [d], hactenus in integrum reſtitutione ſubueniri ſolet, vt appellare his permittatur.

Ad l. Inter minores. 8.

Ratio decidendi. Maior eſt fauor reipublicæ quàm priuati. Semper enim reſpublica præfertur priuatæ, *l. ita vulneratus. §1. § vlt. ad legem Aquiliam.* Atqui fauor eorum qui reipublicæ cauſa abſunt, ad fauorem reipublicæ pertinet. Fauor verò qui minoribus indulgetur, ſicut ex cuiuſque ætate proficiſcitur, ita priuatam cauſam videtur habere potiùs quam publicam. Ergo non minùs, imò magis fauorabilis debet eſſe reſtitutio, quæ abſentibus reipublicæ cauſa, quàm quæ minoribus indulgetur.

Ratio decidendi. Diuerſitatis huius ratio non tam ex fauore minoris proficiſcitur, quàm ex differentia quæ eſt inter procuratorem & tutorem vel curatorem, vt dicemus ad finem huius legis. Quanquam dici etiam poteſt, minorum fauorem hac parte maiorem eſſe quàm abſentium cauſa reipublicæ, quia non tantùm ætas ipſa fauore digna viſa fuit, ſed & ad publicam vtilitatem id pertinet, vt minoribus ſubueniatur, ne alioqui facilè & paſſim fiat vt incidant in egeſtatem, ob eámque cauſam minus habeant virium & neruorum ad rempublicam, ſi quando opus ſit, adiuuandam. Intereſt enim reipublicæ vt neque viris neque viribus deſtituantur, *l. 5. §. præſes. de muner. & honor.*

a *Etiam qui per tutores.* Ratio dubitandi. Non eſt concedendum extraordinarium auxilium reſtitutionis, vbi ordinarium ipſo iure competit, *leg. in cauſa. 16. in princ. de minorib.* Atqui minor qui tutorem vel curatorem habuit, à quo defenſus fuit, vel læſus non eſt, ſi bene & ex fide defenſus fuit, vel ſi malè & perfidè, aut negligenter in ea re tutor aut curator verſatus ſit, tenetur eo nomine minori actione tutelæ vel curæ, *tot. tit. De tutel. & ration. diſtr. & Cod. arbitr. tutel.* Ergo nullus caſus eſt quo minor à tutore vel curatore defenſus poſſit habere reſtitutionem. Vt neque ſi indefenſus fuit, quia tunc ipſo iure non valet res iudicata, *leg. contra pupillum. 54. de re iudic.*

Ratio decidendi. Pupilli & cuiuſlibet minoris intereſt tunc quoque cùm à tutore vel curatore defenſus eſt, vt nihilominùs poſſit in integrum reſtitui, ſi qua in re læſus reperiatur, *l. 1. & toto titul. C. ſi tutor vel curator interuen.* quia non ideo dantur tutores aut curatores minoribus, vt deterioris conditionis ſint quàm ſi tutorem aut curatorem non habuiſſent, ſed vt ſint melioris. Credibile autem eſt meliùs ſibi proſpecturum fuiſſe minorem, ſi minor non fuiſſet, quàm ei tutor vel curator proſpexerit, qui eum lædi paſſus eſt. Præter id quod fieri facilè poteſt vt actio tutelæ vel curæ maiores difficultates habitura ſit, quàm reſtitutio in integrum, ſi fortè tutor aut curator ille ſit, cui parcere minor poſſit vel debeat, aut qui ob dignitatem fortaſſe difficilioris ſit conuentionis, aut denique qui nec ſoluendo ſit, nec idoneos habeat fideiuſſores.

b *Contra rempublicam reſtituendos.* Bene ac ſubtiliter Anton. Goueanus docuit locum hunc corruptum eſſe, & egere ipſum reſtitutione, ſicque emendandum, vt pro *rempublicam* legamus *rem iudicatam*, quod & Cuiacius probat. Non enim opponitur in hac lege minor reipublicæ quaſi aduerſarius, ſed quaſi fauorabilior etiam aduerſus alium quemlibet agens, quàm reſpublica agens contra quoſlibet alios, etiam qui non ſint minores. Minoribus etiam defenſis datur reſtitutio citra appellationem. Iis verò qui reipublicæ cauſa abfuerunt, non niſi hactenus vt iis permittatur appellare.

c *Cognita ſcilicet cauſa.* Id eſt, ſi læſi probentur. Nunquam enim pupillus aut minor in integrum reſtituendus eſt tanquam pupillus aut minor, ſed tanquam læſus, *l. nam poſteaquam. 9 §. ſi minor. infr. de iureiuran. l. verùm. 11. §. ſciendum. l. quòd ſi minor. 24. §. non ſemper de minoribus.*

Ratio dubitandi. Publicè intereſt ſententiam non reſcindi citra appellationem propter rerum iudicatarum auctoritatem, *leg. vltim. & tot. tit. Cod. ſentent. reſcind. non poſſ.* nec ſi per ſordes, aut gratiam, aut per errorem iudicatum probetur, *leg. ſeruo. 65. §. cùm prætor. ad SC. Trebellian.* Ergo non eſt permittendum minoribus vt reſtituantur in integrum aduerſus rem iudicatam, niſi hactenus vt iis liceat etiam poſt legitima appellandi tempora appellare. Maximè cùm appellationis auxilium ſit ordinarium & iuris communis, auxilium verò reſtitutionis extraordinarium, *dict. lege in cauſa. 16. infra de minoribus.* Sed & qui appellat, conqueritur de iniquitate iudicis, qui verò petit reſtitutionem non niſi de ſeipſo, vel de aduerſario, *l. præfecti. 17. eod.*

Ratio decidendi. Quod appellatio interpoſita præſtat maioribus hoc beneficio ætatis per reſtitutionem in integrum conſequuntur minores, *l. præſes. 42. eod. tit.* Quemadmodum ergo appellatio in maiore & ſuſpenderet & reſcinderet iudicatum, *l. 5. § ad Senatuſconſultum Turpillian.* ita & reſtitutio in minore. iunct. *l. ſi cauſa cognita 32. C. de tranſactio.* iunct. *tot. tit. C. ſi aduerſ. rem iudicat.*

d *Si per procuratores ſuos defenſi ſint.* Ratio dubitandi. Nihil intereſt an is qui reipublicæ cauſa abfuit, procuratorem in ciuitate habuerit aliquem an nullum, *leg. ſed & ſin. 26. §. vltim. ex quibus cauſis maior.* aut ſi quid interſit, eſt ei imputandum cur abfuturus non reliquerit procuratorem, cùm potuerit relinquere, *leg. Papinianus. 20. de minoribus.* Eſtque multo commodius iis qui abſentes reipublicæ cauſa læſi ſunt, vt ad ea ipſa bona quæ amiſerunt recuperanda in integrum reſtituantur, quàm vt poſſint appellare, cùm plures poſſint eſſe cauſæ reſtitutionis, appellationis verò vna tantùm, id eſt, iniquitas iudicis, *dicta lege præfecti. 17. de minoribus.*

Ratio decidendi. Cùm agitur de re iudicata, ponendum neceſſariò eſt eum, qui cùm reipublicæ cauſa abeſſet, condemnatus eſt, defenſum fuiſſe per procuratorem, quoniam alioqui condemnatio contra eum lata non teneret ipſo iure, non magis quàm ſi aduerſus pupillum aut minorem indefenſum lata fuiſſet. Omnium enim hac parte vna eadémque ratio eſt, *l. contra pupillum, 54 de re iudic.* Sed in aliis cauſis nihil intereſt, *dict. l. 26. §. vlt. ex quib. cauſ. maior.*

e *Vt appellare his permittatur.* Ratio dubitandi. Reſtitutio in integrum omnia in priſtinum ſtatum reſtituit, *leg. quòd ſi minor. 24. § reſtitutio. de minoribus.* Ergo facere debet, vt ei qui reipublicæ cauſa abfuit & condemnatus eſt defendente licèt procuratore, perinde liceat ex integro cauſam agere, atque liceret tutori, qui & à tutore vel curatore defenſus & condemnatus fuiſſet.

Ratio decidendi. Si is qui reipublicæ cauſa abfuit, præſens fuiſſet & defenſus per procuratorem, nihil aliud facere potuiſſet, niſi vt à ſententia appellaret, non etiam vt cauſam verum procuratorem afficit, *l. 1. Cod. quib. res iudicata non nocet. l. vltim. C. inter alios act. vel iudic. aliis non nocere.* Nempe quòd nihil interſit, an qui aliquid per ſe, an per alium quem elegit. *lege quinta. §. quòd ſi quis. de adminiſtratione tutor.* Omnia igitur ei conſeruantur integra, cùm poſt elapſa appellandi tempora ad hoc reſtituitur vt poſſit appellare. Nam nec reſtitutio aliud ei poteſt aut debet reddere, quàm quòd abſtulit læſio, quam ſemper reſtitutio præſupponit, *lege prima. ſupra*

leg.

leg.ſed & ſi 26. §.quoties.infr.ex quib.cauſ. maior. Atqui non fuit læſus in eo quod dedit procuratorem, ſed in eo tantùm quod paſſus eſt labi tempora ad appellandum præſtita, quæ veriſimiliter non fuiſſet paſſus elabi, ſi præſens fuiſſet. Hactenus ergo duntaxat reſtitui debet vt poſſit appellare, non vt cauſam ex integro agere. Minoris qui per tutorem vel curatorem defenſus fuit, alia ratio eſt. Neque enim ipſe ſibi dat tutorem vel curatorem, ſed à magiſtratu accipit etiam inuitus ad litem. Ideóque ne factum alienum ei noceat, æquum eſt dari ei reſtitutionem ad cauſam ex integro tractandam, quam ipſe non per alium, ſed per ſe tractandam quam ipſe non per alium, ſed per ſe tractaſſet, aut ſaltem per procuratorem quem diligentiorem elegiſſet, ſi maior fuiſſet. Itaque hæc differentia non tam ex eo naſcitur, quòd maior ſit aut eſſe debeat fauor minorum quàm abſentium cauſa reipublicæ, ſed ex eo potiùs quod maior ratio ſit vt factum procuratoris noceat domino, quàm vt factum tutoris vel curatoris minori.

QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT.

TITVLVS II.

1. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

AIt prætor: *Quod metus cauſa geſtum erit ratum non habebo.* Olim ita dicebatur, *quod vi, metúſve cauſa*, vis enim fiebat mentio propter neceſſitatem impoſitam contrariam voluntati [b] metus inſtantis, vel futuri periculi cauſa mentis datione, ſed poſt ea detracta eſt vis mentio: ideo quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

Ad Tit. II. Quod met. cauſ. geſt. erit.

Ad l. Ait prætor. 1.

a *Olim ita dicebatur.* Erant enim prætorum edicta olim annua, & pro arbitrio eorum qui proponebant aliter atque aliter concepta, vt vel hic vnus locus omnium optimè oſtendit. Poſtea id immutatum eſt facto edicto per Imperatorem Hadrianum, & compoſito per Saluium Iulianum.

b *Contrariam voluntati.* Ratio dubitandi. Coacta voluntas eſt nihilominus voluntas, *lege ſi mulier. 21. §. vlt. infr. hoc tit. l. ſi patre cogente. 22. infr. de rit. nuptiar.* Ergo vis non eſt contraria voluntati, tametſi neceſſitatem imponat.

Ratio decidendi. Nihil tam proprium eſt voluntatis, quàm vt liberum eligendi arbitrium habeat, quo ſublato, neque voluntas vlla, neque homo quiſquam eſt, ſed bellua, *l. 1. C. de ſacroſanct. eccleſ. l. ſi quis in princip. 22. de legat.* §. Ergo nihil tam contrarium voluntati eſſe poteſt, quàm impoſita neceſſitas aliquid faciendi, licèt is qui coactus aliquid facit, hoc quoque non tam voluiſſe videatur, quàm maluiſſe, vt ait *d. l. ſi patre.* Id eſt, potiùs quàm reſiſtere neceſſitati, cui nec potuiſſet reſiſtere, etiamſi voluiſſet. Nam ſi potuit, metus fuit, non vis, cùm nihil aliud ſit metus, quàm mentis trepidatio inſtantis vel futuri periculi cauſa, vt ſequitur, in *hac lege iunct. leg. ſeq.*

b *Quodcunque vi atroci fit.* Itaque vis atrox includit metum, at non contrà, metus vim atrocem. Et ob eam cauſam, inquit Vlpianus, detracta tandem fuit vis mentio in hoc edicto, quod ita ſimpliciter conceptum fuit, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo.*

Ratio dubitandi. Nihil tam contrarium eſt conſenſui, qui bonæ fidei iudicia ſuſtinet, quàm vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores eſt, *leg. nihil conſenſui. 116. de regulis iuris.* Atqui ſine conſenſu contractus nullus eſſe poteſt, ſiue bonæ fidei ſit, ſiue ſtricti iuris, & ſiue ea eorum numero, qui conſenſu perfici dicuntur, ſiue re, aut verbis, aut literis perficiatur, *l. in omnibus rebus. 5. de obligationibus & actionibus.* quia cùm dicimus contractus aliquos conſenſu perfici, non illud ſignificamus, aliquos eſſe qui conſenſum non exigant, *lege prima. §. conuentionis. ſuprà de pactis.* ſed ita loquimur ad differentiam aliorum contractuum, qui conſenſu ſolo contenti non ſunt, ſed præterea vel rem aliquam exigunt, vel literas vel verba. Ergo cùm id quod metus cauſa geſtum eſt, non habeat conſenſum illius, qui metum paſſus eſt, conſequens fit, vt non valeat ipſo iure, quomodo nec valent cætera, quæ bonis moribus aduerſantur, *leg. filius. 15. de condit. inſtit. leg. 4. Cod. de inutil. ſtipulation.* Proinde non poteſt videri neceſſarium auxilium prætoris & in integrum reſtitutionis, vt ratum non habeatur id quod ipſo iure non tenet.

Ratio decidendi. In eo quod per vim vel metum fit, conſenſus aliquis interuenit, quamuis coactus, *dict. l. ſi mulier. 21. §. vlt. infr. hoc titul. dict. leg. ſi mulier 21. §. vlt. infrà hoc tit. dict. l. ſi patre. 22. de ritu nuptiarum.* ideóque qui per vim aut metum cogit me vt rem meam ei vendam & tradam, non rapere illam aut eripere dicitur, ſed extorquere, quia per manus meas rem accipit. Proinde faciendum eſt mero iure contractum & traditionem tenere, & conſequenter neceſſarium eſſe auxilium prætoris, vt quod contra bonos mores ita geſtum eſt, reſcindatur per in integrum reſtitutionem: quia quod metus cauſa geſtum erit, nullo tempore prætor ratum habebit, *dict. leg. ſi mulier. 21. §. primo. infr. leg. interpoſitas. 13. C. de tranſact.*

2. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

VIs autem eſt maioris rei impetus qui repelli non poteſt.

Ad l. Vis autem eſt. 2.

Ratio dubitandi. Vis eſt non tantùm ſi homines vulnerentur, ſed etiam ſi quis rem ſuam aut ſibi debitam repoſcat per ſe & propria auctoritate, non per iudicem, *leg.*

leg.extat.13.infr.hoc tit. Non igitur bona eſt hæc violentiæ definitio, quæ non omnem vim complectitur.

Ratio decidendi. Hæc definitio pertinet ad eam vim, quæ re vera & naturaliter vis eſt. Alia vis eſt quæ ciuiliter, vt ita dicam, ſic appellatur, & per interpretationem iuris ciuilis, vt quodcuoqoe non iure fit, id non ſolùm per iniuriam, ſed etiam plerunque per vim fieri exiſtimetoi, ſi quid ab alio extorqueatur inuito. Nam cùm libertas ſit naturalis facultas eius quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut iore prohibeatur, *l.4.de ſtatu hom.* nihil poteſt fieri cootrarium liberæ voluntati hominis liberi, quin hoc ipſo vis aliqua adhibeatur, oiſi interueniat auctontas magiſtratus, *leg.penult. ad leg. Iul.de vi public. l. non eſt ſingulis.176. de regulis iuris.* Sed & dici poteſt, definiri hîc à Paulo eam vim, quæ pertinet ad hoc edictum, id eſt vim, & qoæ aduerſus bonos mores fiat, vt Vlpianus loquitur, in *l.ſeq.* non eam quæ non tam bonis moribus naturalibus, quàm iuri ciuili aduerſatur, qualis ea eſt, de qoa, in *d.l.extat.* Nec enim illa hoc edicto viodicatur, ſed lege Iulia de vi.

3. VLPIANVS libro 11. ad Edictom.

COntinet igitur hæc clauſula & vim, & metum, & ſi quis vi compulſus aliquid fecit a: per hoc Edictum reſtituitur.

Ad l. Continet. 3.

Ratio dobitandi. Si idem ſunt vis & metus; cur diuerſa habet nomina? *leg.ſi idem.7.Codic.de iure codicillorum.* Si verò ſunt quid diuerſum, vt ſunt. Ergo edictum prætoris, quod de metu duntaxat locutum fuit ad vim porrigi noo poteſt, præſertim cùm hoc edictum ſit pœnale, ex quo ſcilicet quadrupli condemnatio irrogatur ei qoi edicto iſto tenetur. *leg.item ſi cum.14.§.primo infr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Differunt ſanè vis & metus, ſed tanqoam genus & ſpecies, quia quicquid per vim fit, id per metum quoque fieri intelligitur, non contra, vt diximus ad *leg.1.ſupr.* Edictum igitur quod de metu factum eſt, vim qooque complectitur, quæ dicontur de genere, dicootur de ſpecie, ooo ex dioerſo, vt aiunt Logici.

a *Si quis vi compulſus aliquid vi fecit.* Hoc enim edicto non id agit prætor, vt eum qui vim aut metum intulit, puniat omnimodo, aut principaliter, ſed vt eum qui vim aut metum paſſus eſt, reſtituat in integrum, ne improbom adoerſarij factum ei noceat. Itaque ſi reſtitutione oulla opus ſit, quamuis factam vim eſſe conſtet, quam pœna aliqua puniri oporteat, non pertinebit ea vis ad hoc edictum, putà ſi is qui vim paſſus eſt nihil fecerit, ſed tantùm vim paſſus ſit, vt ſi cui erepta ſit per vim pecunia vel res alia, quam habebat. Et inde eſt quod is qoi vt compulſus aliquid fecit indiget auxilio reſtitutionis, quia faciendo conſenſit, quod non ſimiliter dici poteſt de eo qui vim tantùm paſſos fuit.

1 ¶ Sed vim accipimus atrocem, & eam, quæ aduerſus bonos mores fiat: non eam quam magiſtratus rectè intulit b, ſcilicet iure licito, & iure honoris, quem ſuſtinet, cæterùm ſi per iniuriam quid fecit populi Romani magiſtratus, vel prouinciæ præſes, Pomponius, ſcribit, hoc edictum locum habere, ſi fortè (inquit) mortis aut verborum terrore pecuniam alicui extorſerit.

Ad §. 1. Sed vim.

R.dub. & decid. eadem quæ ad *l. 2.ſup.* Iunge quatuor leges ſequentes.

b *Non eamquam magiſtratus rectè intulit.*] Ratio dubitandi. Non debet iniuriarum occaſio iode proficiſci, vnde iura naſcuntor, *l.meminerint.6. C. vnde vi.* Atqui magiſtratus in republica ob id maximè conſtituti ſunt vt prouideant ne qua vis fiat, *leg.ſi cuius 13. §. ſed inter duos.* aliàs *leg.æquiſſimum.de vſufruct.leg.non eſt ſingulis.176.de regulis iuris.* Ergo nunquam magiſtratus vim inferre debet. Imò nec dici poteſt vis, quam magiſtratus intulit rectè & iure magiſtratus. Nam ſi vis noo eſt cùm qois per iudicem repoſcit quod ſoum eſt, vel quod ſibi debetur, *leg.extat. 13. quod metus cauſ.* quaoto minùs vis dicenda erit ſi quid à iudice ex officio, quamuis inoitum decernator?

Ratio decidendi. Dicitor etiam vis ea, quam infert magiſtratus iore imperij ſoi, quia ius non redditor, neque ſeotentia fertur, niſi in iouitum, *leg.Inter ſtipulantem.83.§.1.de verb.oblig.* Vnde dicimos *vim imperij,* in *l. cùm prætor.12.§.primo.de iudic.* pro magiſtratus poteſtate, & auctoritate. Re vera tamen vis non eſt, cùm ſit iuſta. Nec enim minuit ciois Romani libertatem, cùm libertas definiatur naturalis facultas eius quidem qood facere lubet, ſed non abſolutè, at cum adiectione illa, *niſi ſi quid vi aut iure prohibeatur. leg. 4. de ſtatu hominum.* Sed & in dubio credendos eſt magiſtratus iure imperij & magiſtratus ſoi feciſſe id quod fecit potiùs quàm per iniuriam, licèt iniuſtè fecerit, arguoient. *leg. merito.51. pro ſocio.* Aliud enim eſt facere iniuriam, aliod verò facere iniuriosè. Magiſtratibus non licet quicquam iniuriosè facere, *l.nec magiſtratib.32. de iniuriis.* At iniuriam facere adeò prohibitum oon eſt vt tum qooque cùm ius iniquom decernit, quod nihil aliod quàm iniuria eſt, ius tameo reddere dicatur, *leg.pen. de iuſt.& iur.* Et qoemadmodum ioſtus eſt ooo qui iuſta, ſed qui iuſtè facit, nec iniuſtus qui iniuſta, ſed qui iniuſtè: ita oec ioiuriosus magiſtratus, qoi iniuriam facit, ſed qui iniotiosè, id eſt, animo faciendæ iniuriæ.

4. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

EGo puto, etiam ſeruitutis timorem, ſimiliúmque admittendum.

Ad l. Ego puto. 4.

Ratio dubitandi. Timor infamiæ hoc edicto noo continetur, *leg.nec timorem.7.infr.eodem.* Ergo neque timor ſeruitutis, cùm viro booo facilius ſit iniuriam ſeruitutis tolerare, quàm famæ iacturam, quæ ſcilicet ounquam ab alterios facto iniuriave, ſed à proprio cuiuſque delicto proficiſcitur.

Ratio decidendi. Seruitutis timor hoc edicto continetur non ob id ſolùm quòd libertas quæ per virtutem amittitur, inæſtimabilis res ſit, *l.libertas.106.de regul.iur.* ſed etiam & ob id maximè quòd mors ſeruituti comparetur, *leg.intercidit.59. de conditionibus & demonſtrationibus leg.ſeruitutem 209.de reg.iur.* Itaque quod ſequitur in hac lege *ſimiliúmque,* vereor ne mendoſum ſit, legeodúmque potiùs *ſimiliter.* Quid enim poteſt ſimile eſſe

ſeruituti à

ſeruituti? An fortè deportatio? Nam & dici ſolet deportatos mortuorum loco habendos, *leg. actione 65. §. publicatione pro ſocio, leg. Gallus 19. §. & quid ſi tantum de liberis & poſthumis, l. 1. §. penult. de bonorum poſſeſſione contra tabulas, leg. 4. §. ſi deportatus, de bonis libertorum.* Atqui non ſemper ſunt caſus iſti ſimiles, vt conſtat ex *d. l. intercidit*, & nos alibi ſcripſimus. Deinde non eſt in poteſtate magiſtratus, vt quis deportetur, quia deportatio non facti, ſed iuris eſt, nec ius deportandi habent magiſtratus, niſi perpauci quouſque conſultus ſit princeps, *l. 1. §. deportatos, de legat. 3. leg. ſi filio 6. §. eius qui deportatur de inoff. teſt. rupt. leg. 2. §. 1. de pœnis.* Non eſt igitur hac parte deportatio ſimilis morti, vt neque ſeruituti. Poteſt enim quis alium etiam non iure occidere, aut in ſeruitutem redigere fortaſſis quaſi ingratum, *dict. leg. nec timorem 7. §. 1. verſ. ſed potuerunt non etiam deportare.* Poſſet tamen dictio *ſimilium* referri ad caſus ſimiles morti potiùs quàm ſeruituti. Similes, inquam, non natura, ſed comparatione. Exemplum ſumi poteſt, ex *leg. iſti quidem 8. §. quòd ſi dederit. infr. eod.*

5. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

METum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, ſed maioris malitatis.

Ad l. Metum accipiendum. 5.

Ratio dubitandi. Is quis viſis armatis fugit metu turbæ perterritus, non tantùm metu deiectus videtur de poſſeſſione quam habebat, ſed quod magis eſt, etiam vi, ſaltem eo caſu quo armati illi poſtea occupauerint poſſeſſionem, *l. 1. § idem. Labeo ait 29. l. 3. §. proinde de vi & vi arm.* Atqui non talis hic timor eſt, vt poſſit dici timor maioris malitatis, & vt cadat in conſtantiſſimum hominem, cùm fieri potuerit vt armati illi aliò tenderent, *d. l. 3. §. ſi quis autem.* Ergo non eſt bona metus definitio, quam Labeo tradebat.

R. dec. Non definitur hîc à Labeone metus quilibet, ſed is demum qui pertinet ad hoc edictum, vt & in *l. ſeq.*

6. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

METum autem non vani hominis, ſed qui meritò, & in hominem conſtantiſſimum cadat[a], ad hoc edictum pertinere dicemus.

Ad l. Metum autem. 6.

R. dub. & dec. ead. quæ ad *l. prox. ſupr. h. tit.*

a *In hominem conſtantiſſimum cadat.* id eſt, qui ſalutis periculum vel corporis cruciatum contineat, vt loquuntur Imperatores, in *l. interpoſitas 13. C. de tranſact.*

7. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

NEc timorem infamiæ hoc edicto contineri Pedius dicit libro ſeptimo: neque alicuius vexationis[a] timorem per hoc edictum reſtitui.

¶ Proinde ſi quis meticuloſus rem nullam fruſtrà timuerit, per hoc edictum non reſtituitur: quoniam neque vi, neque metus cauſa factum eſt.

Ad l. Nec timorem. 7.

Ratio dubitandi. Infamiæ metus viris bonis maior quàm mortis eſſe debet, *l. iſti quidem. 8. §. pen. infr. hoc tit.* Atqui metus mortis ad hoc edictum pertinet, *l. 3. in fin. ſupr.* Ergo & infamiæ.

Rat. dec. Non de qualibet infamia loquitur Paulus, in *d. § pen.* ſed de ea ſola quæ ex ſtupri patientia irrogatur. Id enim eſt quod ſignificant verba illa *metus iſte.* Metum ſcilicet non infamiæ cuiuſlibet, ſed ſtupri.

a *Neque alicuius vexationis.* Ratio dubitandi. Laudanda eſt verecundia eius qui vexationem timet, putà ex litib. *leg. 4. §. 2. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* Ergo qui metu alicuius vexationis aliquid fecit, quod facturus alioqui non erat, dignus eſt cui ſuccurratur.

Ratio decidendi. Imo ob hoc ipſum ſuccurri ei non debet quod redimendæ vexationis gratia tanti habuit re carere, vt ſcriptum eſt, in *d. l. 4. §. 1.* Non enim tam propoſitum eſt hoc edictum in fauorem eius qui ſe vim aut metum paſſum eſſe dicit, quàm in odiũ eius qui vim aut metum intulit. Itaque non tam opinio actoris ſpectanda eſt ſi fortè homo meticuloſus rem nullam fruſtra timuerit, quàm improbitas rei qui per vim aut metum aliquid ab actore extorſiſſe probetur. Alioqui verum eſt nihil vi aut metus cauſa factum eſſe, atque ita dicti verba ceſſare, vt ſequitur in textu.

¶ Proinde ſi quis in furto, vel adulterio deprehenſus, vel in alio flagitio: vel dedit aliquid, vel ſe obligauit. Pomponius libro viceſimooctauo rectè ſcribit, poſſe eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem, vel vincula quanquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem niſi ſe telo defendat: ſed potuerunt vel non iure occidi[b], & ideo iuſtus fuerit metus. Sed & ſi, ne prodatur[c] ab eo, qui deprehenderit, alienauerit: ſuccurri & per hoc edictum videtur[d]: quoniam ſi proditus eſſet, potuerit ea pati, quæ diximus.

Ad §. 1. Proinde.

Ratio dubitandi. Qui in furto deprehenſus eſt vel in adulterio potuit iure occidi, ſaltem quibuſdam caſibus, putà ſi adulter deprehenſus ſit à patre mulieris, vel à marito in domo ipſius mariti, *l. marito 24. ad l. Iul. de adult.* Item fur ſi ſe telo defendat, & ſit interdiurnus, *l. ſi pignore 54. §. furem de furt.* nocturnus autem ita demum ſi is qui occidit, parcere illi ſine periculo ſuo non potuit, *l. furem. 7. ad l. Cornel. de ſicariis.* Ergo, fatendum eſt ſaltem his caſibus nihil contra bonos mores factum ab illo eſſe, qui pecuniam per vim aut metum extorſit ei, cui vitam quoque iure eripere potuit: ne cui licet quod plus eſt, non liceat quod eſt minus contra regulam, *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

R. dec. Lex quæ permittit occidi furem aut adulterum, non ſimiliter permittit vt eo ſiue nomine ſiue prætextu pecunia extorqueatur. Iuſto enim dolori parcendum exiſtimauit legiſlator, qui porrò dolo nullus eſt in eo qui pecunia vel promiſſa, vel accepta moliri poteſt ne vindictam exerceat. Atqui, inquies, iuſta eſt ratio quælibet redimendi ſanguinis, *leg. 1. de bon. eorum qui ſibi mort. conſ.* Fateor iuſtã eſſe ea parte illius qui dat pecuniam, ſed non etiam ex parte illius qui accipit, ſi vel

facta vi, vel illato metu accepiſſe probetur. Nam & ſi leno eſſet qui ab adultero deprehenſo in adulterio pecuniam aut accepiſſet, aut ſtipulatus fuiſſet, *l. ſeq. l. de crimine. 10. & prec. C. ad l. Iul. de adult. l. mariti 29. §. plectitur. D. eo.* Denique ad inducendam huius edicti poteſtatem ſufficit quod is pecuniam vel dedit vel promiſit, timuerit vel mortem, vel vincula, aut quid aliud ſimile, ſiue iuſtam ſiue iniuſtam habuerit cauſam timendi, dummodo non nullam.

b *Potuerunt non iure occidi.* Ratio dubitandi. Quod iure fieri non poteſt, id nec fieri poſſe creditur, ſed pro impoſſibili habetur, *l. filius 15. de cond. inſt.* Ergo non potuit mortis metus iuſtus eſſe in eo, qui iure occidi non potuit.

Ratio decidendi. Ea quæ iure non poſſunt, pro impoſſibilibus habentur iis quæ ſunt iuris, At non ſimiliter in iis, quæ ſunt facti, quale illud eſt vt quis moriatur, vel non moriatur. Tam enim moritur qui iure quàm qui non iure occiditur: imò, quanto minùs iuſtè poteſt quis occidi, tanto iuſtior in eo metus eſt mortis ne per iniuriam occidatur.

c *Sed & ſi ne prodatur.* Ratio dubitandi. Cùm fur dedit aliquid ne proderetur, vtriuſque turpitudo in hoc verſatur, & eius qui dedit & eius qui accepit. Ergo ceſſat repetitio, *l. 4. in princ. de cond. ob turp.* vbi dicitur idem eſſe & ſi quis in adulterio deprehenſus ſe redemerit. Vnde ratio dubit. ad præcedentem quoque ſpeciem ſumi poteſt.

R. dec. Aliud eſt de condictione tractare, aliud verò de inducenda huius edicti poteſtate. Condictiones omnes ſunt iuris ciuilis, ob idque durioribus legibus adſtringuntur, inter quas illa eſt, vt ei cuius turpitudo aliqua verſatur, condictio nunquã competere poſſit. At edictum hoc cùm ſit propoſitum à prætore, nititur potiſſimum rationibus æquitatis, ad quam illud maximè pertinet vt quicquid vi metúſve factum & malo more geſtum eſſe oſtenditur, reſcindatur. Non quaſi prætor minùs exoſam habeat turpitudinem, quam ciuilis legiſlator, ſed quia is qui in furto deprehenſus aliquid dedit ne proderetur, licèt turpiter fecerit in eo quod fur fuit, nihil tamen turpiter in eo quod dedit pecuniam aut promiſit, at fecit turpiter ille qui accepit vt crimen tegeret quod detegi & vindicari publicè intererat. Simile quid in contrarium eſt, in *d. l. 4. §. ſed quod meretrici.* Nec reſpicit prætor an turpis ſit qui pecuniam dedit, ſed an turpiter fecerit qui accepit, vt ſubiicitur, in *l. ſeq.*

d *Succurri & per hoc edictum videtur.* Ratio dubitandi. Hic qui in furto deprehenſus pecuniam dedit ne proderetur, neque vim neque metum paſſus eſt ab eo cui dedit. Ergo non videtur ad hoc edictum pertinere.

Ratio decidendi. Licèt nihil ab eo paſſus ſit, perinde tamen habetur ac ſi paſſus fuiſſet, quia ſi proditus eſſet, potuit pati ea omnia quæ paſſus fuiſſet, ſi vel à domino rei ſubreptæ, vel à patre maritove mulieris adulteræ deprehenſus fuiſſet.

8. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

ISti quidem & in legem Iuliam incidunt, quod pro comperto ſtupro acceperunt, prætor tamen etiam, vt reſtituant interuenire debet, nam & geſtum eſt malo more, & prætor non reſpicit, an adulter ſit, qui dedit: ſed hoc ſolùm, quod hic accipit metu mortis illato.

Ad l. Iſti quidem. 8.

Rat. dub. Grauior eſt condemnatio quæ ex *l. Iulia de adult.* infligitur, quàm quæ ex hoc prætoris edicto irrogatur. Nam & iudicium illud publicum eſt, hoc verò priuatum. Ergo non debet prætor interuenire ad puniendum eum qui lege Iulia iam ſatis punitur. Et præterea indignus eſt adulter qui pecuniam dedit vt ei ſuccurratur cùm ipſe deliquerit, vt Papin. argumentabatur, in *l. Papinianus exuls 20. de minor.*

Ratio decidendi. Lege quidem Iulia plectitur is qui pro comperto ſtupro pecuniam accepit, quoniam habet lex eum pro lenone, *l. marius 29. §. plectit. ad l. Iul. de adult.* Sed non minùs prætor interuenire debet vt quod adulter dedit ei reſtituatur, quia negotium malo more geſtum eſt, & prætor non reſpicit an adulter is qui dedit, ſed hoc ſolùm quòd alius accipit metu mortis illato: imò tantò magis neceſſarium fuit hoc auxilium prætoris, quod alioquin ei vim aut metum paſſus eſt, neque condictione ob turpem cauſam, neque alio vllo remedio ciuili conſultum eſſe poſſet, vt diximus ad legem præced. ex *l. 4. de condict. ob turp. cauſ.*

1 ¶ Si is accipiat pecuniam, qui inſtrumenta ſtatus mei interuerſurus eſt niſi dem: non dubitatur, quin maximo metu compellat: vtique ſi iam in ſeruitutem petor [a]: & illis inſtrumentis perditis, liber pronunciari non poſſum.

Ad §. 1. Si is.

Ratio dub. Inſtrumentorum amiſſio nil nocet libertati, quia nec inſtrumenta prætermiſſa manumiſſionis rectè factæ vllum afferunt præſtitæ liberti præiudicium, *leg. ſicut inſtrumenta, 25. Cod. de liberali cauſa.* Ergo non eſt iuſtus metus amittendæ libertatis ex eo ſolùm quòd is qui pecuniam à me accipit, minetur ſe alioqui ſtatus mei inſtrumenta eſſe interuerſurum.

Ratio decidendi. Non ſunt neceſſaria inſtrumenta manumiſſionis ad acquirendam aut retinendam libertatem, ſed poſſunt eſſe neceſſaria ad probationem, ſi fortè is quem conſtat aliquando ſeruum fuiſſe, nullas alias probationes habeat, quibus poſſit oſtendere datam ſibi fuiſſe libertatem. Eo námque caſu ius quidem non deficeret, ſed probatio, quod in effectu idem eſt, quia non entium, & non apparentium idem iudicium eſſe ſolet, *leg. duo ſunt Titij 30. de teſtam. tutel. §. ſi aduerſus Inſtitut. de nupt. leg. 4. de pignor. leg. 4. de fide inſtrumentor.* Et inde nimirum eſt quod manumiſſor ſicut datam libertatem manumiſſis adimere non poteſt, ita manumiſſionis inſtrumentalis præſtare cogitur, *leg. ſicut datam 26. Cod. de liber. cauſ.* Atqui Paulus in hoc §. eum caſum tractat, quo inſtrumenta quæ aduerſarius meus minatur ſe interuerſurum talia ſint vt iis perditis liber pronunciari non poſſim. Ergo perinde iuſtus eſt hic metus amittendæ libertatis, & incurrendæ ſeruitutis, quem iam diximus ad hoc edictum pertinere, *leg. 4. ſupr.* iunge *l. qui tabulas 27. §. unde poteſt quæri. de furt. l. Public. 26. §. 1. depoſ.*

a *Vtique ſi iam in ſeruitutem petor.* R. dub. Etiamſi nondum in ſeruitutem petat, quia tamen fieri poteſt vt aliquando & breui petat, æquè iuſtus metus eſt amiſſionis & interuerſionis inſtrumentorum, ſine quibus pronunciari non poſſum. Ergo indiſtinctè dicendum eſt caſum hunc ad edictum pertinere.

R. dec. Non quilibet metus etiam iuſtus ad hoc edictum pertinet, ſed metum præſentem eſſe oportet, non ſuſpicionem eius inferendi, *l. metum. 9. infr. hoc tit.* Metus autem amittendæ meæ libertatis ob amiſſionem inſtrumentorum non poteſt præſens eſſe, ſi nemo me adhuc in ſeruitutem petat. Nam & qui diu in libertate fuit, non ita

facilè

facilè reuocari poteſt in ſeruitutem, non ſolùm ſi nulla libertatis ſuæ inſtrumenta habeat, ſed nec ſi conſtet perperam & contra leges datum ei fuiſſe libertatem, *l. ſi cum fideic. 16. §. Ariſto qui & a quib. manumiſſ.*

2 ¶ Quod ſi dederit, *ne ſtuprum patiatur* vir, ſeu mulier: edictum locum habet cùm viris bonis iſte metus maior quam mortis, eſſe debet.

Ad §. 2. Quòd ſi dederit.

Ratio dubitandi. Metus infamiæ non continetur hoc edicto, *l. prox. in princ. ſupr. eod.* Ergo neque metus ſtupri ex quo infamia irrogatur.

Ratio decidendi. Viris bonis maior eſt metus ſtupri quàm mortis, non ob infamiam ſolùm, quæ delicta ferè omnia concomitatur, ſed ob ipſius ſtupri turpitudinem & fœditatem, qua dici maior alia vel excogitari nulla poteſt.

3 ¶ Hæc, quæ diximus ad edictum pertinere, nihil intereſt, in ſe quis veritus ſit, an in liberis ſuis cùm pro affectu parentes magis in liberis terreantur.

Ad §. 3. Hæc quæ diximus.

Ratio dubitandi. Aliæ ſunt perſonæ parentum, aliæ liberorum, nec proinde quod paſſurus filius fuit, continuò & pater videri poteſt paſſurus fuiſſe, aut contrà. Ergo ex vi metúſve illato liberis, non eſt parentibus danda reſtitutio ex hoc edicto. Nec enim edictum hoc ad alios pertinet, quàm ad eos qui vim vel metum paſſi ſunt, *leg. 1. & 3. ſupr. hoc titul. leg. 1. ſupr. titul. proxim.*

Ratio decidendi. Tantus eſt affectus parentum erga liberos, vt non minùs terreantur parentes, ſi quando videant liberos in præſenti periculo aut mortis, aut verborum, aut ſeruitutis conſtitutos, quàm ſi ea ipſa ſiue mala ſiue pericula in ſeipſis vererentur. Neſciunt enim patientiam viſcera aut paterna, aut materna, *l. vlt. C. de cur. furioſ. §. vlt. Inſt. de noxal. act.*

9. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

METum autem præſentem accipere debemus, non ſuſpicionem inferendi eius a, & ita Pomponius libro viceſimo octauo ſcribit, ait enim metum illatum accipiendum, id eſt, ſi illatus eſt timor ab aliquo. ¶ Denique tractat: ſi fundum meum dereliquero, audito quòd quis cum armis veniret b an huic edicto locus ſit, & refert Labeonem exiſtimare, edicto locum non eſſe, & *vnde vi* interdictum ceſſare: quoniam non videor vi deiectus, qui deiici non expectaui, ſed profugi. Aliter atque c ſi, poſteaquam armati ingreſſi ſunt, tunc diſceſſi: huic enim edicto locum facere.

¶ Idem ait, & ſi fortè d adhibita manu in meo ſolo per vim ædifices: & interdictum *quod vi aut clam*, & hoc edictum locum habere: ſcilicet quoniam metu patior id te facere. Sed & ſi per vim e tibi poſſeſſionem tradidero: dicit Pomponius huic edicto locum eſſe.

Ad l. Metum autem. 9.

Ratio dubitandi. Metus eſt non ſolùm inſtantis ſed etiam futuri periculi cauſa mentis trepidatio, vt idem hic noſter Vlpianus definit, in *l. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo metus etiam futurus ad hoc edictum pertinet.

R. dec. Poteſt metus præſens eſſe periculi etiam futuri vt cernere eſt in eo qui ab extraneo aliquo ad quem res non pertinet deprehenſus in furto vel in adulterio pecuniam dedit ne proderetur. Huius enim metus præſens fuit, licèt periculum non inſtaret, vt & illius qui iam petitus in ſeruitutem timuit interuerſionem inſtrumentorum ſui ſtatus, de quibus diximus, ad §. 1. *legis præcedentis*. Sed & dici poteſt metum quemlibet ab Vlp. definiri, in *d. l. 1.* In hac verò lege de eo metu ſolo tractari qui ad edictum hoc pertinet.

a *Non ſuſpicionem inferendi eius.* Ratio dubitandi. Paria ſunt fieri quid coactè, & metu coactionis, *l. nouiſſimè 7. §. 1. quòd falſ. tutor.* Ergo ſufficit ſola ſuſpicio inferendi metus.

Ratio decidendi. Sufficit ſola ſuſpicio ad excuſandum qui aliquid fecit metu futuræ coactionis, quod alioqui facturus non erat, vt ſi tutor pupillo auctoritatem accommodauerit compulſus, aut metu ne compelleretur, vt in *d. §. 1.* Sed non ad dandam ei actionem & reſtitutionem, præſertim ex hoc edicto quia prætor metum præſentem requirit, hoc eſt, iam illatum, nec contentus eſt ſola ſuſpicione metus inferendi, quandoquidem ea ſuſpicio vix in conſtantiſſimum hominem cadere poſſet ſaltem ad eum terrendum.

b *Audito quod quis cum armis veniret.* Ratio dubitandi. Sufficit quod dominus, & poſſeſſor fundi homines armatos venientes exiſtimauerit, atq; ita profugerit, ad hoc vt vi deiectus videatur, licèt nemo eorum fundo ingreſſus fuerit, *lege non ſolùm 33. §. ſi dominus de vſucap.* Ergo & ſufficiet quòd fundum meum dereliquero audito quòd quis cum armis veniret, vt huic edicto locus ſit.

Ratio decidendi. Mendoſus eſt contextus Papiniani in *d. l. non ſolùm §. ſi dominus* & pro *exiſtimauerit*, legendum haud dubiè eſt *extimuerit*, vt bene Iacob. Cuiac. obſeruauit, docuitque locum illum de eo accipi debere, qui extimuit homines armatos ad ſe venientes. Nam & hoc requiritur, ſiquidem aliud dicendum eſſet, ſi armati illi aliò tendebant: etiamſi dominus viderit eos venientes, *l. 3. §. ſi quis autem 6. de vi & vi armat.* Multo minùs autem vi deiectus dici poteſt is qui audiit tantùm armatos venire, nec vidit. Is enim non fuit deiectus qui deiici non expectauit, quamuis poſtea appareat verum fuiſſe rumorem illum non falſum, & armatos illos non tantum veniſſe, ſed etiam vim aut metum inferre voluiſſe.

c *Aliter atque.* Ratio dubitandi. Poteſt fieri vt armati fundum meum ingreſſi ſint, nec tamen animum habuerint vim aut metum mihi inferendi, putà ſi aliò tendebant, nec ingreſſi fundum meum fuerint niſi vt tranſirent.

R. dec. Loquitur in hac lege Vlpianus de armatis qui venerint vt metum inferrent, & vim facerent.

d *Idem ait & ſi fortè.* Ratio dubitandi. Edictum hoc non habet locum, niſi cùm quid vi metúſve cauſa geſtum eſt, *l. 1. & paſſ. hoc tit.* Atqui nihil gerit tecum is qui patitur tantùm vt in ſolo ipſius ædifices, cùm toto genere categoriæ differant Agere & Pati. Ergo hic caſus ad edictum iſtud non pertinet.

Ratio decidendi. Qui patitur in ſuo aliquid fieri, ipſo aliquid facit, quia patiendo conſentire intelligitur, *leg. 3. de vſufruct. leg. qui patitur 18. mandat.*

Atqui non patitor niſi per vim, quia tu adhibita manu & per vim ædificas. Ergo & per vim conſentit, ac proinde negotium aliquod vi geſtum eſſe intelligitur. Et ideo non tantùm poteſt locus eſſe interdicto. Quod vi aut clam, ſed etiam huic edicto, ex quo competentem actionem cum interdicto illo concurrere nihil vetat.

e *Sed & ſi per vim.* Ratio dubitandi. Nuda traditio nullum continet in ſe negotium, ideóque nec dominium transfert, *l. nunquam nuda, 31. de acquir. rer. domin.* Atqui edictum prætoris loquitur de negotio per vim aut metum geſto. Ergo non pertinet ad hunc caſum quo nuda traditio per vim facta fuerit.

Ratio decidendi. Traditio quælibet facti eſt, *l. conſil. 6. §. vlt. de curat. furioſ.* ideóque negari non poteſt, quin aliquid facias, qui tradit. Proinde & cùm per vim poſſeſſio fuit tradita huic edicto æquè locus erit.

1 ¶ Animaduertendum autem, quod prætor hoc edicto generaliter, & in rem loquitur [f], nec adiicit, à quo geſtum, & ideo ſiue ſingularis ſit perſona, quę metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium [g], vel corpus: huic edicto locus erit. ¶ Sed licèt vim factam à quocunque prætor complectatur eleganter tamen Pomponius ait: ſi, quo magis te vi hoſtium [h], vel latronum, vel populi tuerer: vel liberatem: aliquid à te accepero, vel te obligauero: non debere me hoc edicto teneri, niſi ipſe hanc tibi vim ſummiſi: cæterùm ſi alienus ſum à vi: teneri me non debere: ego enim operæ potius meæ mercedem accepiſſe videor.

Ad §. 1. Animaduertendum.

f *Generaliter & in rem loquitur.* Verbis ſcilicet illis impersonalibus, nec ad vllam certam perſonam relatis, *metus cauſa geſtum erit.* In quo differt edictum hoc ab edicto, De dolo, quod nominatim conceptum eſt in perſonam eius qui dolum feciſſe dicitur, *l. item ſi cùm 14. §. in hac actione infr. hoc titul.* iunct. *leg. 4. §. pen. De dol. mal. except.*

g *Vel populus vel curia vel collegium.* Ratio dubitandi. Vis nunquam eſt ſine dolo, *leg. 2. §. doli mali, infra vi bonor. rapt.* Atqui neque populus neque curia neque collegium dolo malo facere quicquam poteſt, *l. ſed & ex dolo 15. §. 1. infr. De dolo.* Ergo nec poſſunt incidere in hoc edictum, quia vniuerſi conſentire non poſſunt, *l. 1. §. vlt. de acquir. poſſ.*

Ratio decidendi. Et populus, & curia & collegium poſſunt proculdubio vim facere, qua nec fit vnquam apertiùs quàm cùm fit manu adhibita, & hominibus coactis, quorum animi in hoc vnum conſentiant, & conſpirent vt vis fiat. Et quod dicitur non eſſe vim ſine dolo, nec dolum ab vniuerſitate admitti poſſe, alium ſenſum habet de quo ſcripſimus, ad *leg. 3. §. vlt. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

h *Si quò magis te de vi hoſtium.* Ratio dubitandi. Verum eſt id quod à te mihi datum fuit vt de vi hoſtium vel latronum vel populi te libertatem aut tueter, datum eſſe propter vim ſibi factam, quam ſcilicet ſi paſſus non fuiſſes vtique nihil mihi dediſſes. Ergo ſicut hoc caſu verba edicti locum habent, ita & edictum ipſum habere locum debet, nec ad rem pertinet, quod vim paſſus non ſis à me ſed ab hoſtibus vel à latronibus, à vel populo, cùm verba edicti, vt proximè diximus generaliter concepta ſint & impersonaliter, ac in rem, non in perſonam, id eſt vim à quocunque factam complectantur.

Ratio decidendi. Videor potiùs operæ meæ mercedem accepiſſe, ſi tamen illa merces eximij laboris appellanda eſt, adeò vt quod ex hac cauſa donatum eſt, ſit irreuocabile, *l. pen. §. 1. de donat.* Denique nihil in hac ſpecie dici poteſt à me geſtum malo more. Ergo hæc ſpecies ad edictum hoc non pertinet, niſi ego ipſe hanc tibi vim ſummiſi quo caſu cùm non ſim alienus à vi, vtique tenebor hoc edicto.

2 ¶ Idem Pomponius ſcribit, quoſdam bene putare, etiam ſerui manumiſſionem, vel ædificij depoſitionem [i], quam quis coactus fecit, ad reſtitutionem huius edicti porrigendam eſſe.

Ad §. 2. Idem Pomponius.

Ratio dubitandi. Aduerſus libertatem à prætore cuiquam ſubueniri impoſſibile eſt, *leg. ſi ex cauſa. 9. §. vltim. infr. de minor.* Nam aut libertas competit, ex manumiſſione, & quæ ſemel competiit, nunquam poteſt reuocari, aut ipſo iure non competit, & tunc nulla opus eſt reſtitutione, *leg. in cauſ. 16. in princip. eod. titul. l. 3. Codic. ſi aduerſ. libert.* Atqui ſiue ſeruus ipſe dominum coëgerit ſiue populus, vt ſeruum manumitteret, libertas ipſo iure non competit, *l. ille ſeruus 9. l. ſi priuatus. 17. qui & quib. manum.* Non poteſt ergo his caſibus locus eſſe reſtitutioni.

Ratio decidendi. Hæc lex intelligi debet de manumiſſione, quam dominus fecerit coactus nõ à ſeruo ipſo, nec à populo, ſed ab extraneo, nam licèt Ioannes negauerit locum hoc caſu eſſe reſtitutioni contra libertatem vt reuocetur, eſt tamen locus reſtitutioni contra coactorem ad pleniſſimam indemnitatem conſequendam, adeóque ad quadruplum ſi eam indemnitas non præſtetur: cui reſtitutioni nullus locus eſſe poſſet contra ipſum manumiſſum, aut contra populum ſi manumiſſio valeret.

i *Vel ædificij depoſitionem.* Ratio dubitandi. Ædificium vbi depoſitum & demolitum eſt, iam nullum eſt. Ergo res non capit reſtitutionem, cùm id quod in rerum natura non eſt, neque peti amplius, neque reddi poſſit, *d. l. ſi ex cauſa 9. §. penult. infr. de minoribus.* Nam & ſi poſtea eadem area ædificetur, aliud tamen ædificium futurum eſt quàm quod depoſitum fuit, ideoque peti non poteſt, *leg. ſi chorus 79. §. pen. de legat. 3.* vt nec vſusfructus areæ in qua erant quæ ædes corruerunt, aut exuſtæ ſunt, *l. repeti. § rei mutatione. quib. modis vſusfruct. amitt.*

Ratio decidendi. Ideo nimirum neceſſe eſt, vt prætor ſe interponat data in integrum reſtitutione, vt aliud ædicium fiat quod in prioris locum cedat. Ne alioqui effectum haberet id quod tam malo more geſtum eſſet. Illa etiam poteſt afferri ratio dubitandi tam ad hanc ſpeciem quàm ad præcedentem, & meo iudicio conuenientior ad mentem Vlpiani, quod cùm quis coactus ſeruum ſuum manumittit, aut ædificium deponit, eius ſolius factum intercedit, non etiam illius qui vim facit. Proinde abſurdum videtur & iniquum vt cogatur quis alienum potiùs quàm ſuum factum præſtare: præſertim cùm ex alieno illo facto nihil perceperis, neque locupletior factus ſis. Sed ratio decidendi eſt, quod parum intereſt an ædificium meum tu ipſe depolueris, an me deponere coegeris. Videns enim tu quoque mecum feciſſe quod me facere coëgiſti. Nec proinde facti mei pœnam præſtas, ſed tui, cùm ædificium à me depoſitum reſtituere condemnaris. Idémque eſt ſi te cogente ſeruum meum manumiſerim, non quia tu ipſe manumiſiſſe videaris, [neque enim

libertatem

libertatem poſſet præſtare manumiſſio, quæ à te non domino facta eſſet, *tot. titul. C. de his qui à non domin. manum. ſunt.*] ſed quia manumiſſioni à me factæ cauſam dediſti, quam facturus non eram ſi non coëgiſſes. Indemnitatem igitur mihi à te præſtari æquum eſt, non quòd lucrum perceperis, ſed quod damnum facto tuo ſenſerim.

3 ¶ Sed quod prætor ait, *ratum ſe non habiturum:* quatenus accipiendum eſt, videamus. Et quidem aut imperfecta res eſt, licèt metus interuenerit, vt purà ſtipulationem numeratio non eſt ſecuta: aut perfecta, ſi poſt ſtipulationem & numeratio facta eſt, aut per metum accepto debitor liberatus eſt, vel quid ſimile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius ſcribit, in negotiis quidem perfectis & exceptionem interdum, & actionem competere: in imperfectis autem ſolam exceptionem.

¶ Sed ex facto ſcio: cùm Campani, metu cuidam illato, extorſiſſent cautionem pollicitationis: reſcriptum eſſe ab Imperatore noſtro, poſſe eum à prætore in integrum reſtitutionem poſtulare: & prætorem, me aſſidente, interlocutum eſſe: vt ſiue actione vellet aduerſus Campanos experiri, eſſe propoſitam: ſiue exceptione aduerſus petentes, non deeſſe exceptionem. Ex qua conſtitutione colligitur: vt, ſiue perfecta, ſiue imperfecta res ſit: & actio, & exceptio detur.

Ad §. 3. Sed quod Prætor.

Ratio dubitandi. Quandiu aliquid agendum ſupereſt, nihil videtur actum eſſe, *l. pen. in final. C. de his quibus vt indign.* Atqui non datur reſtitutio ex hoc edicto, niſi aduerſus id quod vi metúſve cauſa geſtum eſt. Ergo non poteſt locum habere in negotiis imperfectis, quia nec neceſſe eſt, præſertim cùm ſatis cautum eſſe poſſit per exceptionem ei qui vim aut metum paſſus fuit. Nam exceptio quoque datur ex hoc dicto, *l. 4. §. penult. de doli mal. & metus exceptione.*

R. dec. Poteſt totum negotium eſſe quidem imperfectum eo ſenſu, quòd totum perfectum non ſit, ſed ita tamen vt pro parte fuerit perfectum, ſicut in exemplis poſitis in hoc §. cùm ſtipulatio quidē perfecta fuit, ſed nondum eam ſecuta eſt numeratio, aut cùm extorta eſt cautio pollicitationis, & ſolutio tamen non eſt ſecuta. Et hoc caſu non tantùm exceptio competit, ſed etiam actio ex hoc edicto, quia eſt aliquid perfectum, quod reſcindi poſſit & debeat. Poteſt etiam negotium aliquod ita imperfectum eſſe, vt nulla ex parte perfectum ſit, & eo caſu nulla ſubeſt cauſa neque neceſſitas dandæ reſtitutionis, ne quidem ad exceptionem ex hoc edicto concedendam.

4 ¶ Volenti autem datur & in rem actio & in perſonam, reſciſſa acceptilatione, vel alia liberatione.

Ad §. 4. Volenti.

Rat. dub. Vbi competit actio ordinaria, non competit auxiliū reſtitutionis in integrum, quod eſt extraordinarium, *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minoribus.* Atqui actio in rem & vindicatio eſt ordinaria, actio autem quæ ex hoc edicto competit in perſonam eſt extraordinaria, cùm beneficio reſtitutionis competat. Ergo non poteſt is qui vim paſſus fuit habere electionem vtrum velit agere in rem an in perſonam.

Ratio decidendi. Is qui per vim aut metum rem ſuam vendidit & tradidit, cùm eam rem in dominio ſuo, adeóque in bonis habere deſiterit, non poteſt habere vindicationem quæ ſoli domino datur, *lege in rem 23. de rei vindication.* Sed reſciſſa per prætorem beneficio in integrum reſtitutionis tam traditione, quàm alienatione, incipit rurſus res fieri in bonis actoris: *§. licet 6. infra hac lege,* quemadmodum reſciſſa per reuocatoriam traditione, quæ facta fuerat in fraudem creditorum, incipiunt alienata rurſus fieri in bonis debitoris, *§. item ſi quis Inſtitut. de actionib.* Et conſequenter ex eo tempore habet electionem actor reſtitutus vtrum malit agere in rem per vindicationem, an per actionem perſonalem ex hoc edicto ad quadruplum, ſi res non reſtituatur. Cæterùm reſciſſionem præcedere neceſſe eſt, vt vindicationi locus eſſe poſſit, vt & in *lege in cauſa 13. §. interdum de minoribus.* Idque eſt quod ſignificant verba illa *reſciſſa acceptilatione*, quæ non tantùm ad perſonalem actionem referenda ſunt, ſed etiam ad realem, vt neutra detur, niſi poſt factam ex hoc edicto reſciſſionem. Sic & in *leg. Codice hoc tit.*

5 ¶ Iulianus libro tertio digeſtorum putat eum, cui res metus cauſa tradita eſt, non ſolùm reddere: verum & de dolo repromittere debere.

Ad §. 5. Iulianus.

Ratio dubitandi. Reſtitutio nihil aliud facere poteſt niſi vt omnia in integrum reſtituantur & in eum ſtatum, in quo erant, priuſquam aliquid vi metúſve cauſa factum eſſet, *l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio infra de minor.* Atqui ante vim factam res erat penes actorem. Reſtituuntur ergo omnia in integrum ſi eidem actori eadem ipſa res reddatur, quamuis nulla de dolo fiat repromiſſio.

Ratio decidendi. Neceſſarium eſt, vt qui rem reſtituit repromittat de dolo. Alioqui non videretur facta in integrum reſtitutio, quia periculum ſubeſt ne medio tempore reus eam rem obligauerit, quam vtique potuit obligare ſuo iure tanquam dominus, *leg. ſi poſt acceptum 18. de rei vindicat.* Iunge *§. ex hoc edicto. 7. infra.*

6 ¶ Licet tamen in rem actionem dandam exiſtimemus, quia res in bonis eſt eius qui vim paſſus eſt [a]: verùm non ſine ratione dicetur, ſi in quadruplum quis egerit [b], finiri in rem actionem, vel contra.

Ad §. 6. licet tamen.

a *Res in bonis eſt eius qui vim paſſus eſt.* Intellige vt ſit in bonis eius poſt factam reſciſſionem non antea, quemadmodum explicauimus, ad *§. volenti.*

Si in quadruplum quis egerit. Rat. dubit. Vindicatio &

& actio perſonalis ex hoc edicto licèt dentur eidem perſonæ, dantur tamen diuerſis reſpectibus, quia vindicatio datur tanquam domino: hæc autem actio tanquam vim paſſo. Ergo cum nihil habeant inter ſe commune maximè quòd vna in rem alia in perſonam eſt non videtur habere rationem vt altera per alteram conſumatur.

Ratio decidendi. Etſi dantur hæ actiones diuerſis reſpectibus, dantur tamen ad eandem rem, quatenus actio perſonalis ex hoc edicto competens eſt rei quoque perſecutoria, cùm detur ad quadruplum in quo ſimplum continetur, *leg. item ſi cum. 14. §. quatenus* [illegible]. Bona vero fides non patitur vt idem bis exigatur, *l. bona fides 57. de regul. iur.* & improbus ſanè eſt qui bis idem conſequi velit, *l. ſi quis dolo 51. §. 1. de re iudic.* Nec enim plures actiones iden comparatæ ſunt vt omnibus agere & ex omnibus exigere liceat, ſed vt arbitrium eligendi detur, ſicuti de variis actionibus legatorum nomine competentibus ſcribit Papinianus, in *l. cum filium 76. §. variis de legat. 2.*

7 ¶ Ex hoc edicto reſtitutio talis facienda eſt, id eſt, in integrum officio iudicis. vt, ſi per vim res tradita eſt, retradatur, & de dolo (ſicut dictum eſt) repromittatur, ne forte deterior res ſit facta.

¶ Et, ſi acceptilatione liberatio interuenit [c], reſtituenda erit in priſtinum ſtatum obligatio [d] vſque adeò, vt Iulianus ſcribat libro quatto digeſtorum, ſi pecunia debita fuit quæ accepta per vim facta eſt, niſi vel ſoluatur vel reſtituta obligatione iudicium accipiatur [e], quadruplo eum condemnandũ.

¶ Sed & ſi per vim ſtipulanti promiſero [f], ſtipulatio accepto facienda erit.

¶ Sed & ſi vſusfructus, vel ſeruitutes miſſæ ſunt [g] reſtituendæ erunt.

Ad §. 7. Ex hoc edicto.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§. Iulianus 5. ſupr. hoc tit.*

c *Et, ſi acceptilatio liberatio interuenerit.* Abundat dictio hæc *liberatio*. Nec enim hoc loco agitur de alia liberatione quàm quæ per acceptilationem contigerit.

d *Reſtituenda erit in priſtinum ſtatum obligatio.* R. dub. Semel extincta obligatio poſtea reſuſcitari nunquam poteſt, quoniam, vt aiunt philoſophi, à priuatione ad habitum non datur regreſſus, *l. quæ res 98. §. aream de ſolut. l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſupr. de pact. l. ſi pro patre 10. §. pen. de in rem verſ.* Atqui obligatio extinguitur per acceptilationem non minùs quàm per ſolutionem, cùm nihil aliud ſit acceptilatio quàm ſolutio ciuilis & imaginaria, *leg. pen. de ſolut. §. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo impoſſibile eſt reſtitui à prætore obligationem, quæ ſemel fuerit extincta per acceptilationem.

Ratio decidendi. Obligatio ſemel extincta nunquam renaſcitur neque reſuſcitatur, ſed tamen a prætore reſtituitur, aut officio iudicis, non quidem vt ſit eadem numero aut ſpecie quomodo prudentes noſtri nomen ſpeciei accipiunt, ſed vt ſit eadem genere tantùm ideóque vtilis & reſtitutoria appellatur, cùm ea quæ extincta eſt, fuerit directa, *tot. tit. infr. ex quib. cauſ. maior.*

e *Vel reſtituta obligatione iudicium accipiatur.* Ratio dubitandi. Qui iudicium accipit, is nec ſolui nec ſoluere paratus eſt cùm ſit iniquum eum cogi iudicium accipere qui ſoluere ſit paratus, *l. ſi reus 73. ſupr. de procur.* Ergo non debet huic prodeſſe ad euitandam quadrupli condemnationem, quod iudicium accipere malit quàm ſoluere.

Ratio decidendi. Etiam qui ſolutioni moram fecit ſi iudicium accipere paratus fuit non videtur feciſſe moram, vtique ſi iuſtè ad iudicium prouocauit, *leg. ſi quis ſolutioni 24. de vſur.* Exponit enim ſe condemnationi quæcunque tandem ea erit, quam iudex iuſtam ſit arbitraturus. Multò magis in propoſita ſpecie excuſari debet is qui iudicium accipere paratus eſt, cùm hoc ipſo conſentiat vt contra ſe agatur, & quantum in ſe eſt agnoſcat reſtitutam obligationem. Nam nec vetus illa obligatio quæ per acceptilationem extincta fuit, alium effectum habere poterat contra nolentem ſoluere, quàm vt iudicium accipere cogeretur. Non poteſt autem reſtitutio ex hoc edicto facere vt efficacior ſit actio, quæ reſtituitur, quàm quæ fuit extincta. Iunge *l. illud 50. infr.*

f *Sed & per vim ſtipulati promiſero.* Ratio dubitandi. Acceptum ferre eſt facti. Atqui nemo cogitur præcisè ad factum, quia idipſum haberet vim & impreſſionem quam præter hoc potiſſimùm edicto teſtatur ſe tantopere exoſam habere; *l. ſi quis ab alio 13. §. vltim. de re iud.* Ergo non poteſt quis ex hoc edicto cogi ad faciendam acceptilationem.

R. dec. Non cogitur præcisè is qui per vim ſtipulando extorſit obligationem vt acceptam eam faciat, ſed ſub illa exceptione. Niſi malit quadruplum præſtare ob non reſtitutum a ſe id quòd per vim extorſit.

g *Sed & ſi vſusfructus vel ſeruitutes amiſſa ſunt.* Ratio dubitandi. Extinctio ſeruitutis aut vſusfructus eſt fauorabilis, quia vnaquæque res facile redit ad ſuam naturã, *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. de pact.* naturaliter autem vnaquæque res eſt libera, *l. altius 8. Cod. de ſeruit. & aqua, leg. cum eo 12. vrban. præd.* Ergo ſi quæ ſint amiſſæ ſeruitutes, non ſunt ex hoc edicto reſtituendæ, vt nec ſemel competens homini libertas etiam quæ per vim extorta ſit, reuocatur, quemadmodum diximus ad §. huius legis.

Ratio decidendi. Nihil eſt fauorabile quod per vim & tam malo more geſtum ſit: nec rurſus tam fauorabilis eſt libertas fundorum quàm perſonarum. Libertas perſonarum vel non competit, vel ſi quando competit, nunquam reuocatur: libertas vero fundis quæſita, ſi malè quæſita fuerit, facilè reuocatur, quia fundorum ſeruitutem dominus reſtituere poteſt tanquam dominus. At perſonæ ſeruitutem reſtituere nemo poteſt, quia hominis liberi dominus nemo eſt, cùm ne quidem liber homo ipſe dominus ſit membrorum ſuorum, *l. liber homo 13. ad leg. Aquil.* Iunge, *l. ſemper 15. §. ergo nonnunquam infr. quod vi aut clam.*

8 ¶ Cùm autem hæc actio in rem ſit ſcripta [a], nec perſonam vim facientis coërceat, ſed aduerſus omnes reſtitui velit, quod metus cauſa factum eſt: non immeritò Iulianus à Marcello notatus eſt [b] ſcribens, ſi fideiuſſor vim intulit, vt accepto liberetur: in reum non eſſe reſtituendam actionem: ſed fideiuſſorem: niſi aduerſus reum quoque actionem reſtituat, debere in quadruplum condemnari. Sed eſt verius, quod Marcellus notat, etiam aduerſus reum competere hanc actionem, cùm in rem ſit ſcripta.

Ad §. 8. Cum autem.

a *In rem ſit ſcripta.* Rat. dub. Actiones omnes aut in rem ſunt, aut in perſonam, nullæ quæ ideo mixtæ dici poſſint, quod tam in rem ſint quam in perſonam

quamuis

quamvis ita ſcriptum ſit, ſiue à Triboniano, ſiue ab imperito interprete, in §. *quædam actiones* 20. *In ſtitut. de action.* Vt alibi à nobis oſtenſum & comprobatum eſt. Atqui actio quod metus cauſa in perſonam eſt non in rem, cùm ex ea ſequatur condemnatio, & quidem pœnalis in eo quod excedit ſimplum, *leg. item ſi cum* 14. *§. quatenus, infr. hoc titul.* Ergo non poteſt dici in rem ſcripta, ne alioqui ſit mixta.

Ratio decidendi. Nullæ quidem ſunt actiones mixtæ hoc ſenſu, quaſi ſint & in rem & in perſonam ſimul, ſed ſunt tamen pleræque in perſonam directæ, in rem verò ſcriptæ, qualis eſt actio ad exhibendum, *leg.* 3. *§. eſt autem perſonalis*, & *§. vltim. ad exhib.* Similiter & actio hæc, Quod met. cauſ. quam non ideò quis bene mixtam dixerit.

b *Merito Iulianus à Marcello notatus eſt.* Ratio dubitandi, pro Iuliano. Cùm acceptilatio facta eſt, licèt per vim quam fideiuſſor intulerit, liberatur reus non tam principaliter & ex ipſius fideiuſſoris facto, quàm poteſtate iuris, & per quaſdam conſequentias, vt ex eo apparet, quòd etiamſi expreſſim conueniſſet inter fideiuſſorem & creditorem, vt eiuſmodi acceptilatione ſolus fideiuſſor, non etiam debitor liberaretur, non eo magis tamen debitor maneret obligatus, quia acceptilatio cùm ſolutionis vim habeat, fieri [illegible] vt non liberet debitorem æquè ac fideiuſſorem, etiam inuito fideiuſſore, *l.* 3. *§. nunc de effectu*, *l.* 5. *de liber. legat.* Non eſt igitur æquum vt debitor per acceptilationem fideiuſſori factam liberatus teneatur iſta actione ob beneficium iuris collatum in ſe etiam ignorantem, & nullo ipſius debitoris facto intercedente.

Ratio decidendi, pro Marcello. Hæc actio cùm ſit in rem ſcripta, datur contra quemlibet poſſeſſorem rei per vim, aut metum extortæ, *leg.* 3. *Cod. hoc tit.* In hac autem ſpecie debitor quantumvis ignorans & inuitus, poſſeſſor eſt liberationis quam peperit acceptilatio per vim extorta. Non tamen tenebitur vt fideiuſſoris quoque obligationem reſtituat ſi non fuit conſcius malitiæ, quia non eſt poſſeſſor liberationis fideiuſſoris, *leg. ſi quis alius* 11. *infra, hoc tit.*

10. Gaivs lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

Illud verum eſt, ſi ex facto debitoris metum adhibentis fideiuſſores acceptilatione liberati ſunt: etiam aduerſus fideiuſſores agi poſſe, vt ſe reponant in obligationem.

Ad leg. Illud verum eſt 10.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. vlt. legis proximè præcedentis.

1 ¶ Si metu à te coactus acceptam tibi ſtipulationem fecerim arbitratu iudicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non ſolùm illud continetur, vt in tua perſona redintegretur obligatio, ſed vt fideiuſſores quoque vel eoſdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: præterea vt & pignora, quæ dederas, in eandem cauſam reſtituas.

Ad §. 1. Si metu.

Ratio dubitandi. Reſtitutio quæ fit ex hoc edicto, nihil debet reddere niſi quod metus aut vis extorſerat. Atqui metus nihil extorſerat niſi acceptilationem ſtipulationis. Ergo ſufficit redintegrari obligationem in perſona promiſſoris qui per acceptilationem fuerat liberatus.

Ratio decidendi. Acceptilatio iſta per metum extorta non tantùm promiſſorem iure liberauit, ſed etiam fideiuſſores ab eo datos & pignora, quamvis non niſi per conſequentias, *leg. ſi fideiuſſor.* 19. *infra, titul. prox.* Cùm enim & fideiuſſorum & pignorum obligatio non ſit niſi acceſſoria, non poteſt ſubſiſtere ſublata principali, *l. cum principalis* 178. *de reg. iur.* Atqui reſtitutio debet omnia in priſtinum ſtatum reponere, & id omne reddere quod læſio abſtulerat, *leg. quod ſi minor.* 24. *§. reſtitutio, infra de minor. l. vnic. Cod. de repud. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Ergo in hac ſpecie officium & arbitrium iudicis tale eſſe debet, vt non ſolùm in perſona debitoris qui vim fecit, redintegret obligationem, ſed vt fideiuſſores quoque vel eoſdem, vel ſi alios ſaltem non minùs idoneos adhibeat, præterea vt & pignora quæ dederat in eandem cauſam reſtituat, *l. patri* 27. *§. ſi minor. de minor.*

a *Vel alios non minus idoneos.* Ratio dubitandi. Quemadmodum aliud pro alio ſolui non poteſt inuito creditore, *l.* 2. *§. mutui. inf. de reb. credit.* Ita nec alius fideiuſſor pro alio dari, ne fiat iniuria creditori qui talem fideiuſſorem elegit, nec alium quamvis lo[illegible]torem fuerat forraſſis accepturus, *l.* 1. *§. item* [illegible] *de ſepar.* Ergo non eſt permittendum debitori qui ex acceptilatione per vim extorta ſibi ſuiſque fideiuſſoribus liberationem acquiſiit, vt alios fideiuſſores det pro iis quos priùs dederat, præſertim cùm poſſit ei imputari cur vim fecerit quæ fideiuſſorum liberationi cauſam dedit. Neque enim dignus eſt cui contra vulgares iuris regulas faueatur.

Ratio decidendi. Reſtitutio hæc, vt & aliquæ omnes non ſit niſi ex æquitate. Æquitas autem hactenus reſtitutionem dari ſuadet vt is qui vim metumve paſſus eſt, indemnitatem conſequatur, quam porro conſequitur perinde mutatis fideiuſſoribus, dummodò poſteriores ſint æquè idonei ac priores. Ne alioqui in poteſtate ſit fideiuſſorum poſtea nolentium ſe obligare vt debitor qui alios æquè idoneos fideiuſſores offerat, nihilominus omnimodo in quadruplum condemnetur, *l. Labeo* 25. *§. vltim. cum leg. ſeq. de recept. qui arbit. recep.* Pignorum alia ratio eſt. Debent enim eadem ipſa pignora reſtitui, quia eſt in poteſtate debitoris qui eorum dominus eſt vt eadem obliget. Nimirum ſi non interim fuerint alienata. Hoc enim caſu eadem æquitatis ratio facit vt audiendus ſit debitor ſi alia pignora dummodo æquè idonea dare velit ad euitandam quadrupli condemnationem. Nihil enim creditoris intereſt, arg. *l. ſi mandatu* 59. *§. vlt. mand. l.* 4. *§. addici de fideic. libert.*

11. Pavlvs lib. 4. Iuliani Digeſtorum notat.

Si quis alius ſine malitia fideiuſſoris, vt fideiuſſori accepto fieret, vim fecit: non tenebitur fideiuſſor, vt rei quoque obligationem reſtituat.

Ad l. Si quis alius 11.

Ratio dubitandi. Non potuit fideiuſſori acceptum ferri niſi fideiuſſore ipſo ſtipulante, cùm acceptilatio quælibet fiat per ſtipulationem, quæ non niſi inter præſentes contrahitur, *l.* 1. 3. & *paſſ. de acceptilat.* Ergo cùm per eiuſmodi acceptilationem non tantùm fideiuſſor, ſed etiam debitor ipſe liberatus ſit & quidem facto fideiuſſoris,

deiuſſoris,

deiuſſoris, licèt non fuerit conſcius violentiæ, æquum eſt vt non tantùm ſuam, ſed etiam debitoris obligationem reſtituat. Nec enim quærimus quis vim aut metum intulerit, ſed quis ex ea vi eóque metu lucrum ſenſerit.

Ratio decidendi. Qui ex alieno facto conuenitur iſta actione eatenus duntaxat tenetur quatenus lucrum ſenſit, *l.item ſi cum* 14.§.*in hac act.inf.hoc tit.* Atqui ex acceptilatione facta fideiuſſori licèt debitor quoque liberetur, nullum tamen lucrum ſentit fideiuſſor in eo quod debitor liberatur, ſed in eo tantùm quod ipſe. Nec enim ſi debitor maneret obligatus, vllum ideo regreſſum habiturus eſſet contra fideiuſſorem, cuius proindè nihil intereſt an debitor liberatus ſit necne, *l.fideiuſſ.* 53.*ſupr. de pact.* Non ergo debet fideiuſſor teneri vt principalem debitoris obligationem reſtituat, ſed vt ſuam duntaxat, cùm nihil ipſe per vim, aut metum fecit. Planè ſuam reſtituere cogitur etiamſi de dolo & malitia careat, ſcilicet tanquam poſſeſſor ſibi acquiſitæ liberationis, vt dixi ad §.*vlt. l.9.ſup.eod.*

12. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SEd & partus ancillarum, & fœtus pecorum & fructus reſtitui, & omnem cauſam oportet: nec ſolùm eos, qui percepti ſunt: a verùm ſi plus ego percipere potui b, & per metum impeditus ſum, hoc quoque præſtabit.

Ad l. Sed & partus. 12.

Ratio dubitandi. Id tantùm per actionem ex hoc edicto competentem reſtituendum eſt in quo actor vim aut metum paſſus fuit, ne latiùs pateat effectus quàm cauſa, nec in aliquis puniatur, quàm in quo deliquit, *leg.beneficio* 59.*ad leg. Falcid.l.ſancimus* 22. *Cod.de pœn. l.reſcriptum* 6.*de his quæ vt indig.aufer.* Atqui ponimus vim factam fuiſſe quod ad ancillas duntaxat pertinet, & quod ad pecora, non quod ad fructus ancillarum & fœtus pecorum. Ergo neque partus ancillarum neque fœtus pecorum veniunt in hanc actionem.

Ratio decidendi. Verbum *reſtituendi* quo iudex in hac actione datus vti cogitur pleniſſimam habet ſignificationem continétque non modò priſtinum ſtatum, *leg.*2.§.*antepen.ne quid in loco public.* & arbitrium boni viri & poſſeſſionem, *leg. plus eſt* 22.*leg. hæc verba* 73. *de verb. ſignific.* & cauſam vſucapionis, *leg.reſtituere* 35.*eod.* Sed etiam cauſam omnem, id eſt, quod habiturus fuiſſes actor ſi controuerſiam paſſus non eſſet ac proinde partus quoque & fructus, *leg.videamus* 38.§.*in Fauiana & ſeqq.de vſur.leg.in condemnatione* 173.§.1.*de reg.iur.* Denique omnem rem, & omnem conditionem, *l.vlt.in fin. de verb.ſignific.*

b *Verùm & ſi plus ego percipere potui.* Ratio dubitandi, Actio ex hoc edicto datur etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem qui vim illatam nullomodo participauerit, *leg. proxim.ſuprà, leg.Codic.hoc titul.* Atqui bonæ fidei poſſeſſor facit omnes fructus ſuos ſaltem interim, *l.bona fides* 48.*de acquir. rer.domin.* Nec vnquam tenetur reſtituere fructus conſumptos, *l.certum* 22.*Cod.de rei vindic.* Multò minùs eos quos non percepit, quamvis percipere potuerit. Hæc enim pœna eſt prædonum & malæ fidei poſſeſſorum, *leg.ſed & ſi l.* 25.§.*ſed & ſi fructus, infr. de hered.petit.l.*1.*C.eod.* Ergo non ſemper & indiſtinctè verum eſt, quod hic dicitur, in hanc actionem venire fructus omnes non tantùm quos poſſeſſor percepit, ſed etiam quos percipere potuit.

Ratio decidendi. Multum intereſt an bonæ fidei poſſeſſor conueniatur per rei vindicationem, aut per hæreditatis petitionem, aut per in integrum reſtitutionem. Priore caſu obtinet quod modo diximus. Poſteriori verò non item, quia poteſtas reſtitutionis illa eſt vt omnia in priſtinum ſtatum reponere debeat, ſiue bonæ, ſiue malæ fidei poſſeſſor ſit is qui conuenitur, *leg. quod ſi minor.* 24.§.*reſtitutio, leg.patri* 27.§.*ſi pecuniam de minor.* Nec quicquam actori nocet mora ſua, id eſt, quod tardius agere cœperit, *dict.leg.videamus.* §.*item ſi vi.de vſur.* Idque adeò verum eſt, vt quæ ſeruus per vim aut metum alienatus acquiſiuit medio tempore, ſiue apud eum ipſum qui vim intulit, ſiue apud alium, qui ab eo bona fide comparauerit, ad eum pertinere debeant, qui vim paſſus fuit, vt Paulus ſcribit, *lib.*1.*Sentent.tit.*7. §.6. Non quaſi ſeruus ei acquiſiuerit, (non enim alij acquirere potuit, quàm domino, dominus autem fuit is qui ſeruum per vim extorſit, non ille, qui vim paſſus eſt quouſque reſciſſa ſit alienatio, *leg.*9. §.*licet.* vbi dixi *ſuprà eod.*) Sed quia quicquid per ſeruum toto illo tempore acquiſitum eſt, poſtea per hanc actionem ei qui vim paſſus fuit, reſtitui oportet.

1 ¶ Quæri poterit; an etiam ei, qui vim fecerat, paſſo vim reſtitui prætor velit per hoc edictum ea, quæ alienauit: & Pomponius ſcribit libro viceſimo octauo, non oportere ei prætorem opem ferre. Nam cùm liceat, inquit, vim vi repellere quod fecit, paſſus eſt: quare ſi metu te coëgerit, ſibi promittere, mox ego eum coëgero metu, te accepto liberare: nihil eſſe, quod ei reſtituatur.

Ad §.1. Quæri poterit.

Ratio dubitandi. Quod metus cauſa geſtum eſt, nunquam prætor ratum habere debet, *l.ſi mulier.*21.§.1.*infr. hoc tit.* Ergo ſi vis facta ſit ei quoque, qui vim iam fecerat, non eo minùs actionem ex hoc edicto habere debet, vt quod per vim facere coactus eſt, reſcindatur. Non tam enim verſatur hac in re fauor priuati qui vim paſſus eſt, quàm reipublicæ, cuius maximè intereſt impunitam vim, non manere. Vnde eſt quod dicimus, etiam prædonem ſi vi deiectus ſit, ante omnia reſtituendum eſſe niſi deiectus ſit incontinenti, *l.*3.§.*eum igitur, l.qui poſſeſſionem* 171.*infr.de vi & vi armat.*

Ratio decidendi. Reſtitutio quam prætor dat ex hoc edicto, ſola nititur æquitate, nec alios prætor iuuat, quàm quos arbitratur dignos quibus opem ferat, *leg.*1.*ſuprà, tit.prox.* Dignus autem non eſt ille qui vim fecit, ſi modò mox & incontinenti vim paſſus ſit, quia nihil paſſus eſt niſi quod fecit, & quod pati iure debuit cùm liceat vim vi repellere, *leg. vi vim.*3. *de iuſtit. & iur.* Scilicet incontinenti & quantum patitur moderatio inculpatæ tutelæ, *leg.*1. *Cod.vnde vi.* Aliud ergo erit ſi ex interuallo vis facta proponatur. arg. *d.l.*3. §.*eum igitur, & d.l.*17.*de vi & vi armat.* Quod ſatis apertè Vlpianus noſter hic exprimit iis verbis *mox ego eum coëgero*, itémque ratione illa, *cùm liceat vim vi repellere.* Non enim repellit vim, ſed eam vltro infert qui vim facit ex interuallo, licèt etiam priùs paſſus ſit. Id verò ferendum non eſt ne occaſio maioris tumultus detur, *leg. non eſt ſingulis* 176.*de reg.iur.* Nihil porrò hac parte refert an ſecundum vim fecerit ille qui priorem paſſus fuerat, an alias.

2 ¶ Iulianus

2 ¶ Iulianus ait, eum, qui vim adhibuit debitori ſuo, vt ei ſolueret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus cauſa actionis, quæ damnum exigit: quamuis negari non poſſit, in Iuliam eum de vi incidiſſe, & ius crediti amiſiſſe.

Ad §. 2. Iulianus.

Ratio dubitandi. Hoc edictum complectitur id omne quod vi, metúſve cauſa geſtum eſt, quia edicti verba ſunt indefinita, & cóſequenter vniuerſalibus æquipollentia, *l. ſi plures 98. de leg. 3.* Ergo etiam is qui vim adhibuit debitori ſuo, vt ei ſolueret hoc edicto teneb[it]ur.

Ratio decidendi. Hoc fit ex natura actionis quod metus cauſa, quæ damnum exigit. Nam cùm ſit hæc ſpecies in integrum reſtitutionis, certum eſt, non alium poſſe in integrum reſtitui, quàm qui læſus ſit, & damnum aliquod ſenſerit, *leg. 1. ſupra titulo 1.* Si quidem reſtitutio ipſa nihil aliud eſt, quàm redintegrandæ rei vel cauſæ actio, vt Paulus in Sententiis definit. Atqui nullum damnum ſenſit debitor, qui ſuo creditori ſoluere coactus fuit. Imò lucrum potius cùm à creditore ſuo fuerit liberatus, non modo ſolutione (quam & locupletior fieri intelligitur, qui per ſolutionem liberatur, *leg. ſi pupill. 66. in fin. de ſolut. leg. ſpecies 11. de acceptil.*) Verum etiam ob id quod vis ei facta fuit. Qui enim propria auctoritate non per iudicem creditum repoſcit, is & in legem Iuliam de vi incidit, & ius crediti amittit ex decreto D. Marci, de quo in *l. ſeq.*

13. CALLISTRATVS lib. 5. de Cognitionibus.

EXſtat enim decretum Diui Marci in hæc verba: Optimum eſt, vt ſi quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, cùm Martianus diceret, vim nullam feci: Cæſar dixit, tu vim putas eſſe ſolùm, ſi homines vulnerentur? vis eſt & tunc, quoties quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit. Quiſquis igitur probatus mihi fuerit rem vllam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipſo ſibi ſponte datam, ſine vllo iudice temerè poſſidere, vel accepiſſe, iſque ſibi ius in eam rem dixiſſe: ius crediti non habebit.

Ad leg. Extat. 13.

Ratio dubitandi. Qui id quod debet, non ſoluit, etiamſi naturaliter tantum debuit, violat tamen ius gentium, *leg. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* Vnde eſt quod dicimus actiones non niſi in perfidos homines comparatas eſſe, vt ait Theoph. initio *tit. De action.* Ergo non delinquit, qui propria auctoritate cogit debitorem ad ſolutionem, dummodo nihil ab eo niſi quod iuſtè veréque debeatur, extorqueat, non magis quàm ſi aut furti, aut fugienti extorſiſſet, *l. ait prætor. 10. §. ſi debitorem, infrà, quæ in fraud. credit. leg. qui vas 48. in princ. de furt.* Præſertim cùm nihil interſit debitoris quem omnimodo ſoluere oportuit, quique ea ſolutione liberatus fuit, vt dixi ad *§. vlt. leg. præced.*

Ratio decidendi. Non eſt ſingulis concedendum, vt id faciant quod per magiſtratum publicè fieri poſſit, ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi, *leg. non eſt ſingulis 176. de regul. iur.* Itaque ſi quis propria auctoritate ſibi ius dicat licet vero debitori iniuriam non faciat, facit tamen magiſtratui, cuius auctoritatem vſurpat. *tot. titul. Cod. ne quis in ſua cauſ. iudic. vel ius ſib. dic. leg. 1. §. 1. quod legat.* adeò vt nec magiſtratibus ipſis id permittatur, *leg. qui iuriſdictioni. 10. de iuriſdict.* Æquiſſimè igitur D. Marcus decreuit, vt ſi quis id quod ſibi deberi putat, per ſe non per iudicem repoſcat, ius crediti amittat, quamvis reuera debeatur. Idque etiam poſteriores Imperatores ſecuti ſunt in *l. meminerint 6. & ſeq. Cod. vnde vi.* Et hoc additum eſt ad pœnam legis Iuliæ de vi, qua lege iam antea creditor hic teneb[a]tur, *l. pen. infr. ad leg. Iul. de vi priuat.* Denique manus iniectio priuatis hominibus non niſi certis caſibus certiſque legibus conceſſa eſt, *leg. generali 54. Codice, de decurion. libro 10. titul. 31.*

14. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

ITem, Si cum exceptione aduerſus te perpetua tutus eſſem, coëgero te acceptum mihi facere, ceſſare hoc edictum: quia nihil tibi abeſt.

Ad l. Item ſi cum 14.

Ratio dubitandi. Abeſt mihi hoc caſu obligatio quæ ſublata eſt ipſo iure per acceptilationem, & quam exceptio perpetua æquè tollere ipſo iure non potuiſſet. Sunt enim iſta contraria, Tolli actionem ipſo iure & tolli per exceptionem, ſiquidem vbi actio ipſo iure ſublata eſt nullus exceptioni locus eſſe poteſt, cùm nihil aliud ſit exceptio, quàm actionis excluſio, *leg. 1. 2. & paſſ. de except.* Ergo quamvis actio, Quod metus cauſa damnum exigat, non eò minùs tamen hoc caſu locum habere debebit.

Ratio decidendi. Nihil intereſt an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur, *leg. nihil intereſt 112. de reg. iur.* Effectus enim actionis eſt exactio, quæ per exceptionem perpetuam impeditur, cùm & ſi per errorem ſoluta eſſet pecunia, cuius petitio per huiuſmodi exceptionem perpetuam poterat ſummoueri, ea res induceret condictionem *leg. qui exceptionem 40. de cond. indeb.* Prætor autem in hoc edicto, vt & in cæteris omnibus partibus iuris effectum magis reſpicit, quàm meri iuris ſubtilitatem.

1 ¶ Si quis non reſtituatur in quadruplum, in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcunque reſtitui oportuit. Satis clementer a cum reo prætor egit, vt daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam euitare. Poſt annum verò in ſimplum actionem pollicetur: ſed non ſemper b, ſed cauſa cognita.

Ad §. 1. Si quis.

Ratio dubitandi. Reſtitutio in integrum debet omnia in priſtinum ſtatum reponere, & id tantùm reddere quod læſio abſtulit, *leg. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio de minor. leg. ſed etſi 26. §. quoties, ex quib. cauſ. maior.* Atqui non

non abeſt actori quadruplum, ſed ſimplum, ergo per hanc actionem ſimplum duntaxat non etiam quadruplum conſequi actor debet.

Ratio decidendi. Hæc actio datur quidem ad quadruplum eius quod reſtitui debet, ſed ſub illa conditione, ſi quod per vim extortum eſt, non reſtituatur, quia hoc caſu dignus eſt is qui vim aut metum intulit, vt improbitatis ſuæ pœnam grauem ſentiat. Bis enim deliquit, & ab initio cùm vim aut metum intulit, & nunc cùm non vult reſtituere quod tam malo more extorſit. Ideoque bene ſubiungit Vlpian. ſatis clementer prætorem egiſſe, qui cùm illatam vim aut metum punire omnimodo deberet, pœnitentiæ tamen locum reliquit, vt ſi reus ipſam rem reſtitueret, tripli pœnam imminentem euitaret.

c *Satis clementer.* Ratio dubitandi. Nulla actio pœnalis pecuniaria poteſt excedere quadruplum, §. *omnes autem actiones* 21. *Inſtit. de action.* Ergo non valde clementer egit prætor, qui propoſita in quadruplum actione iſtud fecit, quod durius nihil facere potuit.

Ratio decidendi. Clementia prætoris non in eo elucet, quod actionem iſtam in quadruplum duntaxat introduxit, ſed in eo maximè quod poſt vim iam illatam, admiſſúmque delictum, reliquit tamen reo facultatem euitandi pœnam, ita nimirum ſi vellet, id ſolum reſtituere quod per vim extorſiſſet.

b *Sed non ſemper.* Ratio dubitandi. Actiones honorariæ quæ rei perſecutionem continent, dantur & hæredi, & in hæredem, & poſt annum quoque, *leg. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Atqui hæc actio ad ſimplum vſque nihil niſi rei perſecutionem continet, quoniam tota pœna in triplum eſt, §. *quatenus infrà, hac lege.* Ergo ad ſimplum danda eſt omnimodo & ſemper etiam poſt annum.

Ratio decidendi. Inferre vim aut metum eſt iniuriam facere, Iniuria enim eſt quicquid non iure fit, ſed malo more, *leg.* 1. *de iniur.* Atqui actio iniuriarum anno vtili finitur, *l. ſi non conuicii* 5. *C. de iniur.* Ergo hæc actio hoc anno finiri debet, niſi ex magna cauſa, vt ſubiicitur in §. *ſeq.*

2 ¶ In cauſæ autem cognitione verſatur, vt ſi alia actio non ſit[a], tunc hæc detur, & ſanè per metum facta iniuria anno & quidem vtili exoleuerit: idonea eſſe cauſa debet vt poſt annum actio hæc dari debeat. Alia autem actio eſſe ſic poteſt: Si is, cui vis admiſſa eſt: deceſſerit: hæres eius habet hæreditatis petitionem[b], quoniam pro poſſeſſore, qui vim intulit poſſidet. Propter quod hæredi non erit metus cauſa actio: quamvis, ſi annus largiretur, etiam hæres in quadruplum experiri poſſit.[c] Ideo autem ſucceſsoribus datur, quoniam & rei habet perſecutionem.

Ad §. 2. In cauſæ.

a *Si alia actio non ſit.* Ratio dubitandi. Hæc actio plenior eſt quam alia vlla, quæ propter illatam vim aut metum competere poſſit, cùm ad quadruplum detur. Ergo non eò minùs debet competere quod alia competat. Nunquam enim vna actio aliam pleniorem quamuis pœnalem conſumit, *leg. qui ſeruum* 34. *leg. quoties* 41. §. 1 *iunct. l. nunquam* 60. *de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Hæc actio eſt ordinaria cùm detur iure in integrum reſtitutionis, *leg.* 1. *ſuprà, tit. prox.* Atqui extraordinarium auxilium ceſſat vbi competit ordinarium, nec indiget reſtitutione is, qui ipſo iure munitus eſt, *l. in cauſæ* 16. *in prin. infr. de minor.* Iunge quæ dixi ad §. *præced.*

b *Hæres eius habet hæreditatis petitionem.* Ratio dubitandi. Hæredis perſona cenſetur eadem cum perſona defuncti, cùm ſuccedat in vniuerſum ius quod defunctus habuit, *l. nihil eſt aliud* 24. *de verb. ſignific.* Atqui non competit defuncto petitio hæreditatis contra eum qui vim aut metum intulit. Ergo neque ipſius hæredi competet.

Ratio decidendi. Plenius eſt hac parte ius hæredis quàm defuncti, quia ſicut nemo viuus hæreditatem habet, *leg.* 1. *de hæred. vel action. vend. leg. pro hæred.* Ita neque hæreditatis petitionem: quæ ratio ceſſat in hærede, qui nec aliam ob cauſam hæres eſt quàm quod habeat hæreditatem, cuius proinde petitionem ei competere conſequens eſt aduerſus poſſeſſorem omnem, qui vel pro hærede poſſideat vel pro poſſeſſore, *leg. regulariter* 12. *& ſeqq. infrà, de hæred. petit.* Atqui pro poſſeſſore poſſidet is qui per vim rem extorſit. Interrogatus enim quare poſſideat nihil aliud reſpondere poteſt, quàm quia poſſidet, *leg. qui interrogatus* 14. *eod.* Tenetur ergo petitione hæreditatis. Neque verò nouum eſt vt hæredi aut in hæredem actio aliqua competat, quæ non competit defuncto aut in defunctum, *leg. vnic. Codice, vt action. ab hæred. & contr. hæred. incip.* aut vt plenior ſit in perſona vel in perſonam hæredis, *leg. ſi per imprudentiam* 15. §. *non mirum de euict.*

c *Etiam hæres in quadruplum experiri poſſet.* Ratio dubitandi. Actiones pœnales neque hæredi, neque in hæredem dantur, *dict. leg. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Atqui hæc actio licèt ſit perſecutoria vſque ad ſimplum, tamen maiore ex parte eſt pœnalis cum triplum ſit in pœna, §. *quatenus, infrà.* Ergo non eſt danda in hæredem.

Ratio decidendi. Hæc actio licet ſit maiore ex parte pœnalis. Tamen non poteſt dici abſolutè pœnalis, ſed potius rei perſecutoria, quia rei perſecutionem continet, ideóque datur etiam hæredi, & quidem in quadruplum quandoquidem non duplex actio eſt, ſed vna, eàque indiuidua quam proinde vel in totum vel nullo modo in hæredem tranſire neceſſe eſt.

3 ¶ In hac actione non quæritur, vtrum is, qui conuenitur, an alius metum fecit. Sufficit enim hoc docere, metum ſibi illatum, vel vim: & ex hac re eum qui conuenitur, & ſi crimine caret, lucrum tamen ſenſiſse. Nam cùm metus habeat in ſe ignorantiam[d], meritò quis non adſtringitur, vt deſignet, quis ei metum, vel vim adhibuit: & ideo ad hoc tantùm actor adſtringitur[e], vt doceat metum in cauſa fuiſse, vt alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non ſtatim quadrupli eſt actio, ſed ſi res non reſtituatur.

Ad §. 3. In hac actione.

Ratio dubitandi. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, *leg. non debet* 74. *de regul. iur.* Ergo non debet quis huiuſmodi actione teneri ex eo quod alius vim aut metum adhibuerit, cùm careat crimine.

Ratio decidendi. Sicut ex alieno crimine teneri nemo debet, *leg. ſancimus* 22. *Cod. de pœn.* Ita neque lucrum ſentire, ne quod turpiter vel ſcelere quæſitum eſt ad compendium alterius pertineat, *l. quod diximus* 19. *in fin. infra hoc tit.*

d *Cum metus habeat in ſe ignorantiam.* Ratio dubitandi.

tandi. Non aliud metus ad hoc edictum pertinet, quàm qui poſſit cadere in conſtantem virum, imò in conſtantiſſimum, *metum autem 6. ſuprà, hoc tit.* Atqui non eſt conſtantis hominis quid metuere, ſi ignoret a quo ſibi habeat metuendum. Ergo metus de quo in hoc edicto agitur, ignorantiam habere non poteſt.

Ratio decidendi. Vir conſtantiſſimos non poteſt quidem ignorare, quod aut quando metuendum habeat, ſed poteſt facilè ignorare à quo metuendum, & à quo vis inferatur, cùm eueniat plerunque vt vis non modò per armatos, ſed etiam per incognitos inferatur, ad hoc vt ſceleris probatio difficilior ſit. Quod in dolo ſecus eſt: nec enim dolo malo decipi quis poteſt, niſi ab eo quem non ſolum de facie nouerit, ſed etiam pro viro bono habuerit. Ideóque in actione de dolo cogitur actor exprimere perſonam à qua dolum paſſus eſt, & in eo differt actio de dolo ab actione quæ competit ex hoc edicto, *l. ſed & ex dolo. 15. §. vltim. infrà, titul. prox.* Nec tantùm actio de dolo perſonam complectitur eius qui dolo fecit, ſed etiam exceptio doli, quæ rurſus in eo differt ab exceptione metus, quæ non minùs quàm actio in rem ſcripta eſt, *leg. 4. §. pen. infrà de doli mal. & met. excep.* Habet tamen dolus quoque ignorantiam cùm non ſit ſine errore qui imperitiam & ignorantiam detegit, *leg. ſi per errorem 15. ſuprà de iuriſdict. om. iud. leg. qui cum tutoribus 9. §. 1. ſupr. de tranſact.* Sed error ille & ignorantia in re eſt de qua contrahitur, non in perſona quæ decipit, quam ſemper certam eſſe neceſſe eſt.

c *Ad hoc tantùm actor adſtringitur.* Ratio dubitandi. Iniquum eſt ex alieno facto quem condemnari, maximè verò in quadruplum, quæ pœna eſt omnium inter pecuniarias grauiſſima, *§. omnes autem, Inſt. de action.*

Ratio decidendi. Non ſtatim actio eſt quadrupli, ſed ita demum ſi res non reſtituatur per contumaciam poſſeſſoris, cui proinde factum proprium nocet, non alienum.

4 ¶ Hæc autem actio cùm arbitraria ſit [a], habet reus licentiam, vſque ad ſententiam [b] ab arbitrio datam, reſtitutionem, ſecundum quod ſupra diximus, rei facere: quod ſi non fecerit, iure meritóque quadrupli condemnationem patietur.

Ad §. 4. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. In arbitrariis actionibus præcedit arbitrium iudicis de reſtituenda, cui ſi non pareatur, ſequitur condemnatio ex bono & æquo, *§. præterea. Inſtit. de action.* Atqui arbitrio parere omnimodo cogitur reus, & rem ipſam reſtituere, adeò vt ſi non reſtituat, manu militari auferenda ei poſſeſſio ſit, *leg. qui reſtituere 68. De rei vindicat.* Ergo nullus hodie condemnationi locus relinquitur, quaſi cuius conditio non poſſit exiſtere, niſi eo demum caſu quo reus dolo deſierit poſſidere, *dict. leg. qui reſtituere.*

Ratio decidendi. Quod in *dict. leg.* qui reſtituere ſcriptum eſt cùm abhorreat à iuris veteris ratione, Tribonianus eſt proculdubio non Vlpiani, Alioqui fatendum erit nullas vnquam fuiſſe, vt nec hodie vllæ ſunt actiones arbitrariæ, quod probaui pluribus, *libro 19. Coniectur.*

a *Cum arbitraria ſit.*) Quia præcedit arbitrium iudicis de re reſtituenda, non quòd in ea fiat condemnatio arbitrio iudicis vt plerique putant. Cogitur ſiquidem iudex quadrupli condemnationem omnimodo irrogare ſi res non reſtituatur, vt lex habet, & edictum prætoris.

h *Vſque ad ſententiam.* Vnica igitur ſententia fertur in actionibus arbitrariis, non duplex quomodò putant interpretes, qui arbitrium & iuſſum quod præcedere neceſſe eſt de re reſtituenda ſententiam appellant. Arbitrium enim illud eſt à quo arbitraria actio dicitur non ſententia, quæ ſcilicet nulla eſt ſine abſolutione aut condemnatione, *leg. 1. de re iudicat.* Tunc igitur ſententia in hac actione fertur, cùm quadrupli condemnatio irrogatur. Ex eo namque tempore nullus euitandæ pœnæ locus relinquitur, & iudex tanquam officio ſuo functus nihil aliud faciendum habet. Condemnat ſiquidem tanquam iudex, arbitratur verò tanquam alius vir bonus quilibet, vnde eſt quod arbitrium nullam parendi neceſſitatem affert, quam ſententiam & condemnatio afferret propter rerum iudicatarum auctoritatem.

5 ¶ Aliquando tamen, & ſi metus adhibitus proponatur, arbitrium abſolutionem affert. Quid enim, ſi metum quidem Titius adhibuit me non conſcio: res autem ad me peruenit, & hæc in rebus humanis non eſt ſine dolo malo meo: nónne iudicis officio abſoluat [c]? aut ſi ſeruus in fuga eſt: æquè, ſi cauero iudicis officio, me, ſi in meam poteſtatem peruenerit [d] reſtiturum, abſolui debebo. ¶ Vnde quidam putant, bona fide emptorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri: [illegible] eum, qui dono accepit, vel cui res legata eſt. Sed rectiſſimè Viuiano videtur, etiam hos teneri [illegible] metus, quem paſſus ſum mihi captioſus ſit. ¶ Pedius quoque libro octauo ſcribit arbitrium iudicis in reſtituenda re tale eſſe: vt eum quidem, qui vim admiſit, ſubeat reſtituere, etiam ſi ad alium res peruenit [g]: cum autem, ad quem peruenit, etiam ſi alius metum fecit [h]: nam in alterius præmium verti alienum metum non oportet.

Ad §. 5. Aliquando.

Ratio dubitandi. Quod metus cauſa geſtum eſt, prætor nullo tempore ratum habet, *leg. ſi mulier, leg. 21. §. 1. infrà, eod.* Ergo nunquam fieri poteſt vt arbitrium iudicis abſolutionem afferat ſi metus adhibitus proponatur, ne alioqui captioſus ſit metus ei qui ipſum paſſus eſt.

Ratio decidendi. Regulariter quidem ita eſt, ſed aliquando contra euenit, ſcilicet, cùm is per hanc actionem conuenitur, non habet rei reſtituendæ facultatem: nec ei tamen culpa aliqua imputari poteſt, putà ſi non ipſe metum intulerit, ſed alius, res tamen ad eum bona fide peruenerit, quam poſtea ſine dolo malo ſuo habere deſierit, fortè quæ vel facto ſuo in rebus humanis exſtare deſierit, vel aufugerit. Huic enim non poſſis imputare, neque cur metus tibi illatus ſit, cuius non fuit conſcius, neque cur res non reſtituatur, quæ non eſt in ipſius poteſtate, nec ipſius dolo culpave eſſe deſiit. Denique ſicut arbitrium iudicis in actionibus omnibus arbitrariis affert condemnationem ſi reus ſit contumax in parendo, *§. præterea. Inſtit. de action.* Ita & afferre debet abſolutionem ſi nulla ſit rei culpa, cùm eius ſit abſoluere, qui poteſt & condemnare & contrà, *leg. 3. de re iudic.* Dicique ſoleat omnia iudicia eſſe abſolutoria, *§. vltim. Inſtit. de perpet. & temp. action.* In hoc tamen differt abſolutio à condemnatione in iudiciis arbitrariis, quod arbitrium affert abſolutionem ſecum, id eſt, tale iudicis

arbitrium

arbitrium eſſe debet vt reum abſoluat, nec eum iubeat reſtituere rem quam videat non eſſe in ipſius poteſtate. Condemnationem verò nunquam arbitrium ſecum aſſert ſed eam ſemper præcedit, tanquam cauſa effectum, eiq; ſe duntaxat vt ſequi poſſit, cauſam præbet.

c *Nonne iudicis officio, abſoluat.* Ratio dubitandi. Etiam res quæ non extat in cõdemnationem non minùs quàm in petitionem deduci poteſt, *leg. ſi ſeruum 91. §. vltim. de verb. obligat.* quia & æſtimari poteſt ſaltem per iuſiurandum, *leg. in actio. 5. §. vlt. de in lit. iur.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt qui per hanc actionem conuenitur, ideo abſolui debeat, quod res extare deſierit.

Ratio decidendi. Interitu ſpeciei contra moram & culpam vllam contingente etiam debitor liberatur, *leg. ſi ex legati 23. de verb. obligat.* Ergo multo magis ille, qui debitor non eſt, & cui neque mora neque culpa vlla imputari poteſt.

d *Aut ſi ſeruus in fuga eſt.* Ratio dubitandi. Actionum arbitrariarum conditio illa eſt ſi res non reſtituatur, non autem illa ſi de reſtituenda re non caueatur, *dict. §. præterea, Inſt. de action.* Ergo non debet prodeſſe reo quod paratus ſit cauere de re reſtituenda, ſi non eam reſtituat.

Ratio decidendi. Cautio de re reſtituenda pro ipſius rei reſtitutione eſt quoties fieri per rerum naturam nequit vt res ipſa adhuc reſtituatur. Impoſſibilium enim nulla obligatio eſt, vt habet regula iuris. Impoſſibile autem eſt vt quis, tametſi maximè velit, eam rem reſtituat, quam non habet in ſua poteſtate, *leg. officium 9. de rei vendic. leg. 3. & paſſ. ad exhib.* Atqui nemo habet in poteſtate ſua ſeruum qui ſit in fuga, quia licet ſeruus qui in fuga eſt, non eo minùs remaneat in dominio priſtini domini, non tamen ita eſt in ipſius poteſtate vt eum alteri dare poſſit & reſtituere. Sui enim furtum facit fugitiuus, *l. ancilla 60. de furt. l. 1. C. de ſeru. fugit.* tametſi vtilitatis cauſa receptum ſit vt adhuc poſſideri intelligatur, *l. rem quæ nobis 15. §. vlt. de acquir. poſſ.* Ne ſcilicet poſſit interim ab alio vſucapi, & ne ipſius fuga domino ſit damnoſa, vt ait *d. l. 1. C. de ſeru. fugit.*

e *Si in meam poteſtatem peruenerit.* Non ergo in poteſtate mea eſt quicquid poſſideo. Seruus enim fugitiuus vt modo dixi, poſſidetur à me, *dict. l. 15. §. vltim. de acq. poſſ.* nec tamen in poteſtate mea eſt.

f *Etiam hos teneri.* Ratio dubitandi. Nihil poteſt imputari ei qui bona fide emit vel dono accepit aut ex legato rem quam alius tibi per vim aut metum abſtulit, ſi non ſit conſcius doli & metus: ergo non debet teneri, quia ſuus cuique dolus teneri debet, non alteri.

Ratio decidendi. Non inſpicitur quis metum intulerit, ſed quis metum paſſus ſit, ne ſit ei metus ſuus captioſus. & ideo ſcripta eſt in rem hæc actio, *leg. 1. §. 9. ſuprà*, vbi dixi.

g *Etiamſi ad alium res peruenerit.* Ratio dubitandi. Arbitrium iudicis etiam in hac actione tale eſſe debet vt abſoluat reum qui reſtituendæ rei facultatem non habet, ſicuti proximè dictum eſt. Ergo non debet iudex arbitrari aut iubere reſtitui rem ab eo, qui metum intulit, ſi ſciat eam rem ad alium perueniſſe, cùm hoc ipſo ſciat non habere reum reſtituendæ rei facultatem. Non enim quadrupli condemnatio fit hoc caſu ob metum illatum, ſed ob non factam reſtitutionem rei per metum extortæ.

Ratio decidendi. Is qui rei reſtituendæ facultatem non habet, non ſemper abſoluitur, ſed ita demum ſi præterea illud concurrat, vt nihil ei poſſit imputari: quemadmodum in ſpecie præcedenti. Atqui poteſt imputari ei qui ipſe metum intulit & rem poſtea vendidit, aut donauit, aut legauit, non ſolùm cur metum intulerit, ſed etiam cur eam rem à ſe abdicauerit, cuius reſtituendæ neceſſitatem ſibi proximam imminere videbat. Ergo quamvis non habeat reſtituendæ rei poteſtatem, perinde tamen cenſeri debet, ac ſi haberet, cùm facto proprio habere deſierit, nec caret dolo malo. Nemo enim facto ſuo tollere obligationem ſuam poteſt, *leg. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus, de verb. oblig.* Nec adimere alij competentem actionem, *l. Granius 71. §. pen. de fideiuſſ.*

h *Etiamſi alius metum fecit.* Ratio dub. & dec. eadem quæ ad verſ. præcedentem in illis verbis, *Etiam hos teneri*, quæ vtraque continetur his verbis, *Nam in alterius præmium verti alienum metum non oportet.* Alienus enim metus eſt, id eſt, ab alio illatus, ſed in alterius præmium verti non debet, quomodo verteretur, ſi nullam actionem metueret is, qui metum non feciſſet, *l. vlt. §. 1. de eo per quem fact. erit.*

6 ¶ Labeo ait: Si quis per metum reus ſit conſtitutus, & fideiuſſorem volentem dederit: & ipſe fideiuſſor liberatur, ſi ſolus fideiuſſor metu acceſſit [1], non etiam reus ſolus fideiuſſor liberabitur.

Ad §. Labeo. 6.

Ratio dubitandi. Huius liberationis quæ per reſciſſionem ex edicto prætoris obligationem contingit, cauſam præſtat ſolus metus. Ergo cùm ſoli reo metus illatus ſit, non etiam fideiuſſori qui volens & vltro acceſſit ad alienam obligationem, ſolus reus liberandus eſt non etiam fideiuſſor, ne latius pateat effectus quàm cauſa.

Ratio decidendi. Fideiuſſoris obligatio cùm ſit acceſſoria, pendet à principali, ſine qua nec ſubſiſtere poteſt, ergo liberato per in integrum reſtitutionem reo propter metum qui illatus ei fuit, fideiuſſorem quoque liberari neceſſe eſt. Alioqui conuento fideiuſſore, per conſequentias reus quoque conueniri videretur, contra quem fideiuſſor regreſſum habiturus eſſet, *leg. 5. in princip. De liber. legat. leg. cùm lex. 46. de fideiuſſ.* Quid igitur ſi fideiuſſor donandi animo interuenerit, aut in rem ſuam? Aliud erit, vt puto, his caſibus in quibus ſcilicet fideiuſſor pro reo eſt, reus autem pro fideiuſſore, *dict. l. 5. l. ſed ſi fideiuſſor. 24. ſupr. de pact.*

i *Si ſolus fideiuſſor metu acceſſit.* Ratio dubitandi. Solutione per fideiuſſorem facta liberatur reus principalis, qui etiam ignorans & inuitus alterius cuiuſcunque ſolutione pro eo facta liberaretur, *leg. ſoluendo 39. ſuprà de negot. geſt. l. ex mandato 20. §. 1. mandat.* Atqui fideiuſſor qui liberatus eſt per petitam ex hoc edicto in integrum reſtitutionem, ſimilis eſt ei qui ſatisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori, argum. *leg. ſi pupill. 45. in fin. de admin. tutor.* Ergo quemadmodum liberato reo qui per metum reus fuerat conſtitutus fideiuſſor liberatur, etiamſi volens & vltro fideiuſſerit, ita & liberato fideiuſſore qui ſolus metu acceſſerat, reum quoque liberari neceſſe eſt.

Ratio decidendi. Fideiuſſor quoquomodo liberatus habetur quidem pro eo qui ſatisfecit, quod ad ipſum pertinet, ſed non quod ad debitorem, neq; quod ad creditorem: Non contra debitorem aduerſus quem nullum regreſſum habet, quem haberet ſi pro eo ſoluiſſet: Non contra creditorem, quia nemo dixerit liberationem eſſe pro ſolutione quoties contingit per reſtitutionem in integrum, quæ ideo tantum conceditur, ne ſoluere cogatur is qui alioquin cogi potuiſſet.

7 ¶ Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id eſt, cum fructibus & omni cauſa.

Ad §. 7. Quadruplatur.

Ratio dubitandi. Quadruplari debet id tantùm quod vi, aut metu extortum fuit, cùm ea condemnatio fiat in pœnam & odium illatæ violentiæ, aut illati metus. Atqui res ipſa tantùm extorta fuit, non fructus, ex ea poſtmodum percepti. Ergo quadruplari tantùm res ipſa debet, non cum fructibus.

Ratio decidendi. Quadruplari debet id omne quod actori abeſt propter vim aut metum ab alio illatum, ergo non tantùm res ipſa quæ fuit extorta, ſed etiam omnis cauſa, id eſt, omne id quod hodie habiturus eſſet actor ſi vim paſſus non fuiſſet: In quo haud dubiè fructus continentur, nec ij tantùm quos reus percepit aut percipere potuit, ſed ij quoque quos actor ipſe percipere potuiſſet, ſi rem habuiſſet, *l. ſi nauis 62. §. 1. de rei vindic. iunct. l. Iulian. 17. §. 1. eod.*

8 ¶ Si quis per vim ſiſti promittendo poſtea fideiuſſorem adhibeat, is quoque liberatur.

Ad §. 8. Si quis per vim.

Ratio dubitandi. Qui fideiuſſorem vltro adhibet poſtea, quamvis per vim antea ſiſti promiſerit, videtur tamen illatum ſibi metum diſſimulare ac purgare, *argum. leg. 1. C. hoc tit.* Ergo neque ipſe neque fideiuſſor ipſius liberandus eſt.

Ratio decidendi. Qui vim paſſus eſt in promittendo ſiſti, ſi poſtea det fideiuſſorem de iudicio ſiſtendo, *ex tit. qui ſatiſd. cogant.* Nihil noui facere intelligitur, ſed illud ipſum proſequi, in quo vim paſſus eſt, ideoque ſibi non nocet, quomodo nocet is, qui ex cautione quam per vim fecit, poſtmodum vltro ſoluit. Poterat enim ille ad ſolutionem conuentus deferre querelam, nec debuerat ſoluere ſi actionem ex hoc edicto ſibi ſaluam eſſe voluiſſet, ſi non & in ſoluendo vim paſſus fuit, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. 1.* Quanquam quod hîc Vlpianus ait de fideiuſſore poſtea adhibito, ſi quis ita velit intelligere, vt non ex longo interuallo, ſed incontinenti fideiuſſor ſit habitus, is iudicio meo non valde errauerit. Eſt enim id conuenientius, quàm vt interpretemur in adhibendo quoque fideiuſſore vim factam fuiſſe, qui caſus nullam penitus habeat dubitationem. Sed tamen neque hoc neceſſe eſſe, quia quandocunque præſtita fideiuſſio neceſſe eſt vt ad contractæ obligationis & cauſam tempus referatur, tanquam acceſſorium quidpiam ad ſuum principale, ſine quo non poteſt ſubſiſtere, §. *Labeo 6. ſuprà.*

9 Sed & ſi quis per vim ſtipulatus, cùm acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus: ex ſtipulatu eum agentem aduerſus exceptionem replicatione adiuuari Iulianus putat: cùm in quadruplo & ſimplum ſit reus conſecutus. Labeo autem etiam poſt quadrupli actionem nihilominus exceptione ſummouendum eum, qui vim intulit, dicebat quod cùm durum videbatur ita temperandum eſt, vt tam tripli condemnatione plectatur, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur.

Ad §. 9. Sed & ſi quis.

Ratio dubitandi. Contra Iulianum pro Labeone afferri ea poteſt, quod præter ea, quæ metus cauſa geſta ſunt, nullo tempore rata habere debeat, *leg. ſi mulier. 21. §. 1. infr. hoc tit.* Haberet autem ſi eum ipſum qui vim intulit agentem ex ea ſtipulatione quam per vim extorſiſſet, nulla exceptione ſummoueri pateretur.

Ratio decidendi. Pro Iuliano contra Labeonem illa eſt quòd cùm debitor agens ex hoc edicto etiã ſimplum in quadruplo ſit conſecutus, atque ita ſtipulator non tantùm pœnam violentiæ ſuæ præſtiterit, ſed etiam id quod ſtipulatus fuerat, necdum acceperat, ſoluerit, non poteſt debitor recuſare quominùs præſtet, quod promiſit, ne melioris conditionis ſit, quàm ſi primùm ſoluiſſet mox quadruplum exegiſſet, quo caſu nihil niſi triplum ex ſtipulatoris patrimonio haberet, ſimplum verò non tam à ſtipulatore accepiſſe quàm ſuum recepiſſe intelligeretur. Alioqui ſi & quadruplum ei des, & præterea exceptionem aduerſus ſtipulatorẽ ex ſtipulatione agentem, erit totum quadruplum in pœna, quod eſſe non debet, cùm prætor voluerit in quadruplo ſimplum contineri. Hæc ipſa porrò decidendi ratio, quam pro Iuliano contra Labeonem aſſerimus, dubitandi materiam præbere poteſt pro eodem Iuliano aduerſus Labeonem, ſicut & rationẽ decidendi pro Labeone contra Iulianum ſuppeditare illud poteſt quod initio attulimus pro ratione dubitandi. Labeonis tamen ſententia durior ſanè eſt. Iuliani verò æquior. A qua nec abhorret temperamentum quod hic adhibet Vlpian. niſi potiùs Tribonianꝰ eſt, vt tam tripli condemnatione plectatur ſtipulator, quàm acceptilationem omnimodo facere cõpellator. Ita enim fit vt nihil niſi triplum de ſuo ſtipulator præſtet, quia nihil accepit à promiſſore: quod vnum Iulianus ante oculos habuit, cùm negauit ſummouendum exceptione ſtipulatorem qui de ſuo quadruplum totum præſtitiſſet.

10 ¶ Quatenus autem diximus quadruplo ſimplum ineſſe, ſic hoc diſponendum eſt, vt in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur, & eius reſtitutio fiat: pœnæ autem vſque ad triplum ſtetur.

§. 10. *Quatenus.*

Totum hunc §. vſque ad §. *qui vim*, explicauimus, & Triboniani non Vlpiani eſſe oſtendimus apertiſſimè *lib. 16. Coniectur.*] Ideò hîc non repetemus. Eſſent enim verba ſingula adnotanda, reprehendenda, expungenda.

11 ¶ Quid ſi homo ſine dolo malo, & culpa eius, qui vim intulit, & condemnatus eſt, periit? in hoc caſu à rei condemnatione ideo relaxabitur, ſi intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur.

¶ Pro eo autem qui in fuga eſſe dicitur, cautio ab eo extorquenda eſt, *quatenus & perſequatur, & omnimodo eum reſtituat*: & nihilominus in rem, vel ad exhibendum, vel ſi qua alia ei competit actio *ad eum recipiendum*, integra ei, qui vim paſſus eſt, ſeruabitur: ita vt ſi dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex ſtipulatione conuenitur, exceptione tutus fiat. Hæc ſi poſt condemnationem, ſi autem ante ſententiam homo ſine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur: & hoc fit his verbis edicti, *neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur*. Ergo ſi in fuga ſit ſeruus ſine dolo malo &

culpa eius, eum quo agetur: cauendum eſt per iudicem, vt eum ſeruum perſecutus reddat. Sed & ſi non culpa ab eo, quo eum agitur, aberit: ſi tamen peritura res non fuit, ſi metum non adhibuiſſet, tenebitur reus: ſicut in interdicto *vnde vi*, vel *quod vi aut clàm* obſeruatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, ſi vim paſſus non eſſet.

12 ¶ Qui vim intulit, cùm poſſeſſionem à me ſit conſecutus, fur non eſt: quamvis qui vt rapuit, fur improbior eſſe videatur, vt Iuliano placet.

Ad §. Qui vim intulit. 12.

Ratio dubitandi. Fur eſt qui alienam interuertit poſſeſſionem inuito domino, *l. 1. §. vlt. de furt.* Atqui inuitus eſt qui coactus eſt, cùm opponatur volenti, *§. Labeo 6. ſuprà. hac leg.* Ergo qui vim mihi intulit vt rem meam à me extorqueret, perinde fur eſt atque ſi vi rapuiſſet. Nam qui vi rapuit vtique fur eſt & quidem improbior, *leg. 1. l. 2. §. cæterum, vi bonorum raptorum.*

Ratio decidendi. Non poteſt dici fur qui poſſeſſionem à me ipſo conſecutus eſt. Non enim ille interuertit meam poſſeſſionem, ſed ego ipſe, qui ei tradidi, licèt tradiderim coactus. Nam & coacta voluntas, vt ſæpius diximus ex *l. ſi mulier. 21. §. vlt. hoc tit.* Proinde actio ex hoc edicto competens, nunquam cum actione furti concurrere poteſt.

13 ¶ Eum, qui metum fecit, & de dolo teneri certum eſt (& ita Pomponius) & conſumi alteram actionem [a] per alteram exceptione in factum oppoſita [b].

Ad §. Eum qui metum. 13.

Ratio dubitandi. Actio de dolo nunquam datur vbi alia competit etiam per in integrum reſtitutionem, *leg. 1. §. idem Pomponius refert infr. tit. proximo.* Ergo actio de dolo cum actione quæ ex hoc edicto competit, concurrere nunquam poteſt.

Ratio decidendi. Actio de dolo cùm ſit turpis & famoſa, nunquam concurrit cum alia actione quæ non ſit famoſa, ſed cum alia quæ ſit famoſa concurrere poteſt, quia nihil intereſt eius qui conuenitur, *lege 1. Codice, de dolo.* Atqui actio quod metus cauſa æquè eſt famoſa, cùm neque vis, neque metus inferatur ſine dolo malo. Ea ſcilicet quæ competit contra illum ipſum qui vim aut metum intulit. Nam quæ competit contra tertium bonæ fidei poſſeſſorem, non poteſt eſſe famoſa. Et ob id nimirum actio hæc non connumeratur inter actiones famoſas, vt actio de dolo, quia non ſemper vt illa eſt famoſa. Quod neque Accurſius ad hunc locum intellexit, neque Cuiacius ad *l. 1. infr. tit. proxim.* Dices pleniorem eſſe hanc actionem, quàm de dolo, cùm ex ea quadruplerur id quod intereſt, quod actione de dolo, ſimplum duntaxat præſtetur. Fruſtra ergo eſſe quod dicimus cum hac actione poſſe concurrere actionem de dolo, quam nemo ſit electurus. Reſpondeo poſſe vtilem & neceſſariam eſſe actionem de dolo, ſi fortè probatio violentiæ aut illati metus non ſit expedita. Nam cùm plus ſit vis aut metus quàm dolus, multo faciliùs eſt vt probetur dolus, quàm vt vis aut metus.

a *Et conſumi alteram actionem.* Ratio dubitandi. Actio hæc, Quod metus cauſa eſt pœnalis vſque ad triplum. Illa verò De dolo tota eſt rei perſecutoria per quam ſcil. actor perſequitur & conſequitur id omne quod ſua intereſt, *l. arbitrio 18. infr. tit. prox.* Atqui electione actionis pœnalis non conſumitur actio rei perſecutoria, nec contra, *l. ſi pro fure. 7. in pr. & §. 1. de cond. furt.*

Ratio decidendi. Vtraque actio iſta eſt rei perſecutoria, quoniam in quadruplo ſimplum continetur, *§. in cauſa, in fin. ſuprà hac leg.* Improbus autem eſt, qui bis idem conſequi velit, *leg. ſi quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Vnam ergo per alteram conſumi æquum eſt. Longe quæ ſcripſi ad *l. 5. §. 1. ſupr. de calumniat.*

b *Exceptione in factum oppoſita.* Ergo non ipſo iure. Cùm enim actiones ſint diuerſæ, non poteſt ſolutio quæ ſit ex vna, parere liberationem in alia, multo minùs ſola electio vnius aliam conſumere ipſo iure, ſed exceptione opus eſt, quia pendet hoc ex æquitate illa & bona fide, quæ non patitur vt idem bis exigatur, *l. bona fides 56. de reg. iur.*

14 · ¶ Iulianus ait, quod intereſt, quadruplari ſolum: & ideo eum, qui ex cauſa fideicommiſſi quadraginta debebat: ſi trecenta promiſerit per vim [a], & ſoluerit, ducentorum ſexaginta quadruplum conſecuturum: in his enim cum effectu vim paſſus eſt.

Ad §. Iulianus. 14.

Ratio dubitandi. Hæc actio quamvis ſit rei perſecutoria vſque ad ſimplum, tamen maiore ex parte eſt pœnalis. Ergo non eſt curandum an aut quatenus intereſſit, ſed tantùm quid & quantum fuerit extortum per vim & metum, *argument. leg. ſtipulatio iſta 36. §. alteri de verbor. obligationibus, lege vltim. de prætoria ſtipulatione.* Alioquin nihil niſi ſimplum conſequi actor debebit, non autem quadruplum, ſiquidem non poteſt eius intereſſe ſupra ſimplum, cùm totum triplum ſit pœna, *§. quatenus, ſuprà hac lege.*

Ratio decidendi. Datur quidem hæc actio ad pœnam non minùs quàm ad rem perſequendam, ſed ita tamen vt pœna ſumatur ex comparatione rei quam perſequimur. Simplum enim illud eſt quod quadruplatur. Porrò ſimplum nullum eſſe poteſt ſi nihil actoris interſit.

a *Si trecenta promiſerit per vim.* Ratio dubitandi. Trecentorum ſumma vnica eſt, eaque indiuidua, cùm ex vltima vnitate perfectionem, & determinationem accipiat. Ergo fieri non poteſt vt quis vim paſſus ſit in trecentis, quin paſſus etiam ſit in quadraginta, quæ in trecentis illis continentur, ne alioqui pars integralis à toto ſuo ſeparetur, contra *legem ſi quis cùm totum 7. de exceptione rei iudicatæ, lege in toto 113. de regulis iur.*

Ratio decidendi. Re vera vim patitur in quadraginta qui patitur in trecentis, ſed non cum effectu, id eſt, non ita vt ea vis damnum aliquod ei intulerit, quantum ad quadraginta illa quæ iam verè debebat. Prætor autem in hoc edicto, vt & in cæteris ferè omnibus effectum inſpici voluit, quia & huius actionis natura illa eſt vt damnum exigat, *l. ſed & partus 12. §. vlt. ſuprà, hoc tit.*

15. ¶ Secundùm hæc, ſi plures metum adhibuerint, & vnus fuerit conuentus: ſi quidem ſponte rem ante ſententiam reſtituerit, omnes liberati ſunt: ſed & ſi id non fecerit, ſed ex ſententia [b] quadruplum reſtituerit, verius eſt, etiam ſic perimi aduerſus cæteros metus cauſa actionem.

Ad

Ad §. Secundùm hæc. 15.

Ratio dubitandi. Cùm plures metum adhibuerunt, omnes tenentur, quia verum eſt omnes malè ac improbè feciſſe: Nam & cùm plures trabem alienam furandi animo ſuſtulerunt, placet furti actione omnes teneri, quamvis ſubtili ratione verum ſit eorum neminem eam ſuſtuliſſe, *leg. ita vulneratus 51. in fin. infr. ad leg. Aquil.* ergo ab omnibus ſimul reſtitutionem fieri oportet, vt omnes liberentur, cùm non alia ſit ratio pœnæ euitandæ quàm ſi is qui vim aut metum intulit, rem reſtituat, *§. primo huius legis.*

Ratio decidendi. Verba edicti non in perſonam, ſed in rem concepta ſunt, vt ita demum quadrupli actio ſit, ſi res non reſtituatur, *§. in hac actione 3. in fin. ſuprà hac lege.* Sufficit ergo vt ab vno ex reis tota res ſit reſtituta, cùm neque poſſit ſæpiùs reſtitui, neque poſt reſtitutionem ab vno factam, interſit amplius quicquam actoris, qui ea reſtitutione pleniſſimam indemnitatem conſecutus fuit, ac proinde cui nihil amplius reliquum eſt quod petat, cùm hæc actio damnum omnimodo exigat, & rei perſecutionem contineat, vt diximus ad §. præced.

b *Sed ex ſententia.* Ratio dubitandi. Cùm cauſa prioris actionis tranſiit in condemnationem, videtur inde pecunia deberi, *l. ſi fundum 16. §. ſi plures, infr. de pignor.* Quia per ſententiam & rem iudicatam nouatur prior contractus. *l. vlt. verſ. ſi enim, C. de vſur. rei iudicata.* Ergo quod condemnatus ſoluit ob propriam condemnationem aliis prodeſſe non debet qui nondum fuerunt condemnati, tanquam ſolutum proprio ſoluentis nomine, & in aliam cauſam, *arg. l. Papi. 28. inf. mandat.* Quod enim quis ſuo ſoluit non alieno nomine, nunquam alium liberat, *l. ſi quid poſſeſſ. 31. de petitione hæred.*

Ratio decidendi. Non tantùm condemnatio ipſa inſpicienda eſt, ſed etiam cauſa condemnationis, vt & *in dicto §. ſi plures.* Cauſa porrò condemnationis fuit actio, quod metus cauſa, à qua ſicut liberatur is qui fuit condemnatus & ſoluit, ita & alios liberari æquum eſt, cùm æquè verum ſit rem quæ per vim aut metum ablata fuerat reſtitutam fuiſſe, quod ſufficit ad perimendam ipſo etiam iure actionem, quippe quæ ex æquitate ſola proficiſcitur, vt & aliæ omnes prætoriæ, & deſcendit ex iuriſdictione prætoria, apud quem ſumma æquitas pro ſummo & vero iure eſt. Alioqui actor bis idem conſequeretur, quod in actione rei perſecutoria nunquam admittitur, ſed in pœnali tantùm, *l. item Mela 11. §. ſed ſi plures, in fin. ſupr. ad leg. Aquil.* Hic tamen caſus paulò dubitabilior eſt quàm is de quo proximè diximus. Quod oſtendit connexio illa verborum, *ſed & ſi id non fecerit,* & quod ſequitur, *verius eſt.*

15. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

AVt in id dabitur aduerſus cæteros actio, quod minus ab illo exactum ſit.

Ad leg. Aut in id. 15.

Ratio dubitandi. Ex pluribus eiuſdem rei debitoribus electo vno cæteris liberantur, ſi iuris veteris rationem inſpicias, & mandatores excipias, vt conſtat ex Iuſtiniani conſtitutione quæ hoc ius antiquauit in *leg. vlt. Cod. de fideiuſſ. & mandat.* Semper enim poteſt imputari ei qui aut perſonam aut actionem aliquam elegit, cùm aliàs eligere poſſet, cur malè elegerit, *Paul. lib. 2. Sentent. titul. 17. §. vltim. l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2.* Ergo electo vno ex iis qui vim aut metum intulerunt, licèt ſolidum ab eo exigi non potuerit, alios tamen omnes ipſo iure liberatos eſſe dicendum eſt, ſaltem iure vetere inſpecto.

Ratio decid. Hoc fit propter naturam huius actionis, quæ damnum exegit vt ſæpiùs diximus, *ex leg. ſed & partem 12. §. vlt. ſupr. hoc tit.* Damnum autem nullum eſt eius qui res per vim aut metum extortæ partem aliquam ab vno ex pluribus reis conſecutus eſt, niſi in eo quod ſeruare ab illo non potuit. Non ergo actionem aduerſus cæteros habere debet, niſi in id quòd minùs ab illo exactum ſit. Sic & in ſpecie, *leg. ſi quis alicui 27. §. vltim. mand. l. ſi mandat. 13. de fideiuſſ.*

16. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

QVod diximus, ſi plures metum admiſerunt: idem dicendum erit, & ſi ad alium res peruenit, alter metum adhibuit.

Ad l. Quod diximus 16.

Ratio dubitandi. Cùm alter metum adhibuit, & ad alium res peruenit, ſi poſſeſſor rem reſtituat, non tam id facere intelligitur, vt alterius crimen deleat, quàm vt ſibi ipſi conſulat, ne quadrupli pœnam alioqui ſubire cogatur, quam ſubiret ſi rem non reſtitueret, *leg. item ſi cùm 14. §. in hac actione, in fin. ſupr. eod.* Aut quia ſcit ſe propria quoque in rem actione poſſe conueniri ad rem reſtituendam, *leg. metum. 9. §. volenti & §. licet, ſuprà leg. 3. Cod. eod.* Ergo non debet ea reſtitutio prodeſſe illi qui vim aut metum ipſe intulit, quem potiùs æquum eſſet condemnari omnimodo in quadruplum tanquam qui non reſtituat, & per quem ſtet ne poſſit vnquam reſtituere, ſi fortè rem quam ipſe per vim extorſit, ipſe quoque alienauerit.

Ratio decidendi. Actionem in quadruplum ex hoc edicto non pollicetur prætor, niſi ſub ea conditione. Si res per vim aut metum extorta non reſtituatur. Satis ergo eſt prætori vt ſit reſtituta, nec inquirit ille à quo fuerit reſtituta, cùm omni caſu faciat reſtitutio, vt nullum ſit damnum actoris. Quæ res perimit hanc actionem. Exigit enim damnum, vt proximè dictum eſt.

¶ 1 Sed ſi ſerui metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipſorum nomine erit: poterit autem quis dominum, ad quem res peruenerit, conuenire qui conuentus ſiue rem, ſiue (ſecundùm quod iam dictum eſt) quadruplum præſtiterit; proderit & ſeruis a. Si verò noxali conuentus, maluerit noxæ dedere: nihilominùs ipſe poterit conueniri, ſi ad eum res peruenit.

Ad leg. Sed ſi ſerui. 1.

Ratio dubitandi. Is cuius ſerui metum adhibuerunt, ſi prætereà rem poſſideat, duorum perſonas ſuſtinet, & eius qui metum adhibuit, & poſſeſſoris. Ergo idem ius in ipſius perſona conſtitui debet, quod in duarum perſonis conſtitueretur, *leg. ſi paterfamil. 15. §. 1. de adoptionib. l. item eorum 6. ſuprà, quod cuiuſque vniuerſ. nomin.* Atqui cùm vnus metum adhibuit, & alius rem poſſidet, altero reſtituente aut ſatisfaciente alter liberatur, vt modò dicebamus. Porrò ſatisfacit dominus qui actione noxali conuentus ſeruum noxæ dedit, cùm ad aliud non teneatur, *tot. titul. de noxal. action. l. miles 6. §. decem, infrà de re iudic.* Ergo ſi noxali conuentus

maluerit ſeruum noxæ dedere, non poterit actione iſti conueniri, etiamſi res ad eum peruenerit.

Ratio decidendi. Qui noxæ maluit dedere ſeruum, quàm rem ipſam per vim extortam reſtituere, aut litis æſtimationem præſtare, is neque reſtituiſſe, neque ſatisfeciſſe videri poteſt. Fit enim noxæ deditio ne plus damni dominus per ſeruum ſentiat, quàm quanti ſeruus ipſe eſt, *§. ſumma autem ratione, Inſtit. de noxal. action.* Ergo ſicuti noxæ deditio non affert actori pleniſſimam indemnitatem, ita neque reum ab hac quod metus cauſa actione liberat. Sed hoc tamen ita accipiendum videtur, vt hanc actionem mouere debeat id quod actor per noxalem fuerit conſecutus. In ſuperfluo enim non indemnitatem, ſed lucrum conſequeretur, quod non eſt propoſitum prætoris. Sic & in *lege 1. in fin. vi bonorum raptorum, l. qui ſeruum. 34. l. quoties. 41. §. 1. de oblig. & action.*

a *Proderit & ſeruis.* Non ne poſſint conueniri (cum ſeruo enim nulla actio eſt, *leg. 107. de regulis iur.*) neque verendum eſt, vt conueniri magis quàm conuenire poſſit, *leg. quoties. 13. ſupr. ſi quis cautio.*) ſed ne poſſit amplius cogi dominus, vt eos præterea noxæ dedat. Interest enim ſerui ne dominum habeat eum cui noxam fecit, & cui pro noxa deditus fuit, ſub quo duriorem procul dubio experturus ſit ſeruitutem. Scio Accurſium ſic intelligere. Ne ſerui poſtea facti liberi conueniantur, quoniam alioqui noxa caput ſequi ſolet, *l. 4. C. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manum. teneat.* Sed cùm & præcedentia & ſequentia omnia ſint de noxali actione, quæ non niſi durante ſeruitute & ſerui nomine contra dominum competit, interpretatio noſtra conuenientior videtur. Ratio autem huius §. euidens eſt, & eadem quæ præcedentium. Nihil enim abeſt ei qui vim, aut metum paſſus eſt à ſeruis, ſiue rem ipſam ab iis extortam ſiue quadruplum dominus ei reſtituerit. Nec minùs noxalis actio, vt nomen ipſum declarat, quàm hæc: Quod metus cauſa damnum exigit, *§. dominus. & tot. tit. Inſt. de nox. act.*

¶ Hæc actio hæredi, cæteriſque ſucceſſoribus datur: quoniam rei habet perſecutionem. ¶ In hæredem autem, & cæteros in id quod peruenit ad eos [a], datur non immeritò, licèt enim pœna ad hæredem non tranſeat, attamen quod turpiter, vel ſcelere quæſitum eſt, (vt & eſt reſcriptum) ad compendium hæredis non debet pertinere.

Ad l. Hæc actio 2.

Ratio dubitandi. Hæc actio datur ad quadruplum, in quo licèt ſimplum contineatur, tamen quicquid ſimplum excedit, pœna non rei perſecutio eſt, *lege item ſi eum 14. §. quatenus, ſuprà eod.* Ergo actio hæc maiore ex parte pœnalis non rei perſecutoria eſt. Proinde vt in hæredem non detur, niſi quatenus ad eum peruenit, quemadmodum ſcriptum eſt in hoc §. Ita neque hæredi danda videtur. Pœnalium enim natura illa eſt, vt neque hæredi neque in hæredem competant, quatenus ſunt pœnales. Quod vel vnus hic locus probat manifeſtiſſimè, cùm Vlpianus ſcribit, ideo actionem hanc hæredi, cæteriſque ſucceſſoribus dari, putà bonorum poſſeſſoribus, & fideicommiſſariis, quibus reſtituta fuit hæreditas, *quoniam*, inquit, *rei habet perſecutionem*, vt in *lege 14. §. 1. in fine, ſuprà eod.*

Ratio decidendi. Sufficit vel in modico actionem hanc eſſe rei perſecutoriam, vt tranſmittatur ad hæredem, cùm & indiuidua ſit, & indiuiduam afferat condemnationem. Dubitari autem non poteſt, quin ſit rei perſecutoria, cùm indemnitatem perſequatur, & quod abeſt ex patrimonio actoris, *lege in honorariis 35. de obligationibus & actionibus.* Et ſanè perpaucæ ſunt actiones pœnales etiam ex maleficiis orientes quæ non ſint rei perſecutoriæ ex parte actoris. Ideóque & dantur ferè omnes hæredi, tametſi non dentur in heredem, ſi excipias actionem iniuriarum, & alias ſi quæ ſunt ſimiles, quæ meram vindictam perſequuntur, *§. non autem, Inſtitut. de perpetuis, & temporalibus actionibus, lege vltim. ſuprà de edendo, lege penultim. §. vltim. ne quis eum qui in ius vocat. vi exim. leg. inde Neratius 23. §. hanc actionem ad legem Aquiliam.* Excipe actionem vi bonorum raptorum, quæ in hæredem non datur, ne quidem in quantum ad eum peruenit, quia prætor putauit ſufficere condictionem, *l. 2. §. vlt. infr. vi bon. rapt.*

a *In id quod peruenit ad eos.* Ratio dubitandi & decidendi poſita vtraque in textu non eget interpretatione. Quòd ſi quis quærat cur pœna non tranſeat in hæredem, petat rationem ex Paulo in *l. ſi pœna 20. inf. de pœn.* Si verò, Cur tranſeat in hæredes factos locupletiores, ratio aperta eſt, ne ex alieno ſcelere ditentur, & quia lucra turpia hæredibus extorquenda ſunt, vt dixi ad *leg. 5. ſupra de calumniat.*

17. PAVLVS lib. 1. Quæſtionum.

Videamus ergo, ſi hæres, ad quem aliquid peruenerit, conſumpſerit id, quod peruenit, deſinat teneri, an verò ſufficit ſemel perueniſſe: & ſi conſumpto eo deceſſerit, verum aduerſus hæredem eius commodo competit actio, quoniam hæreditariam ſuſcepit obligationem an non ſit danda, quoniam ad ſecundum hæredem nihil peruenit. Et melius eſt, omnimodo competere in hæredem hæredis actionem: ſufficit enim ſemel perueniſſe ad proximum hæredem: & perpetua actio eſſe cœpit, alioquin dicendum erit nec ipſum, qui conſumpſit quod ad eum peruenit, teneri [c].

Ad leg. videamus. 17.

Ratio dubitandi. Non videtur perueniſſe quod non durat peruentum, ſicut nec permiſſum quod non durat permiſſum, vt in *l. item 6. §. quod ſi actor. 2. ſupr. quod cuiuſque vniuerſitatis.* Nec verſum quod non durat verſum, *leg. ſi pro patre, 10 §. verſ. infr. de in rem verſo.*

Ratio decidendi. Sufficit ſemel perueniſſe, quia ex eo inſtanti, quo verum eſt ſemel perueniſſe, facta eſt actio perpetua, vt ſequitur in hac lege, & in *leg. quod autem 19. infrà eodem.* Actio autem quæ ſemel perpetua eſſe cœpit, nunquam fit temporalis, quamvis è contrario nihil vetet actionem ex temporali fieri perpetuam, vt per litis conteſtationem, *tot. tit. Cod. ex delict. defunct. leg. aliam. 19. infr. de nouatio.* Aliud eſt in ſpecie, *leg. verum. 24. infr. de petit. hæred.* vbi dicam.

c *Omnimodo competere in hæredem hæredis actionem.* Id eſt, ſiue ad hæredem hæredis aliquid peruenerit, ſiue nihil. Reſpondet enim Paulus his verbis ad poſteriorem dubitandi rationem priore loco.

Ratio dubitandi. Eadem ſolet eſſe ratio ſecundi hæredis quæ primi, cùm hæres hæredis hæres primi defuncti

eſſe

eſſe intelligatur, *l. vlt. C. de hered. inſt.* Atqui primus hæres non teneretur huiuſmodi actione, ſi nihil ad eum perueniſſet: ergo neque ſecundus.

Ratio decidendi. Hæredi ſecundo poteſt imputari cur hæreditariam ſuſceperit obligationem quæ in perſona primi hæredis cœperat eſſe perpetua. Quod non ſimiliter poteſt imputari primo hæredi, quia licet defuncti perſonam ſimiliter repræſentet, non alias tamen ſuſcipit defuncti obligationes, quàm quæ ſui natura poſſunt tranſire in hæredem, inter quas hæc non eſt tanquam quæ ſit pœnalis. Prius enim eſt, vt obligatio ſit tranſmiſſibilis in hæredem, quàm vt hæres eam ſuſcipere poſſit.

b *Nec ipſum.* Intellige primum hæredem. His enim verbis reſpondet Paulus ad primam quæſtionem quæ fuit de primo hærede. Noli autem intelligere cum Accurſio de eo qui vim intulit. Hanc enim conſtat omnimodo teneri, etiamſi conſumpſerit quod ad eum peruenit, quia ſcilicet ab initio tenebatur, non quod aliquid ad eum perueniſſet, ſed quia vim ipſe intuliſſet, vt ex eo conſtat quod non minùs teneretur, etiamſi ab initio res ad alium perueniſſet, *leg. prox. in pr. ſuprà.*

c *Teneri.* Supple, quod tamen abſurdum eſſet, quia actio quæ ſemel perpetua eſſe cœpit, non poteſt perimi per conſumptionem, ſiquidem conſumptio non eſt modus tollendæ actionis aut obligationis.

Ratio dubitandi. Cùm id quod peruenerat ad primum hæredem poſtea conſumptum fuit, videtur res perueniſſe ad eum caſum à quo incipere non potuit: quia non poterat incipere perpetuario actionis ab eo caſu vel tempore quod nihil ad hæredem perueniſſet. Ergo dicendum eſt per conſumptionem eius quod peruenerat deſinere actionem eſſe perpetuam, *arg. l. quia in eum caſum 16. ad leg. Aquil.* cum ſimilib.

Ratio decidendi. Perpetuatio actionis cum ſit iuris, ex earum rerum genere, quæ non poſſunt deſinere niſi iis modis quibus deſinit, & finitur iure actio: inter quos, vt dixi, conſumptio non eſt. Malè autem Accurſius in hanc rem citat, *lege 1. Cod. hoc tit.* Quæ non de primo hærede loquitur, ſed de illo ipſo qui vim intulit, cuius, vt iam diximus, longe alia ratio eſt. In ipſius enim perſona quandiu viuit actio perpetua eſt, propterea quod exemplo furis moram perpetuo facere intelligitur in ea re quam per vim abſtulit, *leg. in re. 8. §. primo, leg. vltim. infr. de condict. furtiua.* Niſi moram purgauerit per obligationem, aut niſi omnimodo res erat æquè penes actorem peritura, *§. quatenus, leg. 14. ſup. l. ſubtracto 9. Cod. de furt. & ſer. cor.*

18. IVLIANVS lib. 64. Digeſtorum.

SI ipſa res, quæ ad alium [a] peruenit, interiit: non eſſe locupletiorem dicemus. Sin verò in pecuniam aliámve rem conuerſa ſit [b], nihil amplius quærendum eſt, quis exitus ſit, ſed omnimodo locuples factus videtur, licèt poſtea deperdat. Nam & Imperator Titus Antonius Claudio Frontino de pretiis rerum hæreditariarum reſcripſit, ob idipſum peti ab eo hæreditatem poſſe [c], quia licèt res, quæ in hæreditate fuerant, apud eum non ſint, tamen pretium earum [quo] locupletem eum vel ſæpius mutata ſpecie faciendo perinde obligat, ac ſi corpora ipſa in eadem ſpecie manſiſſent.

Ad leg. Si ipſa res. 18.

a *Ad alium.* Intellige quàm eum ipſum qui vim intulit, putà ad bonæ fidei poſſeſſorem. Nam in eo qui vim intulit, non quærimus an locupletior factus ſit, ſed tantùm an vim fecerit. In eo autem qui vim ipſe non fecit neceſſaria eſt diſtinctio an res ad eum vel tota vel pro parte peruenerit, & conſequenter an & quatenus locupletior factus ſit.

Ratio dubitandi. Interitus rei quæ per vim aut metum extorta fuerat, non tollit hanc actionem, *leg. prima Cod. hoc tit.* Atqui hæc actio datur etiam contra tertium poſſeſſorem, *l. quod diximus 16. ſupr. eod.* Ergo nihil intereſt an res interierit necne.

Ratio decidendi. In eo qui vim ipſe intulit, nihil intereſt, ſed in eo qui vim non fecit, intereſt, cùm alia ratio nulla ſit propter quam actione iſta teneri debeat, niſi quia res per vim ablata ad eum peruenit. Sed quid in hærede illius qui vim intulit? Nam Cuiacius de ſolo hærede putat legem hanc intelligi debere. Non dubito quin melior debeat eſſe conditio tertij bonæ fidei poſſeſſoris, quàm hæredis. Hæres enim perſonam repræſentat defuncti; qui in mora ſemper fuiſſe intelligitur, non etiam tertius poſſeſſor. Ergo in hærede illius qui vim fecit non diſtinguemus an res ab eo conſumpta ſit, an ſuo fato penes eum perierit: quia ſufficit vel momento vno rem ad eum perueniſſe vt actio cœperit eſſe perpetua ex regul. *l. cum prætor. 127. de regul. iuris.* Proinde non de illius qui vim fecit hærede lex hæc intelligi debet, vt malè Cuiacius, ſed vt explicauimus de bonæ fidei poſſeſſore.

b *Si verò in pecuniam aliámve rem conuerſa ſit.* Ratio dubit. Subrogatum ſapit naturam eius in cuius locum ſubrogatur, *l. ſi eum 10. §. iniur. ſupr. ſi quis cautionib. l. 3. §. ſi autem, de Senatuſconſ. Macedon. l. 1. §. ſi ſub conditione, infrà, vt legat. cauſ. caueat.* Atqui ob metum ab alio illatum non teneretur tertius bonæ fidei poſſeſſor ſi res ipſa per vim oblata intercidiſſet. Vt ſcriptum eſt in principio huius legis. Ergo nec tenebitur qui pretium ex rei venditione redactum perdidit.

Ratio decidendi. Qui rem per vim ablatam vendidit & pretium conſecutus fuit, non poteſt non videri factus locupletior, cùm pretium licèt non tam ex re ipſa, quàm ex negotiatione, tamen ob rem ipſam perceperit, *l. venditor. 21. de hered. vend. iunct. leg. ſi cum ſeruum 23. de rebus creditis.* Nec enim poteſt videri conſumptum quod in corpore patrimonij retinetur, *l. idem eſt. 73. de leg. 2.* Nec quod poſtea pecuniam pretij nomine acceptam amiſerit, ad rem facit. Non enim quærimus an locupletior factus ſit ex pretio, ſed an ex re ipſa per vim ablata. Quare nec diſtinguendum eſt meo iudicio, quamvis Accurſius diſtinguat an tertius hic poſſeſſor habeat ab eo ipſo qui vim fecit, an ab alio: aut, vtrum lucratiuam, an verò oneroſam. Nam præter id quod hæc lex indiſtinctè loquitur, ſuperior ratio locum habet omni caſu.

c *Peti ab eo hæreditatem poſſe.* Ratio dubitandi. Non videtur bona comparatio huius actionis & petitionis hæreditatis, quia iudicium hoc eſt ſingulare, iudicium verò petitionis hæreditatis eſt vniuerſale. Porrò quod dicitur pretium ſuccedere loco rei in iudiciis vniuerſalibus tantùm obtinet, non item in ſingularibus, quia quod vniuerſale eſt, poteſt ſub ſe multas res complecti etiam, quæ ſint diuerſæ ſpeciei, non autem quod eſt ſingulare, *leg. ſi & rem & pretium 23. ad finem cum lege ſequenti, infrà de petitione hæreditatis.* Itaque non ſicut pretium rei hæreditariæ poteſt videri hæreditarium, ita poſſis dicere, pretium rei per vim ablatæ fuiſſe per vim ablatum, ſicut nec pretium ex re obligata redactum poteſt dici obligatum nec pretium furtiuum, quod ex re furtiua, nec commune quod ex re communi, nec meum quod ex re mea, *l. ſi vnus 67. in principio, & §. 11. pro ſocio, leg. idémque 7. §. vltim. qui potiores in pignore, leg. quæ vas 48. §. fin. de furt. leg. ſi mulier ex peculio 21.*

de donationibus inter virum & uxorem. Sed & aliæ inter vtramque actionem ſunt differentiæ. Et ille præcipuè quod in hac actione ſufficit rem per vim ablatam perueniſſe ſemel, quamvis non durauerit, vt hæc lex ait. At in petitione hæreditatis ſecus eſt ſi inſtituatur contra bonæ fidei poſſeſſorem. Nempe quia bonæ fidei poſſeſſor ideo tantùm tenetur petitione hæreditatis: ne lucrum retineat ex alieno damno: tertius autem poſſeſſor ideo tenetur hac actione, ne is qui vim aut metum paſſus eſt, remaneat in damno. Etſi non ſufficeret ad dandam ei actionem contra tertium quod remaneret in damno, ſi res ad tertium nunquam perueniſſet.

Ratio decidendi. Tota hæc adiectio & comparatio ab illis verbis, *Nam & Imperator* vſque ad finem legis proculdubio eſt Triboniani abutentis more ſuo reſcriptis Imperatorum, & ea protrahentis ad aliam ſpeciem prorſus diſſimilem. Imperator enim Antoninus non de actione iſta quod metus cauſa, ſed de petitione hæreditatis reſcripſerat. Nec rurſus de illo caſu quo bonæ fidei poſſeſſor rei hæreditariæ à ſe venditæ pretium perdidiſſet, ac de alio potiùs quo pretium retinuiſſet, atque in alias res poſtea emptas conuertiſſet, ea quibus venditis rurſus aliud pretium redegiſſet, vt oſtendunt verba illa huius legis, *vel ſæpius mutata ſpecie faciendo.* Quibus caſibus, vt ſupra dixi, non poteſt dici conſumptum quod in corpore patrimonij retinetur, *dict. leg. idem eſt 73. de legat. 2.* Alioqui cum hoc Antonini reſcripto pugnaret Vlpianus in *d. l. vtrum.* Vtraque igitur pars legis vera eſt, ſed prior malè cohærens poſteriori. Dicam pluribus ad *d. l. ſi & rem.* & ad *d. l. vtrum.*

19. GAIVS lib. 11. ad Edictum Prouinciale.

QVod autem in hæredem eatenus pollicetur actionem proconſul, quatenus ad eum peruenerit, intelligendum eſt ad perpetuò dandam actionem pertinere.

Ad leg. Quod autem. 19.

Ratio dubitandi. Satis ſupérque debet eſſe actori quod prætor ei det actionem aduerſus hæredem illius qui vim aut metum intulit in id quod ad hæredem peruenit, nec illud præterea exigere debet vt ea actio ſit perpetua, non tam quod ex vulgari, eóque falſo noſtrorum brocardico plura ſingularia non poſſint concurrere circa eandem rem, ex *leg. 1. Cod. de dot. promiſſ.* Quàm quod imputari poſſit ei cur intra annum egerit. Præſertim cùm dici ſoleat eum qui releuatur in vno, in alio grauandum eſſe, & contra *lege eum qui 30. de iureiurando. Authentic. contra qui propriam. Cod. de non numerata pecunia.*

Ratio decid. Hæc actio quatenus datur in id tantùm quod ad hæredem peruenit, rei perſecutoria eſt, vt apparet. Perpetua igitur eſſe debet, quia & perpetua eius dandæ ſubeſt æquitas, ne hæres alieno ſcelere ditetur, & vt turpe lucrum ei extorqueatur. Et, quæ ratio facit vt dari debeat etiam poſt annum, *l. in honor. 35. D. de oblig. & act.* Itaq; quamvis verba edicti nihil dixerint de perpetuanda, ſed tantùm de danda in hæredem actione: ſic tamen accipi neceſſariò debent ex mente prætoris & ex ratione iuris, vt de perpetuanda quoque prætor ſenſerit.

20. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

QVantum autem ad hæredem peruenerit, litis conteſtatæ tempore ſpectabitur: ſi modò certum ſit aliquid perueniſſe. ¶ Idem & ipſius [a], qui vim intulit, ſi ſic in corpus patrimonij peruenit aliquid, vt certum ſit ad hæredem peruentum, id eſt, ſi debitor liberatus eſt [b].

Ad leg. Quantum autem. 20.

Ratio dubitandi. Sufficit rem ſemel ad hæredem perueniſſe, vel momento vno, licèt poſtea eam malè conſumpſerit, *leg. videamus 17. ſuprà, leg. cum prætor. 127. de regulis iuris.* Ergo non debet actori obeſſe quod tempore litis conteſtatæ nihil perueniſſe ad hæredem inueniatur, ſi modò antè peruenerit. Rurſus, videtur etiam ſufficere vt rei vindicandæ tempore locupletior ſit hæres qui conuenitur, vt de petitione hæreditatis ſcriptum eſt in *lege, ſi à domino 36. §. penultim. de hæreditatis petitione.* Igitur non magis tempus litis conteſtatæ ſpectandum eſt, quàm tempus quod præcedit aut ſequitur conteſtationem.

Ratio decidendi. Non ait ſimpliciter Vlpianus inſpiciendum eſſe tempus litis conteſtatæ, ſed cum adiectione illa, *ſi modò certum ſit aliquid perueniſſe*, quam ego ſic intelligo vt ſi nihil eo tempore perueniſſe reperiatur, quia quod ante peruenerat non durauerit, non litis conteſtatæ tempus ſpectari oporteat, ſed tempus quod præceſſit, ne alioqui actio quæ ſemel & competere & perpetua eſſe cœpit, per conſumptionem intercidat, *dict. leg. videamus.* Si verò aliquid eo tempore, quo conteſtatio fit, ad hæredem perueniſſe conſtet, tunc inſpiciendum præcisè tempus litis conteſtatæ, vt condemnetur hæres non in quantum ab initio peruenerit, ſi fortè plus minúſve peruenerat, ſed in quantum penes ſe habet tempore litis conteſtatæ. Proinde, vt dicam apertius, ſi quæratur an aliquid ad hæredem peruenerit vt in eum detur hæc actio, quæ alioqui non daretur, non tantùm litis conteſtatæ, ſed anterius quoque tempus indiſtinctè inſpici oportebit. Si verò quæratur quantum ad hæredem peruenerit, adhibenda eſt diſtinctio, an tempore litis conteſtatæ aliquid ad eum peruenerit ſiue plus ſiue minus, an nihil. Priore caſu tempus litis conteſtatæ ſpectabitur. Idémque erit & ſi nihil adhuc eo tempore peruenerit, ſed tamen certum ſit peruenturum aliquando eſſe: vt putà ſi debitor vi obligatus fuerit in diem certam, nec dum ſoluerit. Nam cùm ſit obligatus, poteſt cogi ad ſoluendum adueniente die, quem venturum omnino certum eſt. Poſteriore verò caſu idem dicendum erit quod in prima diſtinctionis parte. Denique facilior eſt prætor in perpetuanda contra hæredem actione iſta, quam in augenda condemnatione, ſi litis conteſtatæ tempore minus ad eum peruenerit. Nec in eo fit vlla iniuria actori qui viciſſim plus conſequitur, ſi tempore litis conteſtatæ plus perueniſſe reperiatur, quàm antea perueniſſet. Sed & ſicut in petitione hæreditatis, ita & in actione tempus rei iudicatæ aliquando ſpectabitur. Nam etſi in actionibus quidem vniuerſalibus, quæ nomen iuris habent, cuiuſmodi eſt petitio hæreditatis, & ſi quæ ſunt ſimiles, ea ratio maximè vrget quod recipiant augmentum & diminutionem, *leg. item videamus 18. §. penultim. iunct. leg. ſed & ſi lege 25. §. vltim. cum legibus ſequentibus, & dict. leg. ſi à domino 36. §. penultim. de petitione hæreditatis.* Recepta tamen eſt Proculi & Pegaſi ſententia exiſtimantium in ſpecialibus quoque actionibus, putà in rem aut ad exhibendum, idem admittendum eſſe, *leg. quæſitum 30. infr. de peculio, leg. ſin autem 27. §. 1.*

infrà

inf. de rei vindicatio. Idque Accurſius quoque noſter ſentit, licèt in huius legis interpretatione alioquin hæſites.

a *Idem & ſi.* Verſiculus hic ita conſtruendus eſt, *Idem & ſi aliquid peruenit in corpus patrimonij ipſius qui vim intulit, vt certum ſit ad hæredem peruenturum.* Exemplum eſt, vt iam diximus, ſi quis vi aliquem adegerit vt ſe obligaret in diem certam, & ante diem deceſſerit relicto hærede. Certum enim eſt ad hæredem aliquando peruenturum eſſe quod debetur, cùm certum ſit id quod in diem certam debetur, omnino debitum iri vbi dies venerit.

Ratio dubitandi. Quod pendet non eſt pro eo quaſi ſit, *leg. is damnum dat. 69. §. primo de regulis iuris.* Ergo quod peruenturum eſt, non debet pro eo haberi.

R. dec. Quod ita pendet vt poſſit non euenire non perinde haberi poteſt quaſi iam euenerit, vt ſi quid in diem certam aut ſub conditione debeatur. Sed quod non poteſt non euenire, iam eueniſſe videtur, *l. in diem 10. l. ſub conditione 16.* iunctis *duabus ſequentib. de condictione indebit.*

b *Id eſt, ſi debitor liberatus eſt. Ita legitur in Pandect. Flor. ſed vitiosè.* Nec enim eſſet hoc accommodatum exemplum eius quod præcedit de re quam certum ſit ad hæredem eſſe peruenturam. Cùm enim debitor vi liberatus eſt, nihil eſt quod ad hæredem peruenturum ſit, ad quem ſcilicet emolumentum liberationis iure hæreditario iure peruenerit. Rectior igitur eſt vulgata lectio quæ habet, *idem ſi debitor liberatus eſt.* Hoc nimirum ſenſu, vt ſi quis cùm debitor tuus eſſet, vi aut metu adegerit vt eum liberares poſteáque relicto hærede deceſſerit, habeas cum ipſius hærede actionem.

Ratio dubitandi. Nihil videtur hoc caſu ad hæredem perueniſſe cùm non ipſe liberatus ſit, ſed defunctus qui erat debitor, quique per eam liberationem nihil de alieno acquiſiuit, ſed tantùm obligationis vinculo ſe exemit.

Ratio decidendi. Imò ad hæredem aliquid perueniſſe intelligitur vel ob rem hoc ipſum quod locupletiorem nanciſcitur hæreditatem. Locupletior enim fit quiſquis debito liberatur, *l. ſi pupilli 66. de ſolution.* & eſt hæc ſpecies acquirendi, & quidem omnium optima, *leg. ſpecies 11. de acceptilation.* Quare nec diſtinguendum eſt an actio tranſitura fuiſſet ad hæredem necne. Nam etiamſi non fuerat tranſitura, fuerat tamen hæres habiturus minorem hæreditatem ſi defunctus ad ſolutionem adactus fuiſſet, quomodo adigi potuiſſet, niſi liberationem à creditore ſuo vi extorſiſſet.

21. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

SI mulier contra patronum ſuum ingrata facta: ſciens ſe ingratam, cùm de ſuo ſtatu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiſerit, ne in ſeruitutem redigatur, ceſſat edictum, quia hunc ſibi metum ipſa infert.

Ad l. Si mulier. 21.

Ratio dubitandi. Iuſtus eſt metus ſeruitutis non minùs quàm mortis ad dandam ex hoc edicto reſtitutionem, *lege quarta, ſupra hoc titulo.* Ergo quod liberta patrono dedit vel promiſit ne in ſeruitutem redigatur, per hanc actionem reſtituendum eſt.

Ratio decid. Iuſtus quidem eſt metus amittendæ libertatis, & qui poteſt ſufficere ad impetrandam ex hoc edicto reſtitutionem, ſi à patrono aut ab alio inferatur. Sed ſi liberta ipſa cum ſibi metum intulerit quòd ſciret ſe ingratam, & proinde talem quæ propter ingratitudinem redigi in ſeruitutem quandocunque poſſet, non de alio quam de ſeipſa quæri debet, ſiue illationem metus, ſiue cauſam quæ fuit eius inferendi inſpicias. Idque eſt quod ait Accurſius non ſuccurri ei qui ſeipſum in neceſſitate poſuit, *l. 3. §. ſubuenitur, ad Syllanianum, l. ſi fideiuſſor. 7. § penult. ſupr. qui ſatiſd. cog.*

1 ¶ Quod metus cauſa geſtum erit, nullo tempore prætor ratum habebit.

Ad §. 1. Quod metus cauſa.

Ratio dubitandi. Actio hæc aliquando finitur anno cùm non detur poſt annum, niſi cauſa cognita, *leg. item ſi cum 14. §. primo & ſecundo, ſupra eod.* Item non datur in hæredem ſi nihil ad eum peruenerit, *l. quod diximus 16. §. final. ſupr.* Ergo verum eſt aliquo caſu & aliquo tempore id quod metus cauſa geſtum eſt à prætore ratum haberi.

Ratio dec. Quod prætor his caſibus denegat actionem, non facit, quia id quod metus cauſa geſtum eſt, ratum vllo tempore habere velit, ſed quia vel tempore vel morte illius qui vim aut metum intulit, finitã extinctámque videt actionem, quam non niſi certis legibus & conditionibus ex æquitate depromptis introductam voluit. Hinc verò ſumpta occaſione tractãdi de tempore quod durat hæc actio, ſolet quæri inter noſtros interpretes poſt Accurſium an decennio inter præſentes & vicennio inter abſentes duret, vt putat Accurſius, an ad triginta vſque vel quadraginta annos vt Placentin. Alij enim Accurſium, alij Placentinum ſequuntur. Nos vtrumque damnamus. Nam ſi actio hæc ſimilis eſt actioni iniuriarum, ob eamque cauſam non niſi ex magna cauſa fieri poteſt vt vltra annum extendatur ſicuti ſcriptum eſt, *in dicta lege decimaquarta, § ſecundo ſupra eodem lege 4. Codic. eodem.* quis locus quæſtioni relinquitur, an decennio duret, an vicennio aut tricennio. Nam quod Theodoſius & Anaſtaſius induxerunt de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum, *in l. 3. & 4. Cod. de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum,* non pertinet ad prorogandas in id tempus actiones, quæ alioquin annales erant, ſed è contrario ad reſtringendas & breuioribus curriculis terminandas actiones, quæ alioqui perpetuæ antè dicebantur, de quibus in titulo de perpetuis & temporalibus actionibus. Sanè quo caſu hæc actio non finitur anno, ſicut perpetua ex iuris veteris ratione, ita nouo iure finietur tricennio, nũquam decennio aut vicennio. In eóque meliùs ſenſit Placentinus quam Accurſius. Nam lex tertia, qua vna Accurſius nititur, non de actione iſta loquitur, ſed de actione in rem, cuius propria natura illa eſt vt decennio inter præſentes vel vicennio inter abſentes, ſi cætera concurrunt ad longi temporis poſſeſſionem neceſſaria concludatur. Neque quæ non ſicut actio quod metus cauſa ſimile quidquam habeat cum actione iniuriarum. Datur enim contra eum qui nullomodo obligatus eſt, *§. prim. Inſtitut. de actionibus,* id eſt, neque ex contractu vel quaſi, neque ex delicto vel quaſi. Etſi autem actio in rem concurrit cum actione quod metus cauſa, *l. 9. §. volent & §. licet ſup. eodem & dicta lege tertia,* tamen longè alias habet conditiones, longéque diuerſas præſtationes.

a *Nullo tempore.* Intellige niſi ille ipſe qui vim aut metum paſſus eſt prior ratum habeat ex nouo eóque libero conſenſu ſiue expreſſo ſiue tacito, vt in ſpecie, *l. 2. C. h. tit.* Nunquam enim volenti factam eſſe iniuriam dici poteſt, *l. in diem 9. §. 1. de aq. & aq. pluu. arcend.*

2 ¶ Qui poſſeſſionem non ſui fundi tradidit, non quanti fundus, ſed quanti poſſeſſio eſt, eius quadruplum, vel ſimplum cum fructibus conſequetur: æſtimabitur enim, quod reſtitui oportet, id eſt, quod abeſt: (abeſt) autem nuda poſſeſſio cum ſuis fructibus [b], quod & Pomponius.

Ad §. 1. Qui poſſeſſionem.

Ratio dubitandi. Cùm quis poſſeſſionem fundi etiam non ſui per vim aut metum tradidit, verum eſt totum fundum per vim aut metum fuiſſe extortum, totúmque fundum ab eo qui vim aut metum intulit poſſideri. Miſera hominum auaritia, inquit, proprietatem à poſſeſſione ſecernit. Ergo non quanti poſſeſſio fundi, ſed quanti fundus ipſe eſt, æſtimari & quadruplari debet. Præſertim cùm potuerit fieri vt poſſeſſor, ſi bonæ fidei erat, poſſet fundum illum vſucapere, ſi non interpellata per vim poſſeſſio eius fuiſſet.

Ratio decidendi. Hæc actio damnum exegit, id eſt, vt aliquid abſit actori, *leg. ſed & partus* 12. *in fin. ſupr. hoc titulo.* Nec proinde aliud æſtimari & quadruplari poteſt, quàm quod abeſt actori. Atqui nihil ei abeſt præter nudam poſſeſſionem, id eſt, à proprietate ſeparatam. Non enim proprietas ei abeſſe dici poteſt, quæ ad alium tota pertinet. Ergo non proprietas, ſed tantùm poſſeſſio æſtimanda & quadruplanda eſt. Et verò nihil commune apud Iureconſultos habet proprietas cum poſſeſſione, *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune de acquir. poſſeſſione.* Et, vt bene Accurſius, aliud eſt rei pretium, aliud poſſeſſionis, *leg. tertia in fin. vti poſſidet.*

b *Cum ſuis fructibus.* Ratio dubitandi. Fructus non iure ſeminis, ſed iure ſoli percipiuntur, *leg. qui ſcit.* 25. *§. primo de vſur.* nec tam poſſeſſioni quàm rebus ipſis accepto feruntur, *leg. in fideicommiſſaria* 18. *ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo fructus debent ſequi ius & conditionem proprietatis ac fundi, & conſequenter ſicuti proprietas nec æſtimatur nec quadruplatur, ita nec fructus.

Ratio decidendi. Quod ad fructus percipiendos attinet, poſſeſſor dummodo bonam fidem habeat, penè domini loco habetur, hactenus ſcilicet vt ſuos fructus faciat omnes, *leg. bona fidei.* 48. *de acquirendo rerum dominio.* quia tantundem poteſt bona fides, quantum veritas vbi lex impedimento non eſt, *l. bona fides.* 136. *de reg. iur.* Fructus ergo poſſeſſionis ius ſequuntur, non proprietatis.

3 ¶ Si dos metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem: quia eſt veriſſimum, nec talem promiſſionem dotis vllam eſſe.

Ad l. Si dos. 3.

Ratio dubitandi. Siue dolo ſiue metu adhibito naſcitur actio, quoties ſubdita ſtipulatio eſt, quamuis per doli vel metus exceptionem ſummoueri petitio debeat, *l. penult. C. de inutili ſtipulatione.* Atqui non poteſt naſci actio, ſi nulla obligatio nata ſit ex promiſſione: quia actiones perſonales omnes ex obligationibus naſcuntur, *leg. licet* 43. *§. ea obligatio ſupr. de procuratoribus.* Ergo fatendum eſt ex promiſſione dotis quantumlibet per metum extorta & obligationem naſci & actionem.

Ratio decidendi. Excipienda eſt cauſa dotis quæ adeò fauorabilis eſt vt vbi ſemel promiſſa eſſet, ſi promiſſio valeret, ipſo iure non poſſet reſcindi poſtea per reſtitutionem in integrum, per quam ſcilicet mulier indotata conſtitueretur propter metum ab alio illatum, cùm tamen ipſa matrimonij onera & incommoda ſuſtinuiſſet. Itaque melius eſt vt dotis promiſſio per metum extorta ab initio non valeat, & ipſo iure ſit nulla, quemadmodum de libertate dicimus, ſi in fraudem creditorum data ſit, eam ipſo iure competere, quia ſi competeret, non poſſet reuocari poſtea, quomodo, cætera in fraudem alienata reuocantur, *Inſtitut. quibus ex cauſis manum. non licet.* Sic fit vt & libertas & dos & ſimiliter alia pleraque deterioris conditionis interdum ſint ob hoc ipſum quod ſint fauorabiliora. Malè autem noſtri poſt Accurſium rationem huius paragraphi petunt ex eo quod contractus dotis ſit bonæ fidei: quilibet verò contractus, bonæ fidei, cui metus aut dolus cauſam dederit, ipſo iure ſit nullus, *leg. & eleganter* 7. *§ primo infr. de dol. leg.* 1. *Cod. de reſcindenda venditione.* Nam hic locus eſt de promiſſione dotis, quæ promiſſio non fit niſi per ſtipulationem, *leg. promittendo* 41. *de iure dotium, l.* 1. *C. de contrahenda & committenda ſtipulatione.* Certum autem eſt ſicut actio rei vxoriæ iam olim erat bonæ fidei, *§. fuerat Inſtitut. de actionibus*, ita ex contrario actionem quæ ex ſtipulatione dotis competebat, fuiſſe ſtricti iuris, talémque manſiſſe vſque ad conſtitutionem Iuſtiniani, qui primus & ſtipulationem tacitam pro dote introduxit, & & eam bonæ fidei fecit, *lege vnica Codice de rei vxoria actione.* An verò contractus bonæ fidei, cui dolus vel metus cauſam dedit, ſit ipſo iure nullus, dicemus ad dictum §. primum, *leg.* 7. *infr. titulo proximo.*

4 ¶ Si metu coactus ſim ab emptione, aut locatione diſcedere: videndum eſt, an nihil ſit acti, & antiqua obligatio remaneat, an hoc ſimile ſit acceptilationi, quia nulla ex bonæ fidei obligatione poſſimus niti, cùm finita ſit, dum amittitur: & magis eſt, vt ſimilis ſpecies acceptilatione ſit: & ideo prætoria actio naſcitur.

Ad l. Si metu. 4.

Ratio dubitandi. Quod metu geſtum eſt, prætor nullo tempore ratum habet, §. 1. *ſupr. hac lege.* Ergo ſi metu coactus ſum ab emptione aut locatione diſcedere, ſupereſt eadem ipſa obligatio & actio quæ prius competebat.

Ratio decidendi. In emptione, locatione, cæteriſque bonæ fidei contractibus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, dummodo res nondum ſecuta ſit, poteſt abiri à præcedenti obligatione, quia poſterior conſenſus priorem tollit, *lege* 7. *§. adeo lege ab emptione* 58. *de pactis ex regul. leg. prout* 80. *de ſolutionibus leg. nihil tam naturale* 35. *de obligationibus & actionibus.* quia bonæ fidei iudiciis exceptiones pacti ſicut & doli inſunt ipſo iure, *lege tertia de reſcindenda venditione.* Ergo tantundem poteſt nudum pactum quantum ad diſſoluendam obligationem empti & venditi quantum acceptilatio prodeſſet. Quid enim aliud faceret acceptilatio, quàm vt obligationem diſſolueret ipſo iure? Nimirum ſi obligatio conſenſu ſolo contracta in verborum obligationem prius conuerſa eſſet. Alioqui non poſſet verbis diſſolui, *leg. an inutilis* 8. *§. acceptum fieri de acceptilatione.* Conſequenter prætoria actio quod metus cauſa ex hoc edicto

neceſſa

neceſſaria eſt, vt vetus obligatio, quæ ipſo iure perempta fuit, reſtituatur, aut is qui vim vel metum intulit in quadruplum condemnetur, *l. metum 9. §. ex hoc edicto quod met. cauſ.*

5 Si metu coactus adij hæreditatem: puto me hæredem effici, quia quamuis, ſi liberum eſſet, noluiſſem, tamen coactus volui, ſed per prætorem reſtituendus ſum, vt abſtinendi mihi poteſtas tribuatur [a].

Ad l. Si metu coactus adij. 5.

Ratio dubitandi. Aditio hæreditatis & geſtio pro hærede non tam facti eſt quàm animi, *l. pro hærede 20. l. gerit. 88.* & paſſim de acquirenda hæreditate. Atqui is qui cogitur per vim aut metum, non habet liberam voluntatem. Ergo non poteſt fieri hæres, quod & ſcriptum videtur, in *leg. qui in aliena 6. §. vltim. eodem tit. de acquirenda hæreditate.*

R. dec. Imò verò coacta voluntas eſt voluntas, *l. ſi patre cogente 22. de ritu nuptiarum.* Sed quia non eſt libera, prætor ſe interponit, vt qui hæres quidem exiſtit, ſed inuitus habeat abſtinendi facultatem, *l. ſi metus cauſa 85. de acquirenda hæreditate.* Nec obſtat *dict. lex 6. §. vltim. eod.* quia in ſpecie ſeruus metu verberum adierat non tantùm coactus & inuitus, ſed etiam fallens, id eſt, nihil minus in animo habens quàm vt hæreditatem adiret.

a *Abſtinendi mihi poteſtas tribuatur.* Is qui ſemel hæres fuit, non poteſt deſinere hæres eſſe, ne quidem per legem, *lege ex qui ſoluendo 88. de hæredibus instituendis*, multo minùs per prætorem, *l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus infr. de minoribus, lege cum quaſi 30. §. ſed & ſi ſuus de fideicommiſſ. libert.* qui ſcilicet non potuit facere legem, *§. quos autem Inſtit. de bonor. poſſeſſ.*

Ratio decidendi. Per abſtentionem non deſinit quis hæres eſſe, ſed tantum à prætore conſequitur, vt non magis conueniri poſſit quàm ſi hæres non eſſet, *l. neceſſ. 57. de acq. hæred. l. ſi filius 12. de interrog. in iur. fac.*

6 ¶ Si coactus hæreditatem repudiem, duplici via prætor mihi ſuccurrit, aut vtiles actiones quaſi hæredi dando, aut actionem metus cauſa præſtando: vt quam viam ego elegerim, hæc mihi pateat.

Ad l. vlt. Si coactus.

Ratio dubitandi. Semel repudiata hæreditas poſtea acquiri non poteſt, ſicut nec acquiſita repudiari, *l. ſicut 4. Cod. de repud. vel abſtin. hæredit.*

Ratio decidendi. Non facit prætor hæredem eum qui ſemel repudiauit, quia nec poteſt, non ſolùm ſi alius fortè ſubſtitutus aut agnatus proximus iam adierit hæreditatem (quo caſu illa etiam ratio repudianti obſtat ne hæres fieri poſſit, quia duo in ſolidum hæredes vni eſſe non poſſunt, *leg. quod contra 24. §. vni duo de regul. iuris.*) ſed & ſi nemo, quia repudiatio eſt actus ſolemnis & legitimus, ſicut & aditio per quem delatio facta per legem penitus & ipſo iure extinguitur: ſed dat ei prætor ex æquitate vtiles actiones quaſi hæredi, hoc eſt, ac ſi hæres eſſet, quia eiuſdem æquitatis & poteſtatis eſt denegare actiones in eum qui coactus adiit, & dare vtiles actiones ei qui coactus repudiauit. Qui enim verè ac iure ciuili hæres eſt, is directas actiones habet non vtiles, quæ cum directis nunquam concurrunt. Vtiles verò tantum habent ij qui cùm hæredes non ſint, hæredum tamen loco & vice habentur, *l. ita tamen 27. §. quod ex Trebelliano l. ſi hæres 70. ad Trebell.*

a *Aut actionem metus cauſa præſtando.*) per quam ſcilicet ego qui ex hæreditatis repudiatione damnum paſſus ſum, conſequar indemnitatem, id eſt, quanti fuit hæreditas quam repudiatione amiſi, adeóque quadruplum, niſi iuſta hæreditatis æſtimatio arbitrio iudicis reſtituatur. Malè verò Accurſius hæc verba intelligit de vtili petitione hæreditatis, ex *l. 9. §. volent. ſup. eod.* Nam quod præcedit de vtilibus actionibus à prætore dandis mihi qui repudiaui, ſatis includit vtilem hæreditatis petitionem, præſertim cùm prætor vtilem hæreditatis petitionem ex aliis pleriſque cauſis proponat ad exemplum ciuilis & directæ, *tot. tit. infr. de poſſeſſ. hæred. pet. & de fideicommiſſ. hæred. petit.* Debent igitur hæc verba intelligi de actione, quod metus cauſa perſonali competente aduerſus eum qui vim fecit, itémque aduerſus poſſeſſorem ad quadruplum conſequendum, ſi res non reſtituatur, de qua *in decimaquarta §. in actione ſup. eodem.* non autem ad rem vindicandam. Nec enim actio ex hoc edicto competens vnquam in rem eſt, ſed ſemper in perſonam, licèt in rem ſcripta ſit. Vindicatio autem è contrario ſemper in rem nunquam in perſonam, nec ad quadruplum, de qua *in dict. §. volenti & in leg. 3. C. hoc tit. iunct. §. licet, d. l. 9.*

b *Vt quam viam.*) Hinc vulgare illud pragmaticorum noſtrorum brocardicum, *pateat tibi via quam elegiſti.*

22. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

QVi in carcerem quem detruſit, *vt aliquid ei extorqueret* [a], quidquid [b] ob hanc cauſam factum eſt, nullius momenti eſt.

Ad l. Qui in carcerem. 22.

Ratio dubitandi. Iuris executio non habet iniuriam, *l. iniuriarum actio 13. §. primo de iniuriis.* Atqui receptum eſt in vſu quotidiano vt creditores detrudant in carcerem ſuos debitores, vt ab iis extorqueant ſolutionem, poſtquam placuit poſſe debitorem creditori ſuo corpus proprium non minùs quàm bona ſua pignori dare contra euidentem iuris ſcripti rationem. Si quidem pignus non niſi à domino rectè conſtitui poteſt, *tot. tit. C. ſi alien. res pignori data ſit.* nemo autem quantumuis liber homo, dominus eſt membrorum ſuorum, *leg. liber homo 13. in principio ad legem Aquiliam.* Ergo non quidquid factum eſt in carcere etiam in eius commodum qui ea ratione aliquid extorquere voluit, nullius momenti.

Ratio decidendi. Hæc lex de illo loquitur qui propria auctoritate & illicitè alium detruſit in carcerem, vt aliquid ab eo extorqueret, quod non debebat, non de illo qui iure & ſuo & communi vſus eſt. Nam nec decipit nec decipitur qui iure communi vtitur, *l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. l. inter 51. §. pen. de fideiuſſor.*

a *Vt aliquid ei extorqueret.* Ergo qui cum eo contraxit, quem alius ſiue iuſtè ſiue iniuſtè detruſit in carcerem, non timet periculum reſtitutionis, ſi modò non ſit conſcius & particeps fraudis, vt benè hic Accurſius, ex *l. 9. §. ſed licet iunct. l. item ſi 14. §. aliquando in illis verbis me non conſcio, ſupr. hoc tit.*

b *Quid*

b *Quidquid.* Ergo & in carcere facta confeſſio non valebit, inquit Accurſius rectè, ſi ſecundum ſupradictam diſtinctionem intelligas, id eſt, de confeſſione extorta ab eo qui detruſus ſit in carcerem ob hoc ipſum vt fateri cogeretur, id enim eſt quod ſequitur, *ob hanc cauſam.* Alioqui reorum confeſſiones omnes factæ in iuſta licitáque cuſtodia, & ex magiſtratuum auctoritate quaſi per vim extortæ ſubuerterentur. Aliter tamen videtur ſenſiſſe Accurſius, qui in hanc rem citat legem primam, *§. diuus. & §. quæſtioni infr. de quæſtionibus.*

23. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

NOn eſt veriſimile, compulſum in vrbe iniquè indebitum ſoluiſſe eum, qui claram dignitatem ſe habere prætendebat cùm potuerit ius publicum inuocare, & adire aliquem poteſtate præditum, qui vtique vim eum pati prohibuiſſet: ſed huiuſmodi præſumptioni debet apertiſſimas probationes violentiæ opponere.

Ad l. vlt. Non eſt veriſimile.

Ratio dubitandi. Nuoquam facta præſumuntur niſi probentur. Eius enim ſemper eſt probare qui dicit & affirmat, noo qui negat, *l. 2. l. in exceptionibus. 9. de probationib.* Atqui vt quis vim, aut metum vel intulerit vel paſſus ſit, facti eſt. Facto enim opus eſt & quidem atroci, & maioris malitatis ad hoc vt vis facta vel metus illatus dici poſſit, *lege 2. & ſequentibus, ſuprà eod. leg. metum. 9. Cod. eod. §. fœnerator infr. hac lege.* Ergo nihil intereſt an is qui ſe dicit compulſum in Vrbe iniquè indebitum ſoluiſſe, claram dignitatem habuerit propter quam potuerit ius publicum implorare & adire aliquem poteſtate præditum, qui vtique ipſum vim pati prohibuiſſet. An verò fuerit ſine dignitate: quia omnimodo probatione onerandus eſt is, qui vim aut metũ allegat.

Ratio decidendi. Probandi quidem onus ſemper & omni caſu incumbit ei qui vim ſibi factam aut metum illatum dicit, ſed leuiores probationes ei ſufficiunt qui nulla præſumptione contraria oneratur. E diuerſo ſicuti præſumptio quæ pro aliquo facit, transfert in aduerſarium onus probandi, *leg. generaliter 24. §. ſi petitum, in fin. de fideicommiſſ. libert.* Ita quo fortior eſt aduerſus aliquem præſumptio, eo durior probatio eſt quæ ab ipſo exigitur. Quanti verò momenti hoc ſit, ex eo apparet quod cùm probationes ferè omnes difficiles ſint, tanto tamen difficiliores fiant, quanto clariores & apertiores requiruntur. Cuiuſmodi ſunt quæ in cauſis criminalibus exiguntur, quas dicere ſolemus luce meridiana clariores eſſe oportere.

1 ¶ Si iuſto metu perterritus cognitionem [a], ad quam vt vinctus iret, potens aduerſarius minabatur, id quod habere licebat, compulſus vendidit, res ſuæ æquitati per Præſidem prouinciæ reſtituitur.

Ad §. Si iuſto. 1.

a *Cognitionem.* ſcilicet Principis, vt bene Cuiacius *ex leg. ſed & ſi per prætorem, 26. §. final. ex quibus cauſis maiores.*

Ratio dubitandi. Cognitionis metus non eſt iuſtus. Quid enim magis velle debet is qui bonam cauſam habet, quàm vt de ea cauſa princeps ipſe cognoſcat? Ergo non eſt iuſta cauſa petendæ ex hoc edicto reſtitutionis, ſi modò non alio metu compulſus qui vendiderit, quod alioquin ei habere licebat.

Ratio decidendi. Non metus cognitionis hoc caſu reſtitutioni materiam præbet, ſed metus vinculorum: quia potens aduerſarius non tantùm cognitionem Principis, ſed etiam vincula minabatur, & conſequenter corporis cruciatum & ſpeciem quandam ſeruitutis. Itaque non poteſt negari quin talis venditio per metum malo more extorta ſit, & proinde irrita eſſe debeat, *l. vlt. C. eod.*

a *Per præſidem prouinciæ.* Ad cuius ſcilicet curam maximè pertinet vt extortas metu venditiones prohibeat, *leg. illicitas 6. de offic. præſidis,* quia præſes prouinciæ in prouincia fungitur partibus prætoris, vt & aliorum omniũ magiſtratuum qui in vrbe ſunt, *l. ex omnib. 10. cum duab. ſeqq. de offic. præſid.* An verò hæc reſtitutio fit ex hoc edicto in quadruplum, an officio tantùm iudicis ad ſimplũ vt vult Accurſius? & hoc magis puto. Ideo fortaſſe quod non debuit potentis aduerſarij vincula tantopere timere is qui ad cognitionem principis ducendus erat, apud quem querelam ſuam proponere potuiſſet. Sed non facit ea res quin verum ſit venditionem huiuſmodi inciuiliter extortam fuiſſe.

2 ¶ Si fœnerator inciuiliter cuſtodiendo athletam, & à certaminibus prohibendo cauere compulerit vltra quantitatem debitæ pecuniæ: his probatis, competens iudex rem ſuæ æquitati reſtitui decernat.

Ad §. Si fœnerator. 2.

Ratio dubitandi. In eo quod athleta prohibetur à certaminibus nullos patitur corporis cruciatus, neque metum mortis aut ſeruitutis. Ergo hic caſus non pertinet ad edictum: præſertim cùm hæc actio damnum exigat, *l. ſed & partus 12. §. vltim.* quod metus cauſa. Qui autem à certaminibus prohibetur, non tam damno aliquo afficiatur quàm à lucro quod ex certaminibus conſequi ſolitus erat, arceatur, quod longè diuerſum eſt, *leg. Proculus. 26. de damno infecto.*

Ratio decidendi. Damnum quod Athleta ſentit in hac ſpecie non in eo eſt quod prohibetur à certaminibus, ſed in eo quòd fœnerator ipſum à certaminibus prohibendo cauere compulerit vltra debitæ pecuniæ quantitatem. Verum tamen eſt nullum eſſe hîc metum illatum nec vim factam, ideóque non competere hoc caſu actionem ex hoc edicto in quadruplum ſed in ſimplum duntaxat ex officio iudicis. Quod ſignificant verba illa, *competens iudex rem ſuæ æquitati reſtitui decernat,* vt quidquid malo more & contra bonos mores geſtum eſt, reſcindatur. Videtur enim hoc caſu fœnerator ciuiliter magis feciſſe quàm vim aut metum intuliſſet.

3 ¶ Si quis, quod aduerſario non debebat, delegante eo, per vim [c], apparitione præſidis interueniente, ſine notione iudicis coactus eſt dare: iudex inciuiliter extortum reſtitui ab eo, qui rei damnum præſtiterit [e], iubeat. Quod ſi debitor ſatisfecit ſimplici iuſſione,

ſione, & non cognitione habita [f]: quamuis non extra ordinem exactionem fieri, ſed ciuiliter oportuit, tamen quæ ſolutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt, reuocare inciuile eſt.

Ad §. Si quis vlt. 3.

Ratio dubitandi. Qui aduerſarium cogit per apparitorem magiſtratus, non videtur animum habere inferendi metus aut inferendæ violentiæ, cùm apparitoris officium ſit publicum, pendeatque ex auctoritate magiſtratus, vt proinde parum interſit an quid fiat per apparitorem magiſtratus, an per ipſum magiſtratum, quo tamen poſteriore caſu certum eſt vim nullam factam dici poſſe, *l. extat. 13. ſupr. eod.*

Ratio decidendi. Verum illud eſt quoties apparitor interuenit ex mandato magiſtratus & cognitione ipſius interueniente. Alioqui facit vim etiam apparitor qui ſine iudicis mandato exequitur, ideóque etiam de facto ei reſiſti impunè poteſt, *l. prohibitum 5. C. de iur. fiſc.* Nam & magiſtratus ipſe vim & iniuriam facere poteſt, *leg. 3. §. 1. ſupr. hoc tit.* quæ in magiſtratu tanto minus ferenda eſt, ne vnde iura naſcuntur, iniuriarum occaſio proficiſcatur, *l. meminerint 6. C. vnde vi.* In propoſita tamen ſpecie non tam per vim aut metum quàm inciuiliter extorta indebiti ſolutio videtur, vt Vlpian. ait. Itaque non quadrupli, ſed ſimpli condemnatio irroganda erit, quod & Accurſius ſentit.

c *Delegante eo.* Intellige ſecundùm priorem Accurſij interpretationem de delegatione facta per aduerſarium, qui hunc per vim coëgerit vt tanquam delegatus debitor delegantis promitteret Sempronio centum, quæ re vera deleganti non debebat: non autem cum Cuiacio de iudicis delegatione, ſiue, vt ipſe addidit, iuſſione. Quaſi vero delegatio & iuſſio hoc loco ſint ſynonima. Nam nec quod ſequitur *ſimplici iuſſione*, de iuſſione per iudicem facta intelligi debet, ſed de ea quæ facta ſit per apparitorem. Multò minus probari poteſt ſecunda interpretatio Accurſij qui hæc verba refert ad coactum qui per vim coactus fuerit delegare quod non debebat. Sequentia enim oſtendunt aliam fuiſſe hic perſonam delegantis, aliam eius qui coactus fuit dare. Alioqui ſatiſdat & ſoluit qui delegat debitorem, *l. quamuis 8. §. debitorem, ad SC. Velleia.* Sed & ſecundùm iſtam Accurſij interpretationem legendum eſſet *delegante per vim*, poſita virgula poſt dictionem hanc *vim*, quæ tamen in libris omnibus poſita eſt poſt pronomen *eo*.

d *Inciuiliter extorta.* Ciuilis enim exigendi modus ille eſt vt ab actione, non ab exactione incipiatur, *l. 1. C. de execut. rei iudic.* idque etiam eſt quod ſtatim ſequitur, *quamuis non extra ordinem exactionem fieri, ſed ciuiliter oportuit.*

e *Reſtitui ab eo qui damnum præſtitit.* Id eſt, qui vim fecit. At cui non ab illo etiam per vim delegatus ſoluit, nimirum quia nihil dolo malo fecit qui ſuum recepit, *leg. 5. §. penult. inſt. de dol. except.* iunct. *leg. repetitio 44. de condict. indebit.* Ponimus enim non fuiſſe eum conſcium doli & violentiæ, quod neceſſariò ponendum eſt, *l. metum 9. §. ſed licet, leg. item ſi cùm 14. §. aliq. a do ſupr. hoc titul.* Quanquam dici etiam poteſt cum Accurſio Bartolo intelligendum eſſe locum hunc non de actione ex hoc edicto quod metus cauſa, ſed de officio iudicis, cuius auxilium minus plenum eſt, nec ſimiliter poteſt extendi contra bonæ fidei poſſeſſorem, quomodo extendi actio quæ à prætore ex hoc edicto datur. Satis enim abundéque officio ſuo ſatisfacit magiſtratus qui conquerenti ſic proſpicit vt eum indemnem dimittat. At non aliter ſatisfit edicto prætoris, quàm ſi is qui vim paſſus eſt, liberam electionem habeat agendi non ſolùm contra eum qui vim aut metum intulit, ſed etiam contra tertium quemlibet poſſeſſorem, idque duplici via: vel actione quod metus cauſa in quadruplum, vel rei vindicationem in ſimplum, id eſt, ad rem ipſam ſolam. Vtraque enim actio edicti verbis data eſt, *l. 9. §. volenti & §. licet ſupr. hoc tit. l. 3. C. eod.*

f *Et non cognitione habita.* Ratio dubitandi. Ius crediti amittit etiam verus creditor, qui debitam ſibi rem non per iudicem & ordinaria cognitione, ſed propria auctoritate repoſcit, *dict. l. extat. 13.* iunct. *§ p. l. præced. ſupr. eod.* Ergo etiam hoc caſu reuocationi debiti ſoluti locus eſt.

Ratio decidendi. Nullum damnum patitur is qui quod debet, ſoluit, *l. 14. §. penult. ſupr.* Imò acquirit & locupletior fit cùm ſe liberat, *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* Nec rurſus dici poteſt vim facere qui rem ſibi debitam repoſcit per apparitorem iudicis, licèt nulla cognitione habita. Cùm ſuæ facilitati imputare debeat is qui ſimplicem apparitoris iuſſionem pro iudicis mandato habuit, agnoſcens fortaſſe bonam fidem quæ mouere ipſum debuerat, vt etiam ſine actione non tantùm ageret ſeipſum, ſed etiam à ſeipſo exigeret ad ſolutionem vero creditori faciendam, *leg. quoties 9. §. ſicut de admin. tut.* Proinde non amittit hoc caſu creditor ius crediti, quod malè putat Accurſ. quia non tam per vim quàm inciuiliter feciſſe intelligitur, vt benè Cuiacius. Et reſcriptum D. Marci alioqui pœnale non facilè adiuuandum eſt interpretatione. Idque etiam probant verba illa, *quæ ſolutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt.* Non enim poſſet numeratio proficere ſolutioni debitæ quantitatis, ſi per ipſam exactionem creditor ius crediti amiſiſſet. Finitur enim debitum, cùm amittitur, vt in *l. ſi mulier. 21. §. ſi metu coactus ſim. ſupr. hoc tit.*

DE DOLO MALO. Tit. III.

VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

HOc edicto prætor aduerſus varios & doloſos [a], qui aliis obfuerunt calliditate quadam ſubuenit: ne vel illis malitia ſua ſit lucroſa [b], vel iſtis ſimplicitas damnoſa [c]. 1 ¶ Verba autem edicti [d] talia ſunt: *quæ dolo malo facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio non erit, & iuſta cauſa eſſe videbitur, iudicium dabo.*

Ad Tit. 3. De dolo.

Ad l. Hoc edicto. 1.

a *Varios & doloſos.* Non ſunt iſta hoc loco ſynonima. Varius enim eſt qui aliud agit, aliud fingit, *Quod non eſt ſimulans, diſſimulánſque quod eſt*, quod tamen poteſt interdum fieri ſine dolo malo, §. ſeq.

b *Ne vel illis malitia ſua ſit lucroſa.* Ratio dubitandi.

Licet

Licet plerumque contrahentibus ſe decipere, & quidem naturaliter, *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius de minoribus, leg. item ſi pretio 22. §. fin. locat.* Nec aliam ob cauſam & obligationes comparatæ ſunt & contractus, quàm vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt, lucrúmque proinde faciat, *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligationib.*

Ratio decidendi. Quidam tantùm contractus ſunt in quibus licet naturaliter contrahentibus ſe decipere, id eſt, emptio, venditio, locatio, conductio: de quibus in dicto §. *idem Pompon. & d. §. vltim.* ex ratione poſita, in *l. ſi voluntate Cod. de reſcindenda venditione.* Sed hoc non de ea deceptione intelligi debet quæ dolum malum annexum habeat, de qua ſola hic agitur, ſed de ea quæ potius ex re ipſa quàm ex delinquendi propoſito inducatur, de qua in *leg. ſi quis cum aliter 36. de verborum obligationib. & in leg. 2. Cod. eod. iunct. dict. leg. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit.* Denique agit prætor quantum poteſt ne malitiis indulgeatur, *lege in fundo 38. de rei vindicatio.* & ne quis ex dolo & delicto ſuo meliorem faciat conditionem ſuam contra *regul. leg. non fraudantur 176. §. nemo,* de regulis iuris, néve contrahentes decipiantur, *leg. ſed & ſi pupillus 11. §. item ſi plures de inſtitor. act.*

e *Vel illis ſimplicitas damnoſa.* Ratio dubitandi. Non eſt nouum vt alicui ſua ſimplicitas & facilitas ſit damnoſa. Suæ námque ſiue ſimplicitati ſiue facilitati imputare debet damnum quod ſentit. Proinde nec damnum vllum ſentire videtur, *l. quod quis 203. de regulis iuris.* Eſt enim laudabilis ſanè ſimplicitas, præſertim in homine Chriſtiano, ſed ea tantùm quæ prudens eſt, vt Martialis dicebat, non quæ fallaciis obuiá ſe præbet. Vnde Chriſtus Dominus in Euangelio, *Eſtote prudentes ſicut ſerpentes, & ſimplices ſicut columbæ.*

Ratio decidendi. Non ſuccurrimus ſimplicitati quaſi nihil ei ſit imputandum [imputamus enim ſi ex aduerſo dolus nullus interuenerit] ſed non patimur vt boni viri ſimplicitas aduerſarij dolo decipiatur. Quia ſi ſimplicitati parcendum non eſt, multò minus patimur, dolo fauendum eſt qui non niſi cum dolo, non etiam cum ſimplicitate compenſandus eſt, *leg. viro ſolut. matrim. l. domum. de contrah. empt.*

d *Verba autem edicti.* Ratio dubitandi. Dolus malus iam olim Lætoria lege vindicabatur, vt conſtat ex Ciceron. 3. *de offic.* Ergo non fuit neceſſarium hoc edictum, maximè cùm non aliter promittat prætor ſe daturum actionem de dolo, quàm ſi alia actio non ſit.

Ratio decidendi. Non vindicabitur dolus ex antiquis legibus, niſi in certis caſibus putà ex l. Lætoria in circumſcriptione adoleſcentum. Edictum verò de dolo proponit actionem generalem per quam dolus omnimodo & omni caſu vindicetur, ſi alia actio nulla ſit, cuius auxilio indemnitati eius qui deceptus fuit, conſulatur.

2 ¶ Dolum malum Seruius quidem ita definit, machinationem quandam, alterius decipiendi cauſa, cùm aliud ſimulatur, & aliud agitur. Labeo autem, poſſe & ſine ſimulatione id agi, vt quis circumueniatur: poſſe & ſine dolo aliud agi aliud ſimulari, ſicut faciunt qui per eiuſmodi diſſimulationem deſeruiant, & tuentur vel ſua, vel aliena. Itaque ipſe ſic definit, dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera eſt [a].

Ad §. Dolum malum. 2.

Ratio dubitandi. Non poteſt dolus malus eſſe ſine machinatione quadam alterius decipiendi gratia, cùm hac mente aliud agitur, aliud ſimulatur. Ergo bona eſt doli definitio quam Seruius attulit.

Ratio decidendi. Verum quidem eſt non poſſe dolum malum eſſe ſine machinatione quæ fiat alterius decipiendi cauſa, ſed poteſt ea ipſa machinatio fieri apertè & ſine vlla ſimulatione, vt in furto & rapina. Sicut & è contrario poteſt eſſe ſimulatio & diſſimulatio ſine dolo malo. Itaque non poteſt bona eſſe definitio quæ non conuertitur cum ſuo definito. Vt ex hoc loco interpretes noſtri optimè colligunt, quantumuis in Logica cui hoc ipſum docet, ſatis molè verſati. Non igitur bona eſt Pædij ſententia cui eadem ipſa definitio placebat, vt refert Vlpian. in *l. 7. §. pactorum. verſ. dolo malo ſupr. de pact.*

a *Labeonis definitio vera eſt.* Quia conſtat ex genere & eſſentiali differentia, ideóque conuertitur cùm ſuo definito.

3 ¶ Non fuit autem contentus prætor *dolum* dicere, ſed adiecit *malum*: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro ſolertia hoc nomen accipiebant: maximè, ſi aduerſus hoſtem latronémque quis machinetur.

Ad §. Non fuit. 3.

Ratio dubitandi. Dolus delictum eſt, quinimo forma & eſſentia omnium delictorum. Nullum enim delictum eſt ſine dolo. Atqui delictum nullum eſt bonum. Ergo neque dolus vllus bonus.

Ratio decidendi. Non ſicut doli ita & delicti appellatio ambigua eſt. Dolus malus delictum eſt, & delictum ferè quodlibet dolus malus. Sed non omnis dolus malus eſt. Quanquam hodie quiſquis dolum ſimpliciter dicit, malum intelligit. Dolus bonus nihil niſi ſolertia eſt qua quis vtitur ob hoc ipſum vt alterius dolum excludat, putà aduerſus hoſtes aut latrones. De quo Poëta, dolus an virtus quis in hoſte requirat. Item in ſpecie, *l. cùm pater 77. §. antepen. de l. 2. l. quia autem 6. §. penult. Si quis omiſſ. cauſ. teſt.* Sic malitiam malam dixit Plautus: quaſi malitia quædam poſſit eſſe bona, quod tamen vel ex ipſo nominis etymo longè durius eſt.

4 ¶ Ait prætor, *ſi de his rebus alia actio non erit.* Meritò prætor ita demum hanc actionem pollicetur, ſi alia non ſit: quoniam famoſa actio non temerè debuit à prætore decerni, ſi ſit ciuilis, vel honoraria, qua poſſit experiri. Vſque adeo, vt & Pedius lib. 8. ſcribat: etiamſi interdictum ſit [b] quo quis experiri, vel exceptio [c], qua ſe tueri poſſit, ceſſare hoc edictum. Idem & Pomponius lib. 28. & adiicit: & ſi ſtipulatione tutus, ſi quis eum actionem de dolo habere non poſſe: vt puta ſi de dolo ſtipulatum ſit [d].

Ad §. Ait prætor. 4.

Ratio dubitandi. Actio de dolo concurrit cum actione quod metus cauſa, quoties agitur in eum ipſum qui vim aut metum fecit, *l. item ſi cum 14. §. cum qui metum*

tum. ſupr. tit. 1. Item cum actione mandati in ſpecie, *l. 1. C. hoc tit.* Ergo hæc actio datur etiamſi alia ſit.

Rat. dec. Poteſt actio hæc concurrere cum alia actione quæ ſit famoſa, cuiuſmodi ſunt, actio mandati, *leg. 1. ſup. de his qui not. inf.* item actio quod metus cauſa cùm aduerſus eum ipſum qui fecit proponitur vt dixi ad *d. §. eum qui metum.* Ratio enim cur prætor in edicto verba illa adiecerit *ſi alia actio non ſit*, non alia fuit, vt hic Vlpianus ait, quàm quod famoſa actio non debberit temerè à prætore decerni ſi alia ſit actio ſiue ciuilis ſiue honoraria qua quis potuerit experiri.

b *Etiamſi interdictum ſit.* Ratio dubitandi. Interdictum non eſt actio. Actiones enim iure ordinario dantur & exercentur. Interdicta verò extra ordinem, vnde & extraordinariæ actiones dicuntur quæ hodie ſubſtitutæ ſunt in locum interdictorum, *Inſtit. de interdict. in princ. & §. fin. & de interdictis ſiue extraord. act. quæ pro his compet.* Ergo etiamſi interdictum competeret olim, non eo minùs tamen verum erat nullam actionem competere, & conſequenter actionem hanc de dolo perinde dandam eſſe.

Ratio decidendi. Interdicta propriè quidem non ſunt actiones, ſed tamen etiam actionis appellatione continentur, *l. actionis 37. de oblig. & act.* quia per interdictum non minus quàm per actionem ius noſtrum tuemur. In eo tamen differunt maximè ab actionibus quod nunquam ſint famoſa licèt ex famoſis cauſis pendeant, *l. neque 13. C. vnde vi*, quia in iis de poſſeſſione tantùm agitur non de iure aut de facto perſonæ.

c *Vel exceptio.* Ratio dubitandi. Exceptio non eſt actio cùm è contrario ſit actionis excluſio, *leg. 1. de except.* Ergo quod prætor dixit *ſi alia actio non ſit*, non poteſt illam interpretationem recipere, *Aut ſi alia exceptio non ſit.*

Ratio decidendi. Reus in exceptione actor eſt, *d. l. 1. l. in exceptionibus 19. de probat.* Tantùm denique prodeſt reo exceptio ad ius ſuum conſeruandum quantum actori actio. Quinimo eſt fauorabilior actione, quia rei ſemper ſunt fauorabiliores, *leg. fauorabiliores 125. de Reg. iur.* & ideo quæ ſunt temporalia ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum, *leg. purè 5. § fin. de dol. except.* Nulla igitur ratio eſt, cur ei qui per exceptionem concedere prætor debeat: Habet enim pluſquàm actionem is qui habet exceptionem. Nec ſeparanda eſt exceptio doli à ceteris exceptionibus quomodo ſeparat Accurſ. Non magis enim poteſt actio de dolo cum exceptione doli concurrere quàm cum ceteris, *l. vlt. infr. hoc tit.* Eadem ſiquidem omnium ratio eſt vt non ſint famoſa, quia infamem facit ſententia, *l. 1 ſupr. de his qui not. infam. l. infam. 7. de publ. iudic.* Nemo autem vi exceptionis condemnatur, ſed tantùm actionis ab alio propoſitæ, quia exceptio ad euitandam non ad obtinendam condemnationem obiicitur.

d *Si de dolo ſtipulatum ſit.* Intellige de dolo non committendo. Solebat enim iam olim ſtipulationibus ferè omnibus ſubiici clauſula *dolum malum abeſſe abfuturúmque eſſe. leg. doli clauſula 119.* iunct. *leg. ſi id quod 12. leg. ex ea parte 121. leg. ſi ita quis 135. §. vltim. de verborum obligationib. l. 3. Cod. de recept. arbit.* Quam honeſtatis clauſulam vocat Diuus Ambroſius.

Ratio dubitandi. Qui conuenitur ex doli clauſula poſita in ſtipulatione ex proprio dolo malo conuenitur non minus quàm qui actione de dolo, perindéque actori dolus probandus eſt, atqui ſi ageret de dolo. Ergo perinde famoſa actio videri debet, quæ eandem ipſam cauſam, eámque famoſam habet.

Rat. dec. Actio ex ſtipulatione nunquam eſt famoſa, quoniam cùm quis ex ſtipulatione condemnatur, licèt propter dolum & ex doli clauſula, tamen proxima & immediata cauſa condemnationis non dolus, ſed ſtipulatio & promiſſio eſt.

3 ¶ Idem Pomponius ait: & ſi actionem in nos dari non oporteat, veluti ſi ſtipulatio tam turpis dolo malo facta ſit, vt nemo daturus ſit ex eo actionem: non debere laborare vt habeam de dolo mâlo actionem: cùm nemo ſit aduerſus me daturus actionem.

Ad §. Idem Pomponius ait. 5.

R. dub. Actio hæc de dolo malo, vt detur ex edicto prætoris nihil aliud requiritur, niſi vt & dolus interuenerit, & actio aut exceptio alia nulla ſit quæ eo nomine competat. Atqui hæc omnia concurrunt etiamſi ſtipulatio aliqua turpis facta ſit dolo malo non minùs quàm ſi dolus malus duntaxat ſine vlla turpitudine interueniſſet. Ergo quemadmodum ſolo interueniente dolo daretur promiſſori actio de dolo, ita & multo magis ſi ad dolum turpitudo acceſſerit, ne alioqui melioris conditionis ſit ſtipulatio dolo interpoſita ob id ſolum quod præterea ſit turpis.

Ratio decidendi. Non ſufficit dolum interueniſſe, & actionem aliam aut exceptionem nullam eſſe, vt actio de dolo detur, ſed illud præterea requiritur, vt interſit actoris cùm non ad aliud competat quàm ad id quod intereſt agentis, *l. arbitrio 18. infr. hoc tit.* Atqui nihil intereſt promiſſoris qui aduerſario ex turpi cauſa & dolo malo ſtipulanti aliquid promiſit, cùm ex ea ſtipulatione nunquam poſſit conueniri ne quidem ipſo iure. Siquidem omnes ſtipulationes turpes ipſo iure nullius ſunt momenti, *l. generaliter 26. de verb. obl.* Ac proinde tales ex quibus nunquam prætor daturus ſit actionem, adeo vt nec vlla opus ſit exceptione, quippe quæ præſupponat actionem, cuius elidendæ gratia comparatæ ſunt omnes exceptiones, *l. 2. de exc.* Neque tamen poſſis ideo dicere melioris conditionis eſſe ſtipulationem dolo interpoſitã, eandémque turpẽ quam ſi turpis non eſſet. Nam quæ turpis non eſt, parit actionem, quamuis elidendam per doli mali exceptionem, quæ verò turpis eſt, nullam parit. Illa enim valet ipſo iure, hæc verò nullius momenti eſt.

6 ¶ Idem Pomponius refert Labeonem exiſtimare, etiam ſi quis in integrum reſtitui poſſit, non debere ei hanc actionem competere, & ſi alia actio tempore finita ſit [a]; hanc competere non debere: ſibi imputaturo eo, qui agere ſuperſedit: niſi hoc quoque dolus malus admiſſus ſit [b], vt tempus exiret [c].

Ad §. Idem Pomponius refert. 6.

R. dub. Quiſquis in integrum reſtitui poteſt eum neceſſe eſt ipſo iure excluſum eſſe. Alioqui reſtitutio non daretur tanquam extraordinarium remedium, vbi ordinarium competeret, *l. in cauſa 16. in princip. infr. de minor. l. 3. Cod. ſi aduerſ. libert.* Et quamuis reſtitutio quandoque impetrata tantundem allatura ſit commodi, quantum afferret priſtina actio ſi non eſſet perempta, cùm tamen reſtitutionem omnium cauſæ dupliciter examinandæ ſint & an veræ, & an iuſtæ, *l. 2 ſupr. de in integr. reſtit.* nemo non videt intereſſe quàm maximè illius qui deceptus fuit, vt non cogatur ſubire iudicij & reſtitutionis, arg. *l. minor. 25. annus 45. infr. de minor.* iunct. *l. quod debetur 51. de pecul.*

Ratio decidendi. Non poteſt incertus eſſe euentus & reſtitutionis contra eum qui in dolo eſſe probatur, & contra quem perinde probandus eſſet dolus, & alea iu-

dicij ſubeunda, etiamſi de dolo ageretur. Nec minus extraordinaria eſt actio de dolo, quàm aliud iudicium quodlibet restitutionis in integrum, cùm hæc quoque ſit ſpecies reſtitutionis, in eo tantùm à cæteris differens quòd famoſa eſt, cæteræ verò ſpecies non famoſæ & conſequenter facilius indulgendæ.

a *Et ſi alia actio tempore finita ſit.* Ratio dubitandi. Actio tempore finita nulla amplius eſt, & perinde haberi debet, ac ſi nunquam fuiſſet. Quid enim poteſt in effectu referre, an nunquam fuerit, an verò eſſe deſierit. Atqui actio de dolo competit ex verbis edicti quoties dolus interuenit, nec alia actio vlla eſt, per quam poſſit vindicari, §. 1. *ſupr.* Ergo non eo minus competere hoc caſu debet, quod alia actio competierit aliquando, ſi ea hodie finita ſit.

R. dec. Imputare ſibi debet is qui dolum paſſus eſt, quod alia actione ſibi competente ſuperſederit agere priuſquam actio finita eſſet. Cùmque damnum hoc ex ſua culpa & negligentia ſentiat, ſentire non videtur, *l. quod quis 203. de regul. iur.* Alioqui ſi poſt finitam tempore priorem actionem daretur hæc actio de dolo quam non haberet, ſi in priore exercenda diligentior fuiſſet, non ſolùm ei ſua prodeſſet negligentia, ſed etiam aduerſario noceret, qui ob eam negligentiam famoſa actione conueniretur, qua conueniri alioqui non potuiſſet.

b *Niſi in hoc quoque dolus malus admiſſus ſit.* Ratio dubitandi. Actiones temporales cuiuſmodi eſt redhibitoria & aliæ pleræque prætoriæ non ob id magis fiunt perpetuæ, quod interuenerat dolus ex parte eius qui poterat conueniri, cùm nec actio ipſa de dolo ſit perpetua, ſed annalis nec eo minus verum eſt actionem & finitam & nullam amplius eſſe. Ergo etiamſi in hoc quoque dolus malus admiſſus ſit vt actionis tempus exiret non eo magis de dolo actio competere debet.

Ratio decidendi. Qui alium ipſe decepit nunquam poteſt ei imputare cur ſe decipi paſſus ſit, nec conſequenter cur non citius egerit quem credibile eſt acturum ſuo tempore fuiſſe ſi dolum paſſus non fuiſſet in hoc vt actionis tempus exiret.

c *Vt tempus exiret.* Ratio dubitandi. Cùm per tergiuerſationem & dolum aduerſarij exit dies actionis prætor amiſſam actionem reſtituit ex edicto, Quibus ex cauſis maior, *leg. aut prætor 23. §. fin. iunct. l. ſeqq. infr. eod. tit.* Atqui cùm per aliam partem edicti actio quæ amiſſa fuerat in integrum reſtitui poteſt non competit actio de dolo, vt in §. huius princ. ſcriptum eſt. Ergo nihil intereſt quod ad dandam actionem de dolo verum prioris actionis dies exierit per dolum rei an ſine dolo.

Ratio decidendi. Edictum illud *ex quib. cauſ. maior.* nunquam habet locum quoties interuenit dolus illius aduerſus quem reſtitutio poſtulatur. Alioqui ſuperuacuum & fruſtra propoſitum eſſet hoc edictum, De dolo cui ſcilicet nunquam locus eſt, vt ex eo detur actio de dolo ſi alia competat vel ipſo iure vel ope reſtitutionis vt habet hic §. Semper autem reſtitutioni, locus eſſet, ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa videbitur*, cùm nemo ambigat dolum iuſtam cauſam eſſe indulgendæ reſtitutionis. Et ideo Paulus in *leg. ſed & ad eos 24. ill. tit. ex quib. cauſ. maior.* loquitur de tergiuerſatione & ſolertia non de dolo malo qui à ſolertia multum diſtat, *§. non fuit ſupr. hac leg. & in l. cùm miles 30. vltim. ill. tit.* idem Paulus ait etiamſi quis ſine dolo malo Reipub cauſa abfuerit & vſuceperit lucro eius occurri debere, ſcilicet ex illo edicto, quia nimirum ſi dolo id fecerit, ex edicto de dolo teneretur. Denique nuſquam in eo titulo ſcriptum reperias dari ex eo edicto reſtitutionem aduerſus eum qui dolum malum admiſerit. Adde quod ſcriptum eſt, in *§. proxim.* & in *l. quidam 19. in fin. infr. hoc tit.* Eum qui a ſuo debitore deceptus liberauit ipſum per acceptilationem ſi minor ſit, in integrum reſtitui poſſe nimirum ex edicto de minoribus, ſi maior ſit non poſſe, nempe ex edicto, *Ex quib. cauſis maior.* ſed de dolo agere debere. Hinc verò nec vulgares interpretes ſe expedire poſſunt nec ipſe quoque Cuiacius. Illi Accurſium & Ioannem ſecuti locum hunc intelligunt de actore cuius negligentia dies exierit, cùm è contrario Vlpianus dolo rei conuenti hoc ipſum adſcribat. Hic verò putat ex illo titul. *Quibus ex cauſis maior.* non aduerſus alium dari reſtitutionem quàm aduerſus eum qui ſecum agendi poteſtatem non facit, id eſt, inquit ille, qui facit omnino ne ſecum agi poſſit. Quod ſanè falſum eſt vt conſtat, ex *dict. l. ſed & ad eos*, vbi Paulus monet edictum illud ad eos quoque pertinere qui conuenti fruſtrantur vel qualibet tergiuerſatione & ſolertia efficiunt ne cum iis agi poſſit. Noſtram verò ſententiam illud valde confirmat quod poſt propoſitas prioribus edicti partibus ſpeciales cauſas indulgendæ per prætorem reſtitutionis fruſtra prætor ex iiſdem cauſis generalem clauſulam ſubiecíſſet quæ nullomodo fuit neceſſaria niſi ad eos caſus comprehendendos ad quos ſpeciales clauſulæ porrigi non potuiſſent. Solet etiam huic loco obiici quod ſcriptum eſt, in *leg. Antæus ait 14. de Aqu. & aqu. pluu. arc.* Anno præterito intra quem in illius leg. ſpecie agi potuit aut actione prætoria. Quod iudicij mutandi cauſa ſecundùm Cuiacij ſententiam & emendationem, aut interdicto quod vi aut clam quomodo habet vulgata lectio, dandum eſſe iudicium de dolo. Nam ſi ita eſt, ergo non impeditur actio de dolo, ex eo quod alia actio aliquando competierit ſi ea hodie finita ſit. Nec enim hac parte quidquam refert an actio competierit an interdictum, vt dixi ad *§. aut prætor. 4.* Sed facilis reſponſio eſt ex hac lege illam intelligendam eſſe vt ita demum actio de dolo detur ſi alterius actionis tempus præterierit dolo aduerſarij. Alioquin eſſet ipſa quoque anno finita.

7 ¶ Si quis, cùm actionem ciuilem haberet, vel honorariam in ſtipulatum deductam, acceptilationem, vel alio modo ſuſtulerit: de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: niſi in admittenda actione dolum malum paſſus eſt.

Ad §. Si quis. 7.

Ratio dubitandi. Acceptilatio quæ actionem veterem tollit deductam in Aquilianam ſtipulationem, non ideo tamen tollit dolum qui actioni cauſam dederat. Nec enim ſermone vllo quantumuis generali dolus vnquam remiſſus intelligitur, *l. Aurelio 20. de lib. leg.* Atqui dolus non debet manere impunitus ne doloſus ex delicto ſuo lucretur. Ergo etiam poſt acceptilationem dicendum actionem de dolo ſupereſſe. Nec enim per acceptilationem tolli potuit cùm eo tempore nondum competeret ſubſiſtente ſcilicet alia actione quæ nondum fuerat perempta.

R. dec. Imputare ſibi debet actor qui aliam actionem habuit cur aliam per acceptilationem ſuſtulerit. Ideóque nec damnum vllum ſentire videtur ex ſupradictis regul. *l. quod quis 203. de Regulis iuris*, Conſequenter nihil eius intereſt. Ergo nec poteſt habere actionem de dolo quæ non datur niſi ad id quod intereſt agentis, *leg. arbitrio 18. in fin.* Non tam enim contra doloſos comparata eſt hæc actio vt eorum dolus puniretur, quàm pro iis qui dolum paſſi eſſent vt eorum indemnitati conſuleretur. Alioqui dicendum eſſet omni caſu quo dolus alicuius probaretur competituram actionem de dolo, quod falſum eſſe conſtat vtique tam ex iis quæ huc uſque ad hanc legem ſcripſimus, quàm ex ſequentibus.

a *Vel*

a *Vel alio modo.* Varij enim ſunt modi vt contrahendæ ita & diſſoluendæ obligationis præter acceptilationem, quę non niſi ad vnam ſpeciem obligationis eius ſcilicet quæ verbis contracta ſit diſſoluendam apta eſt, *l. an inutilis 8. §. acceptum fieri de accept.* Exemplum accommodatum affert Accurſius de pacto, quoties prior actio talis fuit quæ pacto quoque perimi ipſe iure potuerit, cuiuſmodi eſt actio furti, idémque iniuriarum, *leg. ſi tibi 17. §. quædam, l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſupr. de pact.* Sed malè idem Accurſius pactum hoc nudum vocat quod eſt legitimum, id eſt, *l. 12 tab.* auctoritate veſtitum, vt eo loco explicauimus. Addit aliud exemplum de obligatione litteris contracta quæ contrariis litteris tolli poteſt, *l. nihil tam natur. 35 de reg. iur. l. prout 80. de ſolut.* Poſſis & ſimilia exempla afferre de alia qualibet actione competente ex obligatione quæ ſolo conſenſu contracta ſit. Nam & ea contrario conſenſu ſimiliter ipſo iure tollitur nec minùs poteſt in eam rem nudus conſenſus quàm ſolemnis acceptilatio, *l. ſi mulier. 21. §. ſi metu coactus ſim ſupr. tit. prox.*

b *Niſi & in amittenda.* Idem in *l. 4. & in l. ſub prætextu 19. C. de tranſact.*

Ratio dubitandi. Actiones quæ per calliditatem aduerſarij finitæ ſunt, reſtituuntur ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa videbitur*, edictis quibus ex cauſis maior. Ergo etiamſi in amittenda actione dolum malum actor paſſus ſit, non poteſt ea res inducere actionem de dolo, cui ſcilicet nunquam locus eſt quoties actio amiſſa reſtitui quoquomodo poteſt, *l. prox. præced. ſupr.*

Ratio dec. Edictum illud non habet locum aduerſus doloſos, vt dixi ad *§. præced.* Hoc enim malo quàm quod Cuiacius poſt Accurſij edictum illud loqui de actionibus finitis tempore, non de finitis acceptilatione, aliáve ratione. Quæ diſtinctio planè commentitia eſt, pugnátque cum *d. §. præced.* vbi idipſum ſcribitur de obligatione finita tempore quod in hoc §. de actione ſublata per obligatoriam acceptilationē. Nec animaduertit vir doctiſſimus ſe hac reſponſione redire ad eam Accurſij & Ioannis opinionem, quam ad §. præcedentem improbauerat. Ratio autem diuerſitatis quam affert Accurſius, leuiſſima eſt. Quòd, inquit, voluntas creditoris interueniat in acceptilatione, non etiam in præſcriptione. Nam in præſcriptione interuenit ſaltem tacita. Siquidem temporales actiones vix vllæ ſunt, quarum tempus non ſit vtile. Quod autem vtile eſt nunquam cedit ignoranti, *l. cum ſex. 55 de ædilitio edicto.* Et ideo dicimus imputari poſſe actori cur actionis diem præterire paſſus ſit, *§. prox. ſupr.* quod tamen ſanus nemo ignoranti imputabit.

c *In amittenda actione.* Id eſt, acceptilatione ipſa interponenda, per quam actio perimititur. Ergo ſi poſt amiſſam actionem dolum paſſus ſit, putà quòd is per actionem liberatus fuerat, fidem eius quod promiſerat, præſtare nolit, adeóque dolo malo, non ob id tamen de dolo agetur, ſed vel condictione non pecuniæ, vt malè vult Cuiacius, ſed liberationis quæ per acceptilationem contigit, ex *l. ſi quis accepto 4. de condictione cauſa data*, vel præſcriptis verbis, ex *leg. ob eam cauſam 9. de præſcript. verb.* In eóque conuenit mihi cum Accurſio & Cuiacio.

8 ¶ Non ſolùm autem, ſi aduerſus eum ſit alia actio, aduerſus quem dolo quæritur.

2. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

VEl ab eo res ſeruari poterit.

3. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NOn habet hoc edictum locum, verum etiam ſi aduerſus alium.

4. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

SIc actio: vel ſi ab alio res mihi ſeruari poteſt.

Ad §. vlt. Non ſolùm cum trib. leg. ſeq.

Ratio dubitandi. Iniquum eſt impunitum eſſe doloſo ſuum dolum ob id tantùm quòd alius qui nec fortè dolum commiſit aliqua actione teneri poſſit, ne alioqui eueniat vt damnum vnius ſit lucrum & præmium alienos, vt in *l. ſi ſequens 25. ad Senatuſc. Sylan.* Ergo quamuis aliqua actio ſit aduerſus alium quàm eum de cuius dolo quæritur, aut quamuis aliter res ab alio ſeruari poſſit, dicendum eſt actionem de dolo nihilominus contra doloſum dandam eſſe.

Ratio dec. Verba edicti ſunt impersonalia & infinita, *ſi alia actio non erit, §. 1. ſupr.* Ergo impersonaliter & indefinitè intelligenda ſunt, ſiue aduerſus doloſum ipſum ſiue aduerſus alium quemlibet. Et verò cum hæc actio non ſit comparata niſi ex neceſſitate & in ſubſidiū, ne is qui dolum paſſus eſt, moretur in dãno ob idque nec niſi ad id quod agentis intereſt detur, vt toties diximus, conſequens eſt vt neque competat cùm non eſt neceſſaria, neque neceſſaria ſit cùm alia ratione & actione ſeruari actor indemnis poteſt. Planè, vt bene Accurſ. notat, non ob id actio de dolo contra vnum competens tollitur quod eadem actione alius teneatur. Alioqui neque hic neque ille teneretur, cùm tamen teneri omnes oporteat quouſque vnus ex iis ſatisfecerit, *l. ſi plures 18. infr. h. t.*

5. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

IDeóque ſi quis pupillus à Titio, tutore auctore concludente circumſcriptus ſit: non debere eum de dolo actionem aduerſus Titium habere, cùm habeat tutelæ actionem per quam conſequatur, quod ſua interſit. Planè ſi tutor ſoluendo non ſit dicendum erit de dolo actionem dari ei.

Ad l. Ideóque. 5.

Ratio dubitandi. Actio de dolo poteſt concurrere cum alia famoſa vt oſtendimus ad *l. item ſi cum 14. §. cum quis met. ſup. tit. 1. ex l. 1. C. de dolo*, contra quàm Accurſ. hoc loco ſentiat. Atqui actio tutelæ eſt æque famoſa ſaltem quoties datur ex doli cauſa quomodo in propoſita ſpecie. Tractat enim Vlpianus caſum illum quo colluſio interceſſerit inter Titium & tutorem, colluſio autem ſine dolo nulla eſt, *tot. tit. de colluſ. deteg.* Ergo quod minor circumſcriptus colluſione Titij & tutoris poſſit agere tutelæ aduerſus tutorem, non ob id minus poterit agere de dolo contra Titium.

Ratio decid. Cùm alia actio æquè famoſa competit poteſt quidem iudicium de dolo exerceri, ſed contra eum ipſum contra quem alia actio æquè famoſa datur

poſſet vt in caſo. *d.l.1.C.de dol.& d.§.eum qui metum.* In propoſito autem actio tutelæ non contra Titium competere poteſt, ſed contra tutorem. Mirum igitur non eſt per eam tutelæ actionem impediri actionem de dolo, nec contra Titium exerceri poſſe. Itaque non eſt bonum argumentum quod Accurſius ex hoc loco contra noſtram deducit ſententiam.

a *Plane ſi tutor ſoluendo non ſit.* Rat.dub. cùm tutor ſoluendo non eſt reſtitui actio contra Titium poteſt quando, & eo caſu quo tutor ſoluendo eſſet nihilominus reſtitui minor aduerſus Titium poſſet perinde ac ſi tutoris auctoritas nulla interueniſſet, *l.1.& 2.C.ſi tut.vel cur. intern.* Atqui cùm aliqua actio reſtitui poteſt ex edicto non eſt locus actioni de dolo, *l.1.& 2.* idem Pomponius refert *ſupr.eod.* Ergo non magis hîc quàm ſuperiore caſu actio de dolo contra Titium danda erit.

Ratio decidendi. Sunt quidam caſus qui non capiunt reſtitutionem vt puta aduerſus libertatem, *leg. ſi ex cauſa 9. §.fin. ſupra, tit. 1. leg. vltim. Cod. ſi aduerſ. libert.* Sicut & ſunt quædam perſonæ contra quas non poteſt impetrari facilè reſtitutio, *leg. vltim. C. qui & aduerſ. quos.* Et ad hos caſus reſtringendum eſt quod hîc ſcribitur, vt Cuiac. putat. Sufficit enim caſum aliquem eſſe quo poſſit locum habere hæc Vlpiani ſententia ne fruſtra hic poſita videatur, *l. ſi cum 15. alias l. ſi vſusfruct. § denique inf. de vſufr. ll.* Vigere tamen adhuc qui poſſit cum Cuiac. ſubſidiariam actionem competere in magiſtratum qui tutorem minus idoneum dedit ex *tot. tit. De magiſtr. conuen.* Atqui quoties alia actio competit actionem de dolo non competere, *d.l.1.§. ſupr.* Actionem porro eam quoque dici quæ ſubſidiaria ſit. Ergo nec ſi tutor ſoluendo non ſit de dolo tamen actionem poſſe competere contra Titium quandiu aduerſus magiſtratum ſubſidiaria exerceri poteſt. Sed reſpondebo cum eodem Cuiacio poſt græcos interpretes locum hunc intelligendum eſſe de tutore vel teſtamentario vel ex inquiſitione dato qui etiamſi ſoluendo non ſit, non eo magis tamen magiſtratus tenetur quia neque teſtamentarius tutor neque is qui ex inquiſitione datus fuit cogitur ſatiſdare, *tot. tit. de ſatiſd. tutor. ar. ſtit.*

b *De dolo actionem.* Accurſius intelligit de actione in factum nomine doli, ex *leg. non debet 12. infra*, quod non probo. Nam actio in factum ſubſidiaria non excludit actionem de dolo, cùm nihil aliud ea ipſa ſit quàm actio de dolo verbis temperata, id eſt, in qua non doli, ſed bonæ fidei mentio fiat vt ſcriptum eſt, in *d. l. non debet & ſeq.* Denique nemo ex iis qui de dolo agere poſſunt actione iſta in factum vti prohibetur ſi honeſtius cum aduerſario congredi velit & contingere vt loquitur Cuiac. ad *d.l. 1.*

6. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

NAm is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam aduerſarij manus actio eſt.

Ad l. Nam is nullam. 6.

Ratio dubitandi. Multùm differt actio ab exactione. Actio enim iuris eſt, exactio autem facti. Actio eſt cauſa exactionis, exactio verò effectus actionis. Denique exactionem impedit inopia debitoris condemnati non etiam actionem. Vnde eſt quod is quoque qui bonis ceſſit licèt ad ſolutionem vrgeri non poſſit adhuc tamen obligatus manet nec niſi exceptione tueri ſe poteſt ſi conueniatur. Idémque eſt de iis qui non ſupra quàm poſſint tenentur, *§. vltim. inſtit. de replicat.* Et apertius exemplum eſt quod ponit Accurſius de nomine vendito qualequale eſt, id eſt, ſiue idoneum ſit ſiue non, *l. antep. §. vlt. de euict. l. ſi nom. 4. & ſeqq. de her. vel act. vend.* Ergo quãuis ob inopiam aduerſarij inanis actio futura ſit, non eo minus tamen verum eſt actionẽ aliquam competere atque ita deficere edicti conditionem illam ſub qua prætor hanc actionem propoſuit *ſi alia actio non erit.*

Ratio decidendi. Verba cum effectu ſunt accipienda non ſolum in hoc edicto, ſed in aliis ferè omnibus, *l. 1. §. 1. quod quiſque iur. l. per. ne quis eum qui in ius voc. cum ſimil.* Effectu autem nulla actio eſt ex qua non poſſit ſequi exactio cùm in exactione conſiſtat commodum & emolumentum totum actionis. Quanquam interdum prætor non tam emolumentum quàm ius ipſum exactionis intuetur, ſcilicet, cùm dat actionem in pœnam vt in ſpecie, *l. vltim. §. vltim. quæ in fraud. cred.* Malè tamen hîc Accurſius tractat de exceptione paupertatis. Actori enim nocet paupertas debitoris, non per exceptionem, ſed per priuationem, quia facit ne quidquam ſit vnde ſolutio extorqueri poſſit.

7. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

ET eleganter Pomp. hæc verba, *ſi alia actio non ſit*, ſic excipit, quaſi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, ſalua eſſe non poterit. ¶ Nec videtur huic ſententiæ aduerſari, quod Iul. lib. 4. ſcribit, ſi minor annis viginti quinque conſilio ſerui circumſcriptus: eum vendidit cum peculio, emptórque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem b. (Hoc enim ſic accipimus: carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non poſſit) aut nullam eſſe venditionem d, ſi in hoc ipſo vt venderet, circumſcriptus eſt. & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem: nam aduerſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.

Ad l. Et eleganter. 7.

a *Quaſi res alio modo.* Rat.dub. Non dixit prætor ſi alio modo ei ad quem ea res pertinet ſalua eſſe non poſſit, ſed *ſi alia actio nulla ſit, l.1.§.1. ſupr.* quæ formula longè ſtrictior eſt. Latius enim patet auxilij cuiuſlibet quàm actionis nomen & poteſtas, omnis actio auxilium eſt quo perſequimur in iudicio quod nobis debetur. Sed non viciſſim omne auxilium etiam actio eſt. Ergo Pomp. ad edictum interpretatio quam hîc tantopere laudat Vlp. non conuenit verbis edicti, vt nec illa quam idem Vlp refert & refellit, in *l. 1. §. quod autem.* de aleator.

Ratio decidendi. Intellectus dictorum ſemper ſumendus eſt ex cauſis dicendi, *c. intellectus, de reg. iur. in 6.* non tam igitur reſpiciendum eſt quid prætor dixerit quàm quid ſenſerit & quam cauſam ſic edicendi habuerit. Cauſa verò propter quam prætor non aliter propoſitam voluit actionem de dolo quàm ſub illa conditione ſi actio nulla eſſet non alia fuit, quàm quod non putauerit ad famoſam actionẽ vnquam deſcendendum eſſe niſi cùm alij remedio locus eſſe non poteſt, vt ait *l. pen. ſupr. de in integr. reſtit.* Actionem igitur pro remedio quolibet intellexit, cùm eadem hac parte ſit poteſtas remedij alterius cuiuſlibet quæ actionis, *l. cùm à te 16. infr. eod.*

b *Dandam in manumiſſum de dolo actionem.* R.dub. Cùm minor annis 25. circumſcriptus eſt vt ſeruum venderet cum peculio poteſt venditori ſufficere actio ab empto quæ bonæ fidei eſt. Siquidem bonæ fidei iudiciis non tantùm exceptiones doli inſunt, ſed etiam actio de dolo. Ergo non eſt hoc caſu neceſſaria actio de dolo.

Ratio decidendi. Sententia Iuliani intelligenda eſt de illo caſu quo nullus emptoris dolus interuenerit, vt proinde propter dolum teneri ex vendito non poſſit, aut de illo quo dolus quidem emptoris interuenerit, ſed in hoc ipſo vt circumſcriptus minor venderet ſeruum quem

alioqui

alioqui vendere noluiſſet. Quo etiam caſu cùm venditio ipſo iure nulla ſit, quia dolus dedit cauſam contractui non poteſt actioni ex empto locus eſſe. His ergo duobus caſibus neceſſaria eſt actio de dolo quæ priore caſu exercenda eſt contra manumiſſum, cuius ſolius conſilio minor circumſcriptus proponitur: poſteriore verò contra emptorem ſi in dolo ipſe fuerit, nec tamen venditio ipſo iure vlla ſit. Quod ſi ponas hoc quoque poſteriore caſu dolo carere emptorem, vt in priore, dicam vtroque caſu dandam in manumiſſum actionem de dolo non ad reuocandam libertatem, quod fieri nullomodo poteſt, ſed ad id quod intereſt minoris, vt indemnitas ei præſtetur. At hic ruſus alia incurrit dubitandi ratio, quod actio de dolo ceſſet, quoties ei qui deceptus fuit ſuccurri poteſt per in integrum reſtitutionem, *leg.1. §. idem Pomponius refert ſuprà eodem.* Atqui in propoſito videbatur locus eſſe reſtitutioni, cùm is qui circumſcriptus fuerat minor proponeretur. Reſtituit enim prætor minorem circumſcriptum, alioqui quomodo læſum ſi quid minor ipſe geſſerit quod ei damnoſum ſit, *l.1. l. ait prætor 7. in princ. & paſſ. infr. tit. 1.* ſed ratio decidendi eſt quod contra manumiſſum, id eſt, contra libertatem reſtitutio in integrum nulla poteſt locum habere, quia nec res ipſa capit reſtitutionem, *leg. vlt. C. ſi aduerſ. libert. l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. infr. tit. prox.* Inſtabis fortaſſe nec de dolo contra manumiſſum agi poſſe, cùm ex iis quæ in ſeruitute geſſit non teneatur poſt manumiſſionem, *tot. tit. C. an ſeru. ex ſuo fact. poſt manum. ten. l. 1. C. de noxal. act.* ſed reſpondendum eſt cum Accurſio non habere id locum in eo ſerui facto per quod aut propter quod libertatem fuerit conſecutus, ex *l. promiſſa Cod. an ſeru. ex ſuo fact. poſt man.* & ne alioqui impunè ferat quod dolo malo libertatem ſit conſecutus, iung. *l. verna 11. in princ. infr. tit. prox.*

c *Vt ex empto teneri non poſſit.* Rectè Accurſius *ex empto,* id eſt, ex vendito. Quæ enim venditori contra emptorem competit actio ex vendito eſt, ex empto autẽ quæ emptori contra venditorem. Sed his verbis promiſcuè veteres vtebantur, *l. veteres 20. infr. de act. empt.*

d *Nullam eſſe venditionem.* Ratio dubitandi. Dolo extorta venditio reſcindi debet, *l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Atqui non poteſt reſcindi venditio quæ ipſo iure non tenet, quia quod nullum eſt, neque rumpi neque reſcindi poteſt, *l. nam etſi 5. circa princ. de inoff. rupt. & irrit.* Ergo quòd venditio extorta ſit dolo malo ab eo qui in hoc ipſo circumſcriptus fuit vt venderet nullam venditionem facere non poteſt.

R. dec. Venditio ipſo iure nulla eſt, cui dolus cauſam dedit, quoties ſtetit illa in puris finibus conuentionis & venditionis. Sed ſi traditio ſecuta ſit, incipit habere vires non quod traditio vlla poſſit transferre dominium, quã titulus venditionis aut alius non præcedit, *leg. vnquam nuda 30. de acq. rer. dom.* ſed quia quod conſtitutum eſt fauore venditoris, qui in hoc ipſo quod venderet circumſcriptus fuit, vt venditio nulla ſit ipſo iure, non debet ei nocere ſi venditionem ipſo iure ſtare malit (ne quod ipſius fauore conſtitutum eſt contra eum retorqueatur) quomodo manifeſtè vtique qui ex eiuſmodi venditione rem tradit, quaſi venditam pretiũ.nque accipit quorum neutrum vtique faceret, nec facere poſſet ſi venditionem ipſo iure ſtare nollet: nec quod dolum ignorans tradidit ad rem facit. Nam ſufficit vt putet venditionem valere & ſe obligatum eſſe ad rem tradendam, vt condictio impediatur, arg. *leg. cùm putarem 36. verſ. ſed quanuis infr. fam. erciſc.* Maximè cùm pretium accipit ab emptore, vt proinde non poſſit dici rem venditam eſſe penes emptorem ſine cauſa: non quia ex contractu nullo poſſit transferri dominium [vt malè putat Accurſ. verius eſt enim quod Cuiac. non transferri in eo quic differre à poſſeſſione, *leg. 7. §. ſi vir vxori de acq. poſſ.*] ſed quia poteſtas illa eſt traditionis quæ fit à domino, & ex titulo per ſe habili in genere ad transferendum dominium, licèt in ſpecie nullus ſit non ob aliquam legis prohibitionem, [illa enim etiam traditioni reſiſteret, vt euenit in donatione facta inter virum & vxorem] ſed ob priuatam aliquam rationem, putà doli ab aduerſario interpoſiti: quam ſola tradentis voluntas vincere poteſt. Sed non ideo impeditur reſtitutio ex hoc capite edicti de dolo: quia traditio ſecuta ex cauſa venditionis, licèt nullitatem venditionis tegat, dolum tamen emptoris non purgat, cui nihil tam contrarium eſt quàm bona fides quæ in contractu venditionis, vt & in ceteris omnibus qui bonæ fidei ſunt, maximè dominatur, *dict. l. ſi dolo.* Præſertim verò ſi ponas ipſo quoque traditionis tempore ignotum venditori fuiſſe dolum emptoris. Nam nec dolus eſſet qui occultus non eſſet, cùm volenti & ſcienti dolus non inferatur, *l. nemo videtur. 145. de reg. iur.* In quo notanda eſt elegans differentia inter dolum & metum. Dolus enim eſt in perſona eius qui infert, metus verò in perſona eius cui infertur. Vnde etiam eſt quod is qui vim aut metum paſſus fuit in venditione, ſi poſtea ceſſante metu rem tradat, aut quod promiſit ſoluat non ſit reſtituendus, quaſi purgauerit prioris conuentionis vitium ex nouo contractu, *l. 2. C. quod met. cauſ.* Secus in eo eſt qui dolo emptoris circumſcriptus eſt, vt rem venderet, & ſubinde rem tradidit. Nec enim neceſſe eſt vt in tradendo quoque dolum paſſus ſit vt non videatur alioqui priorem dolum poſteriore conſenſu purgaſſe; ſiquidem verecundum eſt vt vidatur purgaſſe dolum quem ignorauit. Et ita nodum hunc diſſoluendum arbitror; non quo modo Accurſius, ex cuius gloſſa conſtat non potuiſſe illum hinc ſe expedire. Nec tutum quomodo Cuiacius, qui quod ſcriptum eſt, in *dict. l. ſi dolo,* extortam dolo malo venditionem reſcindi debere, ſic intelligendum putat vt quæ data & tradita ſunt, reuocentur vendicatione & condictione ſine cauſa, quod ſanè falſum eſt. Nam ſi aut vindicatio aut condictio ſine cauſa poſſet competere, non eſſet danda actio de dolo ad reſcindendam venditionem, cùm alio remedio poſſet actori eſſe conſultum. Nec vnquam datur vindicatio niſi poſt reſciſſionem, *l. in cauſa 13. §. interd. de minor.* Condictio autem multò minùs, dices, ad quid ergo prodeſt contractum eſſe ipſo iure nullum? Ad hoc, inquam, vt qui vendidit & deceptus fuit, in hoc ipſo vt venderet, non cogatur rem tradere ſi dolum detegat ante traditionem, ad quam tamen alioqui cogi poſſet, *l. 1. l. ex empto 11. & paſſ. de act. empt.* Item ad hoc vt ex huiuſmodi venditione actio competere nulla vnquam poſſit, vt probat omnium optimè hic locus, in quo tractat Vlp. de venditione, cui dolus cauſam dederit, & ex qua traditio ſecuta ſit ſerui venditi, qui poſtea fuerit ab emptore manumiſſus. Neque tamen eo minus negat emptorem teneri poſſe actione ex empto, quamuis non neget tranſlatum fuiſſe dominium ſerui in emptorem. Alioqui quomodo libertatem & quidem irreuocabilem ex manumiſſione conſequi potuiſſet ſeruus qui à non domino manumiſſus fuiſſet? Neceſſaria igitur eſt actio de dolo, nec ſolum in hoc caſu, in quo non poteſt libertas quæ ſemel competiit, reuocari, ſed etſi de fundo vendito ageretur, ſcilicet ad reſcindendam venditionem, quæ quantumuis nulla ab initio fuerit, ſuum tamen ex traditione ſecuta ſumpſit effectum, & conſequenter ad reſcindendam traditionem. Nam etſi venditio ab initio tenuiſſet, ſecuta tamen ex vtraque parte implemento nulla, ſiue ex empto, ſiue ex vendito actio ſuperfuiſſet, cuius poteſtate dolus vindicari potuiſſet. Ergo etiam illo caſu neceſſaria actio de dolo fuiſſet. Scripſi in *decad. 8. & 9. de error. pragmat.* Solet etiam huic loco obiici quod ab eodem Vlp. noſtro ſcriptum eſt, in *l. ſi res æſtimata 12. §. de iur. dot.* quaſi in ea ſpecie circumſcripta fuerit mulier in hoc ipſo quod dotem dederit, cùm tamen ei lex permittat vt de dote agat. Sed verba legis oſtendunt non in eo fuiſſe circumſcri-

ptam mulierem, quod dotem, ſed quod ſeruum in dotem dediſſet, quæ res non poteſt facere contractum ipſo iure nullum, licet in contractu ipſo non in traditione tantum, vt vult Cuiacius, dolus interuenerit. Et ſanè vix eſt vt vlla vnquam mulier hoc ipſo circumſcribatur vt dotem det, niſi fortè volebat nubere indotata. Quanquam etſi in eo quoque dolum paſſa fuiſſet mulier, quod dotem dediſſet, attamen ſecuta poſtmodum traditione, vt diximus, receſſum fuiſſet à iure dicendi contractum nullum. Neque tamen ideo actio de dolo mulieri neceſſaria fuiſſet ſufficiente iudicio de dote: quia in eo differt actio de dote ab actionibus empti & venditi, aliiſque ſimilibus, quod quamuis omnes ſint bonæ fidei, illæ tamen tolluntur & finiuntur impleto ex vtraque parte contractu: At actio de dote quæ mulieri competit, naſcitur ex ipſo implemento. Non enim aliter poteſt mulier ſoluto matrimonio de dote agere, quàm ſi probet dotem à ſe traditam ſecutúmque matrimonium, quod poſtea fuerit diſſolutum. Dotem enim traditio & numeratio, non conuentio & ſcriptura facit, *l. 7. Cod. de dot. caut. non numer.* Adde quod actio de dote contra maritum datur, contra quem actio de dolo dari nunquam poteſt propter venerationem perſonarum. Obiicitur denique huic legi quod M. Tull. *lib. 3. de offic.* ſcribit de Cannio, qui in hoc ipſo circumſcriptus fuerat à Pythio vt hortos emeret. Cuiacius reſpondet fuiſſe deductum omne negotium in nominum obligationem, quæ ſtricta obligatio eſt. Sed ego quæro, quomodo potuit in nominum obligationem deduci emptio quæ non tenebat. Dicendum igitur eſt, vt in præcedentibus, ſecutam fuiſſe traditionem quæ venditionis nullitatem purgauerat, & ideo neceſſariam fuiſſe Cannio actionem de dolo, tametſi negotium in obligationem nominum deductum non fuiſſe probaretur. Non poſſum autem, non mirari, quòd hîc Cuiacius ſcribit, ſi ob eam cauſam venditio nulla ſit quod dolo emptoris circumſcriptus venditor ſeruum vendiderit nullam eſſe manumiſſionem quaſi à non domino factam, proinde ſeruum à venditore ipſo tanquam domino vindicari poſſe, & idcirco caſum hunc ab Vlpiano & Iuliano hîc non tractari, ſed illum quo venditio valeat, putà emptore, ſeruum emente bona fide ab eo quem ſeruus in id compulerat dolo malo. Repugnant enim quàm euidenter illa Vlpiani verba: *Hoc enim ſic accipimus carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non poſſit, aut nullam eſſe venditionem ſi in hoc ipſo vt venderet circumſcriptus fuit.* Quorum hîc proculdubio ſenſus eſt in ea ſpecie in qua Iulianus ſcripſit dandam in manumiſſum de dolo actionem, neceſſario ponendum eſſe, aut carere dolo emptorem, vt ex empto contracum agi non poſſit, aut ſi ipſius quoque dolus interceſſerit, talem dolum accipiendum eſſe qui dederit cauſam contractui nullamque venditionem fecerit, quo caſu non poteſt ſententiæ Iuliani locus eſſe. Non quia vt Cuiacius exiſtimat, ſeruus hoc caſu non ſit conſecutus libertatem, poſsitque à domino vindicari, [ſequitur enim, Aduerſus libertatem manumiſſo datam nihil poſſe decerni ne quidem per in integrum reſtitutionem, quod certè ad vtrumque caſum præcedentem, maximè verò ad proximiorem referendum eſt] ſed quia cùm venditio ab initio nulla fuerit, non magis poteſt ex ea dari actio venditi contra emptorem quantumuis doloſum, quam ſi venditio quidem valuiſſet, ſed dolus emptoris nullus interueniſſet. Rurſum cur ob id minùs nulla erit venditio quòd emptoris dolus nullus interuenerit, ſi ſolius ſerui dolo malo in hoc circumſcriptus ſit minor vt venderet? Et tamen hoc quoque caſu non dubitat Vlpianus quin manumiſſo libertas competat, & quidem contra quam nulla dari poſſit reſtitutio. Quod igitur nulla eſt venditio, non facit nullam manumiſſionem ab emptore poſtea factam. Denique duo caſus ſunt in quibus actio ex vendito locum habere contra emptorem non poteſt ob dolum qui in venditione interuenerit. Primus eſt, ſi emptoris dolus nullus interuenerit quamuis emptio ab initio tenuerit. Alter huic contrarius ſi dolus quidem emptoris interuenerit, ſed talis qui venditioni cauſam dederit, eámque nullam fecerit. Nam nec hoc caſu actio ex vendito dari poteſt ad indemnitatem actori præſtandam, non magis quàm vindicatio ſerui, quem dubitandum non eſt cùm & à venditore traditum ſit & ab emptore manumiſſus, pleniſſimam & irreuocabilem libertatem conſecutum fuiſſe, & ob eam cauſam ſolùm actionis de dolo auxilium ei contra manumiſſum ſupereſſe. Ponimus enim vtroque caſu fuiſſe illum in dolo, ſed poſteriore participatum fuiſſe ab emptore dolum, priore non item. Alioqui in emptorem danda eſſet actio de dolo non in manumiſſum. Ergo quod ſequitur, *ſi in hoc ipſo vt venderet circũſcriptus eſt*, intellige ſiue ab ipſo quoque emptore dolum ſerui participante circumſcriptus ſit, ſiue à ſeruo tantùm. Vtroque enim caſu æquè verum eſt dolum dediſſe cauſam contractui. Nec iniquum eſt emptori nocere dolum ſerui, qui ipſe fuit venditus, ex cuius dolo alioqui emptor lucraretur. Nec rurſus poteſt dari reſtitutio contra emptorem non magis, quàm contra manumiſſum, quia non eſt in poteſtate emptoris vt omnia reſtituat in priſtinum ſtatum, cùm datam ſeruo libertatem multò minus reuocare poſſit quando particeps doli fuit. Denique res ipſa, vt dixi, reſtitutionem non capit. Hinc verò etiam, nec Accurſius, nec cæteri ſe extricare poſſunt.

1 ¶ Secundùm quæ, & ſi pœnali actione indemnitati eius [a] conſuli poſſit, dicendum erit ceſſare de dolo actionem.

Ad §. 1. Secundum quæ.

Ratio dubitandi. Pœnalis actio eſt odioſa, omnes enim pœnæ ſunt odioſæ, *l. pen. de pœn.* nec dicuntur pœnales actiones, niſi ad differentiam earum quæ ſunt rei perſecutoriæ: quæ ſemper ſunt fauorabiliores, *l. in honorariis. § 5. de obl. & act.* Atqui actio de dolo eſt rei perſecutoria, *l. 19. infr. eod.* Ergo actionem de dolo pœnalis actio impedire non debet.

Ratio decidendi. Minus eſt odioſa pœnalis actio ſi modo non ſit famoſa, quàm actio famoſa etiam quæ non ſit pœnalis. Nec enim pœnales omnes ſunt famoſæ, vt neque contrà famoſæ pœnales. Cùm ergo actio de dolo ſit famoſa, mirum non eſt ceſſare illam ſi competat pœnalis, quæ tamen non ſit famoſa. Sic enim hic locus intelligi debet, arg. *l. ſi in duab. 104. de reg. iur.* Itémque de pœnali actione eiuſmodi quæ ſufficiat rei conſeruandæ, id eſt, per quam actor tantum conſequi poſſit, vt compenſando pœnam cum eo quod ſibi abeſt, videat nihil ſibi iam abeſſe.

a *Indemnitati eius.* Ad quem ſcilicet ea res pertinet, vt ſcriptum eſt initio legis. Mutatur enim caſus, vt habet ſecunda interpretatio Accorſij, nec amplius agitur de minore.

2 ¶ Pomponius autem, etiamſi popularis actio ſit, ceſſare de dolo ait actionem.

Ad §. 2. Pomponius autem.

Ratio dubitandi. Non intelligitur eſſe locupletior qui popularem actionem habet, *l. pen. §. 1. de popul. act.* quia non ſuum ſed populi ius tuetur, *l. 1. eod.* idcóque cuilibet de populo competunt populares actiones, nec

cuiuſquam

cuiuſquam propriæ ſunt. Atqui locupletior eſt qui habet actionem de dolo, per quam ſcilicet conſequi poteſt quanti ſua intereſt, ac pleniſſimam ſecuritatum indemnitatem, *l. 1. l. arbitrio* 19. *h. t.* Ergo popularis actio facere non debet, vt ceſſet actio de dolo.

Ratio dec. In actionibus popularibus is demum præfertur cuius intereſt, *l. 3. §. 1. ill. tit.* Ergo locupletior eſt qui actionem popularem ſuo nomine tanquam de re priuata exercere poteſt, *leg. licet* 45. *De procur.* Proinde nil neceſſe eſt, vt pro indemnitate conſequenda quærat actionem de dolo, cùm & quilibet de populo poſſit actionem popularem ſuam & propriam facere litem conteſtando, *leg. pen. §. 1. & leg. vltim. vbi Accurſ. de popul. action.* Diſtingue tamen cum Cuiacio populares actiones ciuiles & pecuniarias à publicis criminibus. Ciuiles & pecuniariæ populares quæ & publicæ dicuntur, quales ſunt illæ, De albo corrupto, De ſepulcro violato, De deiectis vel effuſis, De apertis tabulis ante quæſtionem habitam, de familia, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles excludunt actionem de dolo, criminales publicæ non excludunt, *l. ſi quis affirma. 9. in fin. inf. eod.* Nempe quia populares non ſunt famoſæ, publicæ verò criminales ſunt famoſæ, nimirum ſi deſcendant ex legibus publicorum iudiciorum non aliter, *l. infam. 7. inf. de publ. iudic.*

3 ¶ Non ſolùm autem ſi alia actio non ſit, ſed & ſi dubitetur, in alia ſit, putat Labeo de dolo dandam actionem: & affert talem ſpeciem: Qui ſeruum mihi debebat, vel ex venditione, vel ex ſtipulatu, venenum ei dedit, & ſic eum tradidit [a]: vel fundum, &, dum tradit, impoſuit ei ſeruitutem, vel ædificia diruit, arbores excidit, vel extirpauit: ait Labeo, ſiue cauit de dolo, ſiue non [b] dandam in eum de dolo actionem, quoniam, ſi cauit, dubium eſt [c], an competat ex ſtipulatu actio: ſed eſt verius [d], ſi quidem de dolo cautum eſt [e], ceſſare actionem de dolo, quoniam ex ſtipulatu actio: ſi non eſt cautum [f], in exempto quidem actione ceſſat de dolo actio, quoniam eſt ex empto, in ex ſtipulatu, de dolo actio neceſſaria eſt [g].

Ad §. Non ſolùm. 3.

Ratio dubitandi. Cùm dubitatur quænam actio competat, ſolet agi præſcriptis verbis quæ actio in eam præcipuè rem comparata eſt tam quæ ciuilis quàm quæ honoraria, *leg. 1. leg. ſi gratuitam* 17. *& ſeqq. leg. Titius* 54. *ad fin. & paſſ. de præſcript. verb.* Ergo nihil neceſſe eſt ex hac cauſa dari actionem de dolo, cùm actio præſcriptis verbis ſemper ſit fauorabilior, vel ob id maximè quod nunquam eſt famoſa.

a *Et ſic eum tradidit.* Hoc eſt, poſt venenum datum.

b *Siue cauit de dolo ſiue non cauit.* Itaque non diſtinguebat Labeo an de dolo cautum eſſet necne ſicuti, nec an de actione ex empto, aut ex vendito, an de actione ex ſtipulatu tractaretur. Proinde dupliciter errabat, quia duplex diſtinctio adhibenda fuit, quam mox vtramque adhibet Vlpianus.

c *Quoniam ſi cauit dubium ſit.* Ratio erat Labeonis, ſed mala & parum digna tanto Iureconſulto, cui vix vnquam dubium ius videri debeat: ſi modo factum ſit certum & exploratum: Cùm ſemper ius certum ſit & finitum, *l. 2. de iur. & fact. ign.* Niſi cùm facti quæſtio ipſa dubia eſt, vt *tot. tit. de reb. dub.*

d *Sed eſt verius.* An ergo reprobat Vlpianus propoſitionem Labeonis quæ habet de dolo actionem dandam eſſe, quoties dubitatur an alia actio ſit: An verò exemplum duntaxat quod Labeo afferebat? Mihi videtur Labeonem in omnibus reprobari. Nam ſi in exemplo quod omnium accommodatiſſimum eſſe Labeo putabat, non poteſt eius ſententia locum habere, vbinam gentium habere poterit? Denique vix eſt vt quiſquam dare poſſit caſum in quo dubitetur an actio de dolo habere locum debeat an alia. Nam quod Ioannes afferebat ex *l. ſeruus* 21. *§. vlt. infr. eod.* ad rem non facit, vt ibi dicemus.

e *Siquidem de dolo cautum eſt.* Ratio dubitandi. Formula hæc cautionis, dolum malum abeſſe abfuturùmque eſſe refertur ad principium ſtipulationis, *leg. nouiſſima* 19. *iudic. ſolui.* Hoc eſt, vt Cuiacius explicat, idea caueur. Ab eo tempore quo inchoatur & interponitur ſtipulatio, dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, vt proinde dolus præteritus in ea comprehendi non videatur, quod & probari putat idem Cuiacius ex *leg. infrà, hoc tit.* Atqui in propoſita ſpecie dolus præteritus fuit, quia ponimus cautionem & ſtipulationem non niſi in tradendo interpoſitam fuiſſe, dolum verò ante traditionem interueniſſe. Ergo non poteſt hoc caſu ob dolum dari ex ſtipulatu actio.

Ratio decidendi. Dolus malus qui traditionem præceſſit, poteſt etiam ſtipulationis ſubſecutæ tempore præſens eſſe & durare, ideóque & huiuſmodi ſtipulatione comprehendi. Non enim qui ſtipulatur, in tempore præſenti Dolum malum abeſſe hoc intelligit. Dolum malum antea non fuiſſe, & nunc primum interuenire: ſed illud potius, dolum malum hodie nullum eſſe, ſiue fuerit antea ſiue non. Ergo dolus etiam præteritus qui modo præſens quoque ſit non origine, ſed duratione huiuſmodi ſtipulatione continebitur. Dolus ſanè præteritus & qui iam præteriiſſet non contineretur. His enim verbis *dolum malum abeſſe abfuturúmque eſſe* præſens tantum & futurum, non etiam præteritum tempus ſignificatur, nec obſtat, *dict. leg. penultim.* Quia quod ibi dicitur promiſſorem qui ſatiſdederat iudicatum ſolui etiamſi abſolutus ſit de dolo, tamen malo teneri non ſic accipiendum eſt, vt actione de dolo teneatur, vt malè Accurſ. ſed vt ex ſtipulatione ob hanc clauſulam doli mali, ſicuti dicebimus ad illum locum. Porro in propoſita ſpecie dolus malus non tantum præteritus, ſed etiam præſens eſt, cùm ſeruus reddatur deterior, qui dolo malo tradentis deterior factus fuit Proinde cùm non poſſit dubitari quin actio ex ſtipulatione hoc caſu competat, non poteſt dari actio de dolo, *leg. 1. §.* idem & Pomponius, *ſuprà, hoc titul. leg. ita demum* 39. *infra de recept. qui arbit.*

f *Si non eſt cautum.* Hic erat alius error Labeonis quòd putabat. Si de dolo cautum non eſſet, omnimodo dari actionem de dolo. Id enim Vlpianus quidem admittit, ſi homo ex ſtipulatione debeatur, ſed non ſimiliter, ſi ex venditione. Hoc enim poſteriore caſu ſufficere poteſt actio ex vendito ad dolum vindicandum qui incidit in venditionem, ſed non priore, quia actio ex ſtipulatu ſtricta eſt ac proinde talis per quam dolus vindicari non poteſt, niſi cùm doli clauſula in ſtipulatione adiecta fuit. *l. ſi quis affirmauerit* 19. *infr. hoc titul.*

g *De dolo actio neceſſaria eſt.* Ratio dubitandi. Non videtur tradi res quæ deterior traditur, *l. 3. §. ſi reddita, infra, commod. leg. 1. §. ſi res, infrà, depoſ. Mauius* 66. *§. 1. de leg. 2.* Atqui ſi res tradita non eſſet, competeret actio ex ſtipulatu, ad rem tradendam, *leg. 4. de vſur. leg. 3. §. 1. de action. empt. leg. ſi rem tradi.* 28. *de verbor. obligat.* Nec proinde neceſſaria eſſet actio de dolo, *dict. leg. ita demum* 21. *de recept. qui arbit.* Ergo neque erit neceſſaria cùm res deterior fuerit. Traditur enim ſine dubio deterior ſeruus qui venenum hauſit, itémque fundus cui vel ſeruitutes impoſitæ ſunt, vel ædificia detracta, vel arbores excisæ, vel vineæ extirpatæ.

Ratio decidendi. Separanda ſunt hac parte iudicia bonæ fidei à ſtrictis, vt conſtat ex hoc §. In iudiciis bonæ fidei debitor non liberatur qui rem deteriorem reddidit, quominus priſtina actione conueniri poſſit: Non item ſi res ex iudicio ſtricto debebatur: quia ſatisfactum eſt ſtipulationi, quoties is qui promiſerat rem tradi, eam tradidit quamvis deteriorem: ſi modò nihil iuri rei deſit, id eſt. vt bene Cuiac. explicat, ſi nemo alius in ea re ius tale habeat per quod eam auocare poſſit. Alioqui non videtur ſanè tradita res quæ ſic tradita eſt, vt eam habere non liceat inuito altero qui habeat ius auocandi, *leg. habere licere 37. de euict. l. ſtipulatio iſta 38. de verb. oblig.* Et ideo ſupereſt eo caſu actio ex ſtipulatu quantumvis ſtricta ſit, *l. etiam 27. de ſolut. l. Iulian. 31. de verb. oblig.* An ergo cogetur ſtipulator etiam vulneratum & deteriorem ſeruum, qui promiſſus fuerat, accipere? Minimè, *l. qui ſibi 33. §. 1. de ſolut.* Sed ſi acceperit hactenus, ſibi nocet, vt ex ſtipulatu amplius agere non poſſit. Planè de dolo malo agere poterit ſi dolus tradentis interuenit, vt ſcriptum eſt in hoc §.

4 ¶ Si ſeruum vſuarium proprietarius occidit: legis Aquiliæ actioni & ad exhibendum[a], accidit, ſubiacebit, ſi poſſidens proprietarius occidit[b]: ideóque ceſſat de dolo actio.

Ad §. Si ſeruum vſuarium. 4.

Ratio dubitandi. Legis Aquiliæ actio non datur niſi domino & contra eum qui ſeruum alienum quadrupedémve vel pecudem iniuria occiderit, *leg. 2. l. liber homo 13. & paſſ. ad leg. Aquil.* Ergo non poteſt vſuario contra proprietarium.

Ratio decidendi. Non poteſt quidem dari directa quæ ex verbis edicti domino ſoli competit: ſed datur vtilis ex eadem æquitate, quia quod ad vſumfructum vel vſum pertinet, fructuarius vel vſuarius domini loco habetur, cùm eo fruendi vel vtendi ius habeat etiam inuito domino, *l. locum 17. §. fin. de vſuf. l. item Mela. 11. §. fin. & l. ſeq. infr. ad l. Aquil.*

a *Et ad exhibendum.* Ratio dubitandi. Actio ad exhibendum præcipuè comparata eſt ob vindicationes rerum mobilium, *l. 1. infr. ad exhib.* Ergo pro dominis non contra dominos.

Ratio decidendi. Fuit quidem actio ea comparata præcipuè propter vindicationes, ſed non eo minus datur etiam aliis quàm dominis. Omnibus ſcilicet quorum intereſt ex quacunque dummodo honeſta cauſa, *l. 3. §. ſciendum*, & paſſim illo titulo.

b *Si poſſidens proprietarius occidit.* Pertinet hæc adiectio ad id quod proximè dictum eſt de actione ad exhibendum. Non enim ea actione alius tenetur, quàm qui poſſidet, vel dolo malo deſiit poſſidere, quorum poſterius verè dicitur de proprietario, qui poſſidens ſeruum vſuarium, vel proprietarium eum occidit, non etiam ſi eum occiderit quem eo tempore non poſſidebat.

5 ¶ Item ſi ſeruum legatum hæres ante aditam hæreditatem occiderit: quoniam priùs quàm factus ſit legatarij, interemptus eſt, ceſſat legis Aquil. actio. de dolo autem actio quocunque tempore eum occiderit, ceſſat, quia ex teſtamento actio competit[c].

Ad §. Item ſi ſeruum. 5.

Ratio dubitandi. Hæreditas quandocunque adita retro fingitur adita ex die mortis, *leg. hæres quandocunque 49. de acq. hæred. leg. omnia 193. de reg. iur.* Et ideo legatum quoque fingitur ex die mortis teſtatoris fuiſſe legatarij. Vnde eſt quod dici ſolet legatum tranſire recta via à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum hæredis, *lege legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. de furt.* Ergo etiamſi ante aditam hæreditatem ſeruus legatus interemptus ſit, perinde tamen competere debet legatario actio, *leg. Aquiliæ*, ac ſi poſt aditam interemptus eſſet.

Ratio decidendi. Dominium rei legatæ tranſit recta via à teſtatore in legatarium ſola fictione & poteſtate iuris, cui fictioni porro non aliter locus eſſe poteſt, quàm ſi res legata extet eo tempore, quo primum incipit fictio locum habere, id eſt, cùm aditur hæreditas. Eſſe enim debet ſubiectum ſuper quo fictio interponatur, itémque extremum à quo & extremum ad quod fictio recurrat, quorum alterum ſi deſit, fictioni locus eſſe nullus poteſt. Ergo in propoſita ſpecie cùm ſeruus interemptus ſit ante aditam hæreditatem, nec proinde vnquam factus fuerit, legatarij actio, l. Aquiliæ, ei competere non poteſt, quæ non competit niſi domino, vt diximus ad §. *præced.* An ergo danda erit ei in hæredem actio de dolo? Minimè, quia ſufficit actio ex teſtamento, vt ſequitur in hoc §. Malè verò Cuiacius rationem huius §. illam eſſe putat, quod agnitio legati retrotrahatur tantùm ad tempus aditæ hæreditatis, non ad id tempus quod fuit ante aditam hæreditatem. Nam imò verò retrotrahitur ad tempus mortis, nec tantum ſi legatum fuerit purum, ſed etiam quod magis eſt, ſi fuerit in diem adeóque conditionale, *leg. is cui via. 11. §. hæres ſeruit. quemadmodum amit. leg. Titio 34. cum ſeqq. Ad leg. Aquil. leg. ſi fundum ſub conditione 105. de condict. & demonſtr.* Sed etſi admitterem retrotrahi ad tempus aditæ hæreditatis duntaxat, idipſum tamen eſſet quod volo retrotrahi ad tempus mortis, quoniam ipſa etiam hæreditatis aditio ad mortis tempus retrotrahitur, *dicta lege hæres quandocunque.* Ne alioqui continuatio dominij quæ à defuncto in hæredem neceſſario facienda eſt, interrumpatur & impediatur. Atque ita ſoleo conciliare quod Iulianus ſcribit in *leg. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus de legat. 1.* Si legatarius non repulerit legatum ex die aditæ hæreditatis ipſius fuiſſe intelligi, cum eo quod tot aliis locis ſcriptum eſt, legatum ex die mortis acquiri legatario. Etſi enim reuera aliud tempus eſt mortis, aliud verò aditæ hæreditatis, fictio tamen iuris facit vt idem tempus eſſe intelligatur quantum ad ea ſcilicet quæ fictionem iſtam recipere poſſunt. Multò minùs verum eſt quod vult Cuiacius legata deferri ex die aditæ hæreditatis, acquiri verò agnitione. Nam & legata pura quorum dies cedit ex die mortis vtique ex eo tempore deferuntur. Adeo vt poſſet is cui legatum erat per vindicationem occupare legatum non expectato hærede, vt Caius refert in Inſtitut. ſi modò poſtea quandocunque eſſet adita hæreditas ne alioqui legata omnia ſimul cum teſtamento corruerent, *leg. ea quam 14. Cod. de fideicom.* Acquiruntur verò legata vt & fideicōmiſſa etiam ignorantibus, *leg. filius familias 16. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ. leg. cùm pater. 77. §. ſurdo de leg. 2. quamvis non irreuocabiliter.* Agnitio enim legati duplex eſt, reuocabilis vna, quæ fit per ſolam legis poteſtatem, irreuocabilis altera quæ fit per agnitionem, de qua in *l. ei qui 13. de condic. inſtit.* vt alio loco ſcripſi.

c *Quia ex teſtamento actio competit.* Ratio dubitandi. Interitu ſpeciei debitæ citra debitoris moram contingente debitor liberatur, nec minus ſi ex teſtamento, quàm ſi ex ſtipulatione ſpecies debeatur, *leg. ſi ex legati 23. de verb. oblig.* Atqui non poteſt in mora eſſe hæres priuſquam adierit hæreditatem, quàm aditam eſſe neceſſe eſt priuſquam de legati debito aut ſolutione quæri poſſit, *leg. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus de leg. 1.*

Imò

Imò nec ſufficit aditam eſſe hæreditatem ſi non præterea interpellatus ſit hæres, & quidem congruo loco & tempore vt ſolueret, *leg. mora 32. de vſurp. leg. Titia Seio 87. §. vſuras de leg. 2.* Ergo non omnimodo competit actio ex teſtamento, putà ſi hæres inſtitutus ſeruum legatum occiderit ante aditam hæreditatem, aut nulla dum præcedente interpellatione.

Ratio decidendi. Plus quàm in mora eſt hæres qui ſeruum legatum occidit, cùm etiam in dolo ſit aut ſaltem in culpa, verùmque ſit per eum ſtare quominus rem legatam præſtare poſſit. Iuris enim regula eſt neminem facto ſuo poſſe ſuam tollere obligationem, *leg. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verbor. oblig.* Obiicit tamen Accurſ. quod ſcriptum eſt in *leg. repeti 5. §. vltim. quibus mod. vſusfr. amitt.* Vbi datur electio fructuario contra proprietarium an ex teſtamento velit agere an de dolo. Nec quidquam habet quod bene reſpondeat. Sed dicendum eſt actioni de dolo tunc locum eſſe poſſe, cùm legati nomine fuit interpoſita ſtipulatio de qua in *t. tit. vt legat. nom. caueat.* Illa enim nouat actionem ex teſtamento, *leg. ſi Stichum 8. §. 1. de nouat. leg. cùm filius 76. §. La ex meis de leg. 2.* Proinde neceſſaria eſt actio de dolo cùm actio ex ſtipulatu quæ ſtricta eſt, non poſſit ſufficere. Niſi de dolo nominatim cautum & ſtipulatum ſit, *§. non ſolum, ſupra hac leg. & l. ita demum 21. de recept. qui arbit.* Cuiacius noſter diſſimulat.

6 ¶ Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit: quæritur, an de dolo habeam aduerſus eum actionem [a]: & placuit mihi quod Labeo ſcribit ſi dominus quadrupedis non ſit ſoluendo, dari debere de dolo, quamvis, ſi noxæ deditio ſit ſecuta, non puto dandam, nec in id, quod excedit [b].

Ad §. Si quadrupes. 6.

Ratio dubitandi. Cùm quadrupes tua damnum mihi dedit, licèt alterius dolo non tuo, habeo tamen contra te actionem, de Pauperie ex edicto prætoris, *ſi quadrupes pauper. fecisſ. dic.* Quia datur illa contra dominum etiam ignorantem, cùm ſit noxalis, nec eo minus competit actio illa de pauperie quod dominus non ſit ſoluendo. Ergo nullo caſu poſſum agere de dolo contra eum, cuius dolo quadrupes tua damnum mihi dedit.

Ratio decidendi. Nulla & inanis eſt actio, quam debitoris inopia excludit, *leg. nam & nullam 6. ſuprà eod.* vbi dixi.

a *De dolo actionem.* Ratio dubitandi. Competit hoc caſu actio, *leg. Aquilia*, vel in factum, *l. item Mela 11. §. item & cum eo. ad leg. Aquil.* ergo non de dolo, *§. proxim. ſuprà.*

Ratio decidendi. Non dolus quilibet, *leg. Aquilia* vindicatur, ſed is tantùm qui ſit in committendo, non in omittendo, *leg. ſi vſusfructus. al. leg. ſi cuius 13. §. denique conſultus de vſufruct.* Et ita locus hic intelligendus eſt, vt bene Accurſ. Dolus enim eſt ſi quis ſciens & prudens patiatur inferri mihi damnum, quod prohibere poſſit ſi patiatur ob id tantum vt mihi noceat non vt ſibi proſit, *l. 1. §. idem aiunt de aq. & aq. pluu. arcend.*

b *Nec in id quod excedit.* Ratio dubitandi. Per noxæ deditionem non plus præſtatur, quàm quanti eſt id quod deditur, *§. 1. inſtit. de noxal. action.* Ergo in eo quod excedit, non poteſt noxæ deditio excludere actionem de dolo, cùm eatenus interſit actoris. Actio autem de dolo detur ad id omne quod intereſt agentis, *leg. arbitrio 19. infr. hoc tit.* Nec nouum eſt vt pluribus actionibus etiam pœnalibus de eadem re competentibus quod per vnam ſeruari non potuit, per aliam exigatur, *leg. 1. vi bonor. rapt. leg. 2. de priuat. delict. l. qui ſeruum 34. de oblig. & act. l. inde quæritur 7. commod.*

Ratio decidendi. Noxæ deditio tantum prodeſt ad liberandum omnimodo dominum, id eſt, etiam in eo quod excedit quantum ſi reo pleniſſimam indemnitatem præſtaret. ſiquidem habet electionem ex leg. duodecim tabularum, vt noxæ poſſit dedere, *leg. ædiles 6. § decem de re iudicat.* Ergo quemadmodum ſi actori dominus indemnitatem præſtitiſſet, nulla ei de dolo actio contra doloſum ſupereſſet, ita nec ſupererit ſecuta noxæ deditione. Nec obſtat quod Accurſ. obiicit, ex *leg. ſi alius 7. quod vi aut clam.* Vbi dicitur teneri dominum in ea ſpecie, vt ſua impenſa opus reſtituat, aut patientiam reſtituendi præſtet, ac præterea noxæ dedat. Nam vt rectè Accurſ. reſpondet. dominus in ea ſpecie ad duo principaliter tenebatur, ſcilicet ad patientiam & ad noxæ deditionem. Ideóque vnum faciendo nihilo magis ab alio liberatur. In hoc autem caſu dominus non niſi ad alterutrùm tenetur, nempe vt vel indemnitatem præſtet, vel noxæ dedat, quamvis cum hac differentia quod indemnitatem debet iure obligationis, noxæ autem deditio non tam in obligatione eſt, quam in præſtatione, *dict. §. decem.*

7 ¶ Idem Labeo quærit, ſi compeditum ſeruum meum, vt fugeret, ſolueris, an de dolo actio danda ſit: & ait Quintus apud eum notans: ſi non miſericordia [a] ductus feciſti, furti teneris: ſi miſericordia, in factum actionem dari debere.

Ad §. Idem Labeo. 7.

Ratio dubitandi. Si compeditum ſeruum meum vt fugeret ſolueris, quamvis eum contrectaueris, nullum tamen ex ea contrectatione lucrum feceris, cùm non ideo ſis locupletior quod ego ſim pauperior. Atqui furtum non ſit ſine contrectatione, & quidem quæ facta ſit lucri faciendi cauſa, *leg. 1. §. 3. de furt.* Ergo furti actio hoc caſu locum habere non poteſt, tametſi non miſericordia ductus id feceris.

Ratio decidendi. Lucri ſpecies eſt, adeóque illiciti amicos ſibi parare ex alieno incommodo, *leg. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* Ergo hoc etiam caſu furtum fit, & furti proinde actio locum habere poteſt: conſequenter ceſſat de dolo. Et ſanè ſi fur eſt qui fugitiuum celat, *leg. 1. de ſeru. fugit.* Multo magis fur eſt qui fugitiuum ſoluit vt fugiat, ſcilicet ſi poſtea fugit. Alioqui nulla poteſt actio competere ei, cuius nihil intereſt, & cui nihil abeſt. Actio enim furti damnum exigit vt & lex Aquilia: & ipſa quoque in factum actio, quæ Aquiliæ ſubſidiaria eſt. *leg. ſi ſeruum 43. ad leg. Aquil.* Sed cùm actio furti non minus ſit famoſa quàm actio de dolo, *leg. 1. ſupra de his qui not. infam.* Quæro cur non poſſit cum actione de dolo concurrere: præſertim cùm odio furis receptum ſit vt pluribus actionibus etiam contrariis teneatur. *leg. vltim. vſufr. quem. cau. §. ſic itaque inſt. de action.* Reſpondendum eſt furti actionem non dari ad rem perſequendam, ſed ad pœnam, *§. ex maleficiis eod.* Nam ſi quis contra furem velit rem ipſam perſequi, habet vindicationem, condictionem, actionem ad exhibendum, quarum omnium nulla eſt quæ ſit famoſa, quamvis ex famoſis pendeant, *leg. ceſſat 36. de oblig. & action.* Atqui actio de dolo rem ipſam tantùm perſequitur non pœnam, vt toties diximus. Ergo non debuit dari contra furem. Sic enim fieret vt concurreret, non cum actione furti famoſa, ſed cum cæteris non famoſis

cuntra

contra verba edicti. Ex quo apparet ſi contra furem ſola furti actio competeret, & aliud nos reſponſuros, quia nihil impediret quominus cum famoſa actione concurreret.

a *Si miſericordia.* Ratio dubitandi. Laudandus magis eſt quàm vituperandus is qui miſericordia & pietate motus aliquid fecit, & memoria humanæ conditionis, *leg. pen. in princip. de condit. inſtit. leg. cùm is 36. §. mulier. de condict. indeb.* Ergo non magis in factum actione quàm de dolo ex ea cauſa teneri debet. Ne quod laudabiliter & piè factum eſt ad iniuriam, damníque occaſionem trahatur.

Ratio decidendi. Non debet quis miſericordiæ laudem ex alieno incommodo captare, nec intempeſtiuè miſericordiam exercere, vt loquitur Vlpianus noſter in *lege ſi hominem 7. infrà depoſ.* Ex quo loco bene Accurſius infert hunc locum de illo accipiendum eſſe qui non ſit ex contractu obligatus. Alioqui non actione in factum ſubſidiaria de qua in hoc §. ſed ex contractu ipſo conueniendus eſſet, vt in *dicta lege ſi hominem.* Illud enim iuris naturalis præceptum, quo prohibemur ne quod nobis fieri nolumus, alteri faciamus, potentius eſt altero affirmatiuo quo iubemur aliis facere quod nobis fieri velimus. Prohibitoria enim omnia & negatiua magis & ſtrictiùs quàm affirmatiua.

8 ¶ Seruus pactionis pro libertate reum domino dedit ea conditione, *vt poſt libertatem transferatur in eum obligatio* [b]: manumiſſus non patitur in ſe obligationem transferri. Pomponius ſcribit [c], locum habere de dolo actionem: ſed ſi per patronum ſtabit, quo minùs obligatio transferatur, dicendum ait, patronum exceptione à reo ſummouendum. Ego moueor: quemadmodum de dolo actio dabitur cùm ſit alia actio [d]? Niſi fortè quis dicat: quoniam exceptione patronus ſummoueri poteſt, ſi agat cum reo, debere dici, quaſi nulla actio ſit, quæ exceptione repellitur, de dolo decernendum. Atquin patronus tunc ſummouetur, ſi nolit expromiſſorem ipſum manumiſſum accipere, expromiſſori planè aduerſus manumiſſum [e] dari debebit de dolo: aut, ſi non ſit ſoluendo expromiſſor [f], domino dabitur.

Ad §. 8. Seruus pactionis.

Vt poſt libertatem transferatur in eum obligatio. Ratio dubitandi. Seruus ex iis quæ in ſeruitute geſſit vel promiſit, non tenetur poſt manumiſſionem, *leg. 1. & tot. titul. Codice, an ſeru. ex ſuo fact.* tanquam qui nouus homo & alius ſit, *leg. ſeruus 27. in fin. de adim. legat. leg. ſi Pamphilo 10. de opt. legat. leg. qui res 98. §. aream de ſolut.* Quæ ratio fuit inducendi edicti de capite minutis, vt ad eum titulum dicemus. Et quamvis manumiſſus non patiatur in ſe obligationem transferri nihilo magis tamen de dolo ex ea promiſſione poterit conueniri.

Ratio decidendi. Excipitur pactio quam ſeruus in ſeruitute fecit libertatis conſequendæ cauſa. Ex illa enim dat prætor actionem in factum: ne alioqui ſeruus domino impunè illuſerit, à quo tantum beneficium accepit, *leg. 3. Cod. ill. titul. An ſer. ex ſuo fact.* Ergo & danda erit in manumiſſum actio de dolo, ſi dolus ipſius aliquis proponatur. Dolus autem euidens eſt ſi inter nos conuenerit, vt facerem aliquid propter quod mihi pecuniam dares, & poſteaquam fecerim ceſſes dare, cùm neque facta condici poſſint, neque ipſa præſertim libertas, quæ ſemel competiit, reuocare, *l. naturalis 5. §. quod ſi faciam de præſcript. verb.*

c *Pomponius ſcribit.* Cuius tamen ſententiam mox reprobat Vlp. *in verſ. ego moueor.*

d *Cùm ſit alia actio.* Ratio dubitandi. Nulla actio eſt quæ per exceptionem repellitur: nihil enim refert an quis actionem ipſo iure nullam habeat an eam quæ per exceptionem infirmetur, *leg. nihil intereſt 112. de reg. iur.* Atqui actio quæ datur patrono contra expromiſſorem ſerui, per exceptionem repellitur, vt & Pomponius ipſe dicebat. Ergo non debet impedire quominus etiam de dolo actio detur patrono contra libertum.

Ratio decidendi. Non ſubmouetur exceptione patronus agens cum expromiſſore, quem hìc Vlpianus reum pactionis vocat, niſi eo demum caſu quo nolit ille manumiſſum ipſum expromiſſorem accipere, quod cùm euenit, nullus quæſtioni locus relinquitur an danda ſit patrono actio de dolo in libertum, qui tantum abeſt vt in dolo ſit, vt nec ſit in mora, ſed patronus ipſe. Ergo cùm ad hunc caſum non poſſit accommodari ſententia Pomponij dantis in libertum actionem de dolo, conſequens eſt vt euidenter falſum ſit, quod Pomponius voluit dandam patrono in libertum actionem de dolo, ſiquidem extra ſuperiorem caſum de quo non ſenſit Pomponius habet omnimodo patronus actionem ex ſtipulatu contra expromiſſorem ſerui. Quoties autem alia actio eſt eáque efficax, de dolo actio locum habere non poteſt.

e *Expromiſſori planè aduerſus manumiſſum.* Ratio dubitandi. Seruus nihil promiſit expromiſſori ſuo, neque ab eo accepit libertatem ſed à domino. Ergo non poteſt actione de dolo teneri ſuo expromiſſori qui imputare ſibi debet cur expromiſſorem ſe conſtituerit pro eo qui neque bona neque verò perſonam vllam tunc temporis habebat, *l. 3. §. vlt. l. 4. de cap. minut. d. l. ſi Pamphilo 10. de opt. legat.*

Ratio decidendi. Hic manumiſſus quamvis libertatem non ab expromiſſore, ſed à ſuo manumiſſore ſit conſecutus, negare tamen non poteſt quin eam conſecutus fuerit propter expromiſſionem, & beneficio expromiſſoris, qui ſi expromittere noluiſſet, id eſt, totam promiſſæ pecuniæ obligationem in ſe ſuſcipere, cuius ſuſcipiendæ incapax erat ſeruus, nec dominus ipſe libertatem dare voluiſſet. Nec niſi improbè & perfidè poteſt manumiſſus expromiſſori ſuo exprobrare & obiicere factum ex quo libertatis beneficium ſit ipſe conſecutus, *leg. cùm in fundo 78 §. quod ſi mulier. iunct. leg. ſi extraneus 33. de iur. dot.* Rectè verò Cuiacius hìc notat differre expromiſſorem à fideiuſſore ex *leg. qui libertinus 37. de oper. libert.* Fideiuſſorem obligari cum alio, expromiſſorem ſolum obligari quaſi reum principalem. Eum qui dat fideiuſſorem non liberari? eum qui dat expromiſſorem, liberari. Sed quod addit ex promiſſione fieri nouationem, hoc verò falſum certè non perpetuum eſt. Nam in propoſita ſpecie quomodo potuit fieri nouatio per expromiſſionem, cùm ſeruus nullomodo eſſet obligatus, quippe qui nihil aliud promiſiſſet, niſi ſe paſſurum, vbi manumiſſus eſſet vt in ſe obligatio transferretur. Non potuit igitur ante manumiſſionem vlla eſſe ne quidem naturalis obligatio quæ nouaretur, nec proinde vlla fieri nouatio, *leg. 1. de nouat.* Alioqui nec poſt manumiſſionem poſſet libertus ex eiuſmodi promiſſione de dolo conueniri, tanquam qui per expromiſſionem & nouationem ab alio factam fuiſſet iam ipſo iure ab ea obligatione liberatus. Semel enim extincta obligatio, præſertim per nouationem, nunquam reſuſcitatur, *dicta lege qui res 98. §. aream de ſolut.* Illud ſanè verum eſt libertum hunc nihil in ſeruitute patrono ſuo promiſiſſe, quia ſi promiſiſſet vtique poſt manu-

miſſionem teneretur, & conueniri ex ea promiſſione poſſet, *dicta leg. 3. Codice, an ſerui pro ſuo fact.* Nec proinde poſſet patronus exercere actionem de dolo contra libertum, neque ſi expromiſſor ſoluendo non eſſet: Eadem, ſcilicet ratione, qua hîc vtitur Vlpianus aduerſus Pomponium quòd alia actio competeret, adeóque quod magis eſt, contra libertum ipſum. Nam in ſpecie quam Pomponius tractauit nulla in libertum competit actio, ſed tantum in expromiſſorem. Idque vnum certè fuit quod Pomponium fefellit exiſtimantem ſufficere ad dandam in doloſum actionem de dolo, vt in eum ipſum nulla alia actio competat, nec animaduertentem illud etiam requiri, vt nec ab alio vllo indemnis ſeruari actor poſſit.

f *Aut ſi non ſit ſoluendo expromiſſor.* Ratio dubitandi. Expromiſſor etiamſi ſoluendo non ſit nihilominus poteſt conueniri in ſolidum, nec vllam habet exceptionem qua poſſit agentem ſubmouere. Neque enim paupertas debitoris vllam ei exceptionem acquirit, niſi vel bonis ceſſerit, vel ſit ex iis perſonis quæ non niſi in quantum facere poſſunt, conueniuntur. Quorum neutrum in propoſita ſpecie interuenit. Ergo nihilo magis danda eſt patrono in manumiſſum actio de dolo cùm periode habeat actionem in expromiſſorem.

Ratio decidendi. Inanis eſt actio quam debitoris inopia excludit. Prætor autem cum actionem de dolo propoſuit ſub ea exceptione, *ſi alia actio non ſit* de ea actione intellexerit, quæ effectum habere & vtilitatem afferre actori poſſet, *lege proxima, ſuprà,* vbi dixi.

9 ¶ Si dolo malo procurator paſſus ſit vincere aduerſarium meum, vt abſolueretur: an de dolo mihi actio aduerſus eum, qui vicit, competat, poteſt quæri: & puto non competere, ſi paratus ſit reus transferre iudicium ſub exceptione hac, *ſi colluſum eſt* [a], alioquin de dolo actio erit danda [b], ſcilicet ſi cum procuratore agi non poſſit, quia non eſſet ſoluendo.

Ad §. Si dolo malo.

Ratio dubitandi. Cùm procurator actoris paſſus eſt reum vincere vt abſolueretur, licèt dolo malo id fecerit, nec ſit ſoluendo, verum tamen eſt iudicium nullum ſupereſſe, cùm per rem iudicatam finem acceperit, *l. ſingulis 6. & paſſ. de exceptio. rei iudic. l. 1. & de iureiuran.* Ergo ſera eſt oblatio rei qui abſolutus fuit, ſi paratum ſe dicat transferre in ſe iudicium quod nullum amplius eſt. Prius enim eſt vt iudicium aliquod ſit quàm vt transferri poſſit. Præſertim verò cùm per iudicatum fiat nouatio, *leg. vltim. verſ. ſi enim nouatur, Codice, de vſuris rei iudicatæ.* Omnimodo igitur danda eſt actori contra reum actio de dolo, nimirum ſi procurator actoris ſoluendo non ſit, ideóque, nec conueniri cum effectu poſſit, vt hîc ſubiicit Vlpianus. Alioqui nulla ratio aut neceſſitas ſubeſt dandæ huius actionis domino qui procuratorem ſuum obſtrictum habet actione mandati, *l. ſi procur. 8. §. primo, mandat.*

Ratio decidendi. Res iudicata parit quidem exceptionem rei qui vicit, ſed ita demum ſi velit, non etiam ſi ex aliqua cauſa paratus ſit pati vt ex integro ſecum agatur fortaſſe vt in hac ſpecie metu actionis famoſæ de dolo, quæ alioqui contra eum inſtitueretur, cùm actio in prius iudicium deducta famoſa non eſſet. Euidenter enim iniquum eſt rem iudicatam ei nocere pro quo iudicatum ſit, *leg. euidenter 16. de exceptione rei iudicatæ.* Et cogi quem, vti re pro ſe iudicata, ſi malit negligere iudicatum, *leg. ſi iudex circumuento 41. infra titulo proximo.* Non eſt igitur hoc caſu neceſſaria de dolo actio, cùm reus paratus eſt iudicium in ſe transferre, quamuis addat conditionem illam, *ſi colluſum ſit.* Nec enim huiuſmodi conditio actorem onerat, qui nec de dolo poſſet agere, niſi probata colluſione ex qua dolus inducitur. Siquidem non ſicut dolus poteſt eſſe ſine colluſione, ita colluſio poteſt eſſe ſine dolo.

g *Si colluſum ſit.* Ratio dubitandi. Is qui corrumpit aduerſarium litem amittit, non minùs quàm qui corrumpit iudicem, ſiue ea lis ſit priuata ſiue publica, ſiue fiſcalis ex conſtitutione Antonini, quæ extat in lege prima. *Codice, de pœna iudicis qui male iudicauit,* & de qua in *lege prima, §. ſed & conſtitutio, ſupra de calumniatoribus.* Ergo nullus quæſtioni locus relinquitur. An in eum danda ſit actio de dolo, qui nullum ex dolo ſuo lucrum aliud ſenſit, niſi quod litem ſuam perdidit.

Ratio decidendi. Conſtitutio pertinet ad rem nondum iudicatam, in hac autem ſpecie res iudicata eſt. Et ita bene hic Cuiac. Intempeſtiuum enim eſt quærere poſt rem iudicatam, vtrum litem ſuam perdiderit aut perdere debuerit is qui vicit. Cætera quæ pertinent ad ſententiam, *dict. §. ſed & conſtitutio.* Explicauimus ad eum locum, & longè aliter quàm hic Cuiacius. An melius, alij viderint.

g *De dolo actio erit danda.*) Ratio dubitandi. Poteſt actor qui victus fuit, agere priſtina actione, & ſi excipiatur de re iudicata replicare de dolo malo, *lege ſeruus 20. §. primo, lege cùm à te 26. infra hoc titulo.* Atqui non eſt locus actioni de dolo, cùm alio modo ſuccurri actori poteſt, hac lege in principio. Ergo in hac ſpecie de dolo agi non poteſt.

Ratio decidendi. Multum intereſt an deceptus ſit aduerſarij dolo ille ipſe qui condemnatus fuit, an alius. Vtroque quidem caſu poteſt victus cauſam ex integro agere, quia res iudicata non extinguit actionem ipſo iure. Sed priore ſi obiiciatur exceptio rei iudicatæ, poteſt habere doli replicationem, nec indiget actione de dolo, quam proinde exercere non poteſt. Iniquum enim eſſet exceptionem rei iudicatæ nocere ei qui non eſſet condemnatus, ſi ab aduerſario dolum paſſus non fuiſſet. Ne alioqui non tam res iudicata ei noceat quàm aduerſarij dolus. Poſteriore verò caſu non poteſt contra exceptionem rei iudicatæ obiici replicatio doli, cùm deceptus non ſit ille ipſe qui condemnatus fuit. Hoc verò euenit in ſpecie huius paragraphi, cùm procurator meus dolo malo paſſus eſt aduerſarium meum vincere vt abſolueretur. Ille enim condemnatus fuit, non ego, *leg. ſi procurator. 9. de doli mali exceptione* Neque tamen dici poteſt fuiſſe illum deceptum ab aduerſario meo, cum quo dolum ipſe participauit vt ego ab vtroque deciperer. Proinde non aliud auxilium mihi ſupereſſe poteſt quàm in actione mandati contra procuratorem ſi is ſoluendo ſit: aut in actione de dolo contra victorem ſi procurator meus ſoluendo non ſit, ita vt non niſi fruſtra aduerſus eum ſim acturus. Accurſius noſter mirum in modum ſe torquet vt *ἀντινομίαν* iſtam diſſoluat, nec quidquam proficit, vt ex eius gloſſa perſpicere quiuis poteſt. Cuiacius verò non felicior vt ſe euoluat, multa comminiſcitur, eaque abſurdè. Et illud in primis quod ait in contrariis legibus tractari de reo qui non recuſet denuo iudicium ſuſcipere. An non enim recuſat quantum poteſt is qui aduerſus agentem priſtina actione obiicit exceptionem rei iudicatæ? Item quòd addit. Reum abſolutum poſſe ſemper recuſare, ne contra ſe iterum agatur priſtina actione, vbi conſtat rem iudicatam eſſe. Etſi enim verum eſt quod ille affert, Iudicem ius facere, & rem iudicatam pro veritate haberi, id tamen non ad aliud pertinet, quàm ad exceptionem rei iudicatæ inducendam. Quo ſolo exceptionis nomine ſatis oſtenditur ſupereſſe actionem ipſo iure, quæ per exceptionem

ſit

ſit elidenda. Alioqui, qoomodo exceptiooi locus eſſe poſſet? Nec quod per iudicatum dicatur fieri nouatio, ad rem facit. Id enim huoc ſenſum habet vt ex iudicato non priſtina actione agere debeat is qui vicit, non quaſi priſtina actio ſit ſublata ipſo iure, ſed quia non poteſt exerceri, quin ſummoueatur per exceptionem rei iudicatæ, tum quoque cùm is vicit qui agit, ita vt ſit ei neceſſaria replicatio *de re ſecundum ſe iudicata, leg. ſi à te 9. §. 1. de exceptione rei iudic.* Nec alioqui proſit exceptio rei iudicatæ ei contra quem iudicatum eſt contra, *leg. euidenter 16. eod.* Non malè porro quis dixerit ſublatam eſſe actionem, quæ poſſit exceptionem ſubmoueri, *§. proxim. ſuprà. & leg. lecta 40. de reb. cred.* Cæterùm non eſſe ſublatam ipſo iure ex eo quoque apparet quod actiones omnes cùm ſint iuris non niſi certis & legitimis modis extingui poſſunt inter qoos oemo dixerit eſſe rem iudicatam vt nec alius quàm Tribonianus dixit vſpiam per iudicatum fieri nouationem quod ille ſcripſit, in *d. l. vlt. verſ. ſi enim nouatur, C. de vſur. rei iudic.* Nam quod eodem ferè ſenſu ſub Marciani oomine legimus in *leg. ſi fundus 16. §. ſi pluris de pignor.* Eiuſdem Triboniani eſt vt alio loco probaui. Sed illud omnium abſurdiſſimum eſt quod addit vir doctiſſimus non eſſe neceſſariam exceptionem rei iodicatæ niſi cùm ambigitur an iudicatum ſit. Nam imò verò nunquam ei exceptioni locus eſt niſi cum liquido conſtat & iudicatum fuiſſe & de eadem re, & ex eadem cauſa petendi & ioter eaſdem perſonas, *leg. cùm quæritur 12. & ſeq. de except. rei iudic.* Cur enim prætor denegaret actionem, cùm tam multa poſſint accidere quæ faciant ne exceptioni rei iodicatæ locus eſſe poſſit quantumcunque cooſtet rem iudicatam eſſe? Quare nec quidquam mouet qood ille obiicit ex *l. nam poſteaquam 9. de iureiur.* Vbi de iureiurando agitur non de re iudicata. Maiorem enim auctoritatem habet iuſiurandum qoàm res iudicata, *leg. 5. eod.* Nec tamen poteſt tollere actionem ipſo iure. Alioqui non eſſet quod de danda vel deneganda actione tractari oporteret aut de obiicienda exceptione. Cur ergo actionem ipſo iure pertinet res iudicata? Cuiacium fefellit illud ipſum qnod Accurſium. Credidit vterque in *dict. leg. ſeruus 21. & in dict. leg. cùm à te.* Ideò ceſſare actionem de dolo quòd actione priſtina ex integro agi potoerit cùm è contrario non propter ſaluum ius veteris actionis inſtituendæ, ſed propter nouum auxilium replicationis doli actionem de dolo excludi Paulus velit. Nec enim actor qui victor fuit, ob id ſeruatur indemnis quòd cauſam ex integro agere & repetere poſſit. (Quandoquidem ſi aliud nihil eſſet inutilis ei foret actio quæ per exceptionem rei iudicatæ ſubmoueretur.) Sed quia exceptiooem illam rei iudicatæ quæ actionem veterem per ſe inutilem faceret replicatio doli elidit. Auxilium igitur non io actione eſt, ſed in replicatione cui cùm nullos poſſit locus eſſe in ſpecie huius §. propter eam rationem quam attulimus, neque rurſus in vetere actiooe, quia licèt competat, tamen eliditur per exceptionem rei iudicatæ: illud omnino conſequens ſit quod Vlpianus concludit vt domino qui per procuratoris ſui & aduerſarij colluſionem victus fuit procuratore ipſo condemnato oeceſſaria omnioo ſit actio De dolo.

10 ❡ Idem Pomponius refert, Cæcidianum prætorem non dediſſe de dolo actionem aduerſus eum, qui affirmauerat *idoneum eſſe eum, cui mutua pecunia dabatur.* Quod verum eſt: nam niſi ex magna & euidenti calliditate, non debet de dolo actio dari.

Ad §. 10. Idem Pomponius.

Rat. dub. Quia affirmauit aliquem idoneum eſſe cùm noo ſit idoneus is vtique decipit quem ſcilicet impellit vt debitori noo idoneo mutuam pecuniam credat cui alioquin non eſſet crediturus. Sic enim neceſſario hic locus accipi debet vt & in *l. 5. §. Sed & cùm fullo de inſt. act. leg. ſi verò 12. §. ſi quis mandauerit. mandat.* iunct. *leg. ſi quis affirmauerit 9. infr. hoc titul.* Ergo teneri debet actione de dolo ſi neque mandati neque alia vlla dari poſſit.

Rat. decid. Non datur qoidem actio de dolo ſi alia actio ſit, ſed oon è cootrario ſtatim atque certum eſt nullam actionem aliam competere conſequens ſit dandam eſſe actionem de dolo. Prius enim eſt vt dolus interueoerit qui porro nonniſi ex magna & euidenti calliditate inducitur nec niſi ex perſpicuis inſidiis probatur, *l. 5. dolum 5. C. hoc tit.* Fieri autem facile poteſt vt quis alium idoneum eſſe affirmauerit quem idoneum eſſe putabat in eóque deceptus ipſe ſit potius quàm decipiendi animum habuerit. Non tam igitur inſpiciendom eſt, an is cui affirmatum fuit reipſa deceptus ſit quàm verum is qui affirmauit decipiendi animum habuerit vt in *l. ſeq.* Dolus enim ex perſona eius qui infert, noo eius cui infertur æſtimandus eſt.

8. GAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

QVod ſi cùm ſcires eum facultatibus labi, tui lucri gratia [a] affirmaſti mihi idoneum eſſe: meritò aduerſus te, cùm mei decipiendi gratia alium falsò laudaſti, de dolo iudicium [b] dandum eſt.

Ad l. Quod ſi cùm ſcires. 8.

R. dub. Is qui alium idoneum affirmauit cùm non eſſet idoneus & de cuius facultatibus dubitabat creditor non aliter cum eo contracturus, vicem fideiuſſoris ſuſtinet, *l. 4. §. vlt. de fideiuſſ. tutor.* Atqui fideiuſſor tenetur ex ſtipulatione ſiue expreſſa ſiue tacita, *l. 5. §. ſatis acceptio. De verb. oblig. l. blanditus. 12. C. de fideiuſſ.* Ergo etiam ſi qois mei decipiendi gratia alium falsò laudauerit quem idoneum affirmauit, non debet tamen. De dolo actio mihi dari cùm alia poſſit competere.

Rat. dec. Speciale eſt in eo qui tutorem idoneum affirmat vt fideiuſſoris vicem ſuſtineat. Idque duplici fauore comparatom eſt, & pupillorum vt habeant quem pro tutoris minus idonei adminiſtratione conuenire poſſint, & magiſtratuum ne ſubſidiaria in factum actione tam facilè teneaotur ex *tit. de magiſt. conuen.* Extra hanc cauſam nemo ex eiuſmodi affirmatione quaſi fideiuſſor coouenitur. Ergo quaſi doloſus & actione de dolo conoeniendus eſt ſi dolus interuenerit. Dolus vix eſt ſine mendacio, ſed mendacium poteſt eſſe ſine dolo.

a *Lucri tui gratia.* Rat. dub. In actione de dolo de hoc tantùm quærimus an aliquid dolo malo factum ſit à doloſo, num etiã lucri ſui gratia fecerit, *l. prox. §. ſi quadrupes, & ſeq. ſup. eod.* Ergo ſuperuacua hæc addictio eſt.

Rat. dec. non requirimus in actione. De dolo qood in actione furti, vt quis lucri ſui cauſa aliquid fecerit, ſed tamen longè facilior & probabilior doli præſumptio eſt cõtra eum, qoi probator lucri ſui gratia potuiſſe inuitari ad dolum committendum. In omnibus enim negotiis, ſed tom maximè cùm obſcurum eſt quis aut qua mente quid fecerit, vetus illud verbum reſpiciendum eſt *cui bono?*

b *De*

b *De dolo iudicium.* Ratio dubitandi. Videtur ex hac cauſa competere actio furti, vel in factum, *leg. ſi is qui rem pign. 66. §. ſi tu Titium de furt.* Ergo non de dolo.

Ratio decidendi. In ſpecie, *dict. §. ſi tu.* Competit actio furti vel in factum non propter laudationem, ſed quia tu alium laudaſti & alium adduxiſti, quem ego putabam eſſe illum ipſum qui à te laudatus fuerat, vt benè hîc Cuiacius.

9. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

SI quis affirmauit minimam eſſe hæreditatem, & ita eam ab hærede emit: non eſt de dolo actio, cùm ex vendito ſufficiat. ¶ Si autem mihi perſuaſeris, vt repudiem hæreditatem, quaſi minus ſoluendo ſit: vel vt optem ſeruum [b], quaſi melior eo in familia non ſit, dico de dolo dandam, ſi callidè [c] hoc feceris.

Ad l. Si quis affirmauerit. 9.

Ratio dubitandi. Cùm quis affirmat minimam eſſe hæreditatem, & ſic eam ab hærede emit, non alium fert fructum ſui doli quàm vt decipiat venditorem in pretio. Quo enim minor eſt hæreditas quæ venditor, eo minore pretio emitur. Atqui in emptione & venditione licet contrahentibus naturaliter in pretio ſe decipere, *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius de minor. leg. item ſi 22. §. vlt. locat. leg. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vend.* Ergo non poteſt ex hac cauſa locum habere actio ex vendito non magis quàm de dolo.

Ratio decidendi. Licet contrahentibus ſe decipere in pretio, ſed ita tamen vt ea deceptio ſit in pretio tantùm, non etiam in perſona: id eſt, vt nullus interueniat dolus perſonarum, vt conſtat ex *l. & ideò 23. locat.* Nunquam enim contractus bonę fidei dolum pati poteſt, *l. ſi dolo 5. Cod. de reſcind. vend.* Et idcirco poteſt & debet vindicari dolus æquitate ipſius iudicij & actione ex ipſo contractu. Quæ res facit vt actio de dolo non poſſit eſſe neceſſaria nec proinde danda. Scilicet ſi dolus non dederit cauſam contractui. Alioquin neque venditio tenet ipſo iure neque actio proinde ex vendito, ſed De dolo neceſſariò agendum eſt, vt dixi ad *l. 7. ſuprà eod.*

a *Si autem mihi perſuaſeris.* Ratio dubitandi. Poteſt fieri vt quis hæreditatem quamvis opulentam merito & vtiliter repudiet nec decipiatur, cùm variæ ſint cauſæ ex quibus poteſt vel prudentiſſimus quiſque hæreditatem repudiare, *lege 4. ad SC. Trebell. leg. ſi in teſtamento 12. in fine, ſi quis omiſ. cauſ. teſtament.* Ergo quamvis mihi perſuaſeris vt repudiem hæreditatem quaſi minus ſoluendo ſit, non tamen bona conſecutio eſt, vt ob id ſtatim & omnimodo teneri debeas de dolo. Quid enim ſi adeo ſim aut timidus aut negligens, vt etiam opulentam hæreditatem fuerim repudiaturus metu fortaſſis onerum hæreditariorum & latentis æris alieni?

Ratio decidendi. Locus hic intelligendus eſt de eo qui non fuerat repudiaturus hæreditatem ſi non ei perſuaſum fuiſſet damnoſam illam eſſe. Erit autem aperta huius doli probatio, ſi is qui poſtea hæres extiterit aut tanquam agnatus proximus, aut tanquam ſubſtitutus cùm ſoluendo ſit hæreditas quæ inuenit hæredem, *leg. libert. 36. de bon. libert.* ſicut & quę inuenit emptorem, *l. 3. ad l. Falcid.* Sed ſi alius quàm qui perſuaſit, hæreditatem illam adierit, exactior probatio requiretur. Nec enim damnoſa hæreditas poteſt fieri opulenta ob ſolam leuitatem hæredis temerè adeuntis niſi in præiudicium illius ipſius qui adit, *l. qua dete 33. ſolut. matr.*

b *Vel vt optem ſeruum.* Ratio dubitandi. Qui deceptus fuit in optando iterum optare poteſt, *leg. 4. & 5. de option. legat.* Ergo non poteſt habere actionem De dolo.

Rat. decidendi. Qui deceptus fuit ob non exhibitos omnes ſeruos, ex quibus optio fieri debuit, iterum optare poteſt, quia nec optaſſe videri poteſt ex omnibus qui non omnes vidit. Sed ſi omnes exhibiti fuerunt neceſſaria eſt actio de dolo, quia totum ius optandi vnico eóque primo actu optionis conſumitur: quoniam actus legitimus eſt, *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Actus enim legitimi nunquam repetuntur ne actum agere lex videatur, *l. ſerui electio leg. 5. de legat. 1.*

c *Si callidè hoc feceris.* Poteſt enim hoc fieri etiam ſine dolo malo, vt & in ſpecie, *leg. prox. ſuprà eod.*

1 ¶ Item ſi tabulæ teſtamenti [a], ne de inofficioſo diceretur, diu ſuppreſſæ ſint, mox mortuo filio prolatæ: hæredes filij aduerſus eos; qui ſuppreſſerunt, & lege Cornelia, & de dolo [d] poſſe experiri.

§. 1. Item ſi tabulæ.

Ratio dubitandi. Solet per in integrum reſtitutionem ſuccurri hæredi eius qui morte præuentus amiſit ius ſuum, ſi modò nihil defuncto potuit imputari, quamvis ipſi defuncto nunquam competierit, quandiu vixit ius petendæ reſtitutionis, vt in ſpecie, *lege Pannonius Auitus 86. de acquir. hæred.* Semper enim dignus eſt auxilio is cui nihil imputari poteſt, *l. 9. Cod. de inoff. teſtam.* Et qui alioqui ex alieno dolo damnum ſentiret, præſertim cùm non valenti agere non currat præſcriptio, *leg. 1. §. vlt. Cod. de annal. except. l. cum ſer. 55. De ædil. edict.* Atqui non potuit hic filius conqueri de inofficioſo, nec præparare querelam non viſis teſtamenti tabulis quas ponimus, quandiu is vixit, ſuppreſſas fuiſſe dolo malo, & ob hoc ipſum ne de inofficioſo ageretur. Ergo quod deceſſerit ante præparatam querelam non debet hæredi eius nocere.

Ratio decidendi. Querela inofficioſi non præparata non tranſmittitur, *leg. 6. §. vlt. l. 7. 8. & in pr. de inoff. teſtam.* quia eſt odioſa cùm per eam reſcindantur iudicia defuncti quaſi hominis dementis & inſani, *l. 2. & 3. eod.* Quia tamen dignus eſt filius cui nihil poteſt imputari, vt eius hæredi ſuccurratur, dabitur hæredi aduerſus eos qui tabulas ſuppreſſerunt, duplex actio, vna ciuilis de dolo, altera criminalis ex *l. Cornel. de falſis.* Hodie ex Iuſtiniani conſtitutione querela etiam non præparata tranſmittitur à deſcendente in deſcendentes, *l. ſi quis filium 34. l. ſancimus 36. §. fin. de inoff. teſtam.*

d *Et lege Cornelia & de dolo.*) Ratio dubitandi. Actio de dolo non competit quoties alia locum habere poteſt, *leg. 1. §. 1. leg. 7. in prox. ſuprà.* Atqui in propoſita ſpecie actio ex l. Cornelia locum habet: ergo de dolo agi non poteſt.

Ratio decidendi. Non poteſt actio de dolo cum alia actione ciuili non famoſa concurrere, ſed cum alia famoſa poteſt, multo magis cum alia criminali, quia ciuilis actio nunquam criminali præiudicat quominus vtraque poſſit exerceri nec altera per alteram conſumatur, *leg. vnic. Codice, quand. ciuil. action. crim. præi.* Sed & interdictum de tabulis exhibendis ſolet ex hac cauſa locum habere, ſed ante non poſt prolatas tabulas

lege 3. §. ſi quis dolo de tabul. exhibitionis. Quæ tamen hic fuerant prolatæ. Cur ergo non habet in propoſito locum actio furti? An quia non lucri faciendi animo tabulæ ſuppreſſæ ſont, ſed vt verum non appareret? Ita Cuiacius, quod non probo. Sic enim ſequeretor noo fore locum hoic §. ſi tabulas ſuppreſſiſſet ille qui aut ex teſtamento aut ab inteſtato ſuccedere potuiſſet. Malo itaqoe dicere cum Vlpiano in *l. ſi gratuitam 17. §. vlt. de præſcript. verb.* Quia eius rei nomine cuius quia poſſeſſionem nunquam habuit oeque dominium, agere furti nou poteſt.

2 ¶ Labeo libro trigeſimo ſeptimo poſteriorum ſcribit.

SI oleum tuum, quaſi ſuum, defendat Titius, & tu hoc oleum depoſueris apud Seium, vt is hoc venderet, & pretium ſeruaret, donec inter vos diiudicetur, cuius oleum eſſet, neque Titius velit iudicium accipere, quoniam neque mandati, neque ſequeſtraria Seium conuenire potes, nondum impleta conditione depoſitionis, de dolo aduerſus Titium agendum. Sed Pomponius libro viceſimo ſeptimo, poſſe cum ſequeſtre præſcriptis verbis actione agi: vel, ſi is ſoluendo non ſit, cum Titio de dolo, quæ diſtinctio vera eſſe videtur.

Ad §. Labeo. 2.

Ratio dubitandi. Si oleum tuum quaſi ſuum ſibi afferat Titius, & tu hoc oleum depoſueris apud Seium vt is hoc venderet & pretium ſeruaret donec inter vos diiudicetur, cuios ſit oleum, poſtea verò Titius nolit iudicium accipere, nulla tibi actio competit contra Seium. Si qua enim competeret, eſſet illa aut mandati aut depoſiti. Non mandati. An quia gratuitum non fuerit vt diuinat Accurſ. aut quod in mandantis gratiam factam vt vult Baldus? Minimè, ſed quia cuiuſque contractus initium cauſa & origo inſpici debet, *lege ſi procuratorem 8. infrà mandat. leg. 1. §. quod ſi rem & ſequentibus, §. ſi ſeruus depoſuit, infrà mandat. leg. ſi id quod 58. § filiusfamilias pro ſocio.* Primus autem contractus hic depoſiti fuit non mandati. Rurſus nec depoſiti in propoſita ſpecie agi poteſt, quia ſuam legem ab initio habuit depoſitum vt Seius oleum venderet ac pecuniam ſeruaret donec inter vos diiudicaretur, cuius oleum eſſet. Quæ conditio & lex depoſiti ſicut immutari non poteſt niſi conſentientibus omnibus quorum poteſt intereſſe, *leg. vero procuratori* 12. *§. pen. de ſolut.* Ita non poteſt impleri & exiſtere ſi Titius iudicium accipere nolit, ſiquidem non niſi accepto iudicio iudicari res poteſt. Prius enim eſt vt ſit iudicium quàm vt ſit iudicatum. Indéque eſt quod litis conteſtatio dicitur extremum iuriſdictionis vt docuimus ad *leg. vnic. ſupr. ſi quis ius dic. non obtemp.* Et tamen in dolo euidenter eſt Titius qui iudicium ideo accipere detrectat ne depoſiti lex & conditio committatur. Ergo contra eum neceſſaria eſt actio de dolo. Atque ita Labeo ratiocinabatur.

Ratio decidendi. Poteſt cum ſeqoeſtre præſcriptis verbis actione agi etiam ante impletam depoſiti conditionem. Nec enim æquum eſſet retineri oleum in perpetuum à Seio ſi propter Titij contumaciam res nunquam iodicaretor. Obligatus autem eſſet Seius ad oleum reddendum non quia in depoſitum accepiſſet, ſed quia ſimpliciter accepiſſet. Sublata enim cauſa depoſiti propter nondum impletam legem & conditionem depoſito dictam, ſupereſt adhuc cauſa illa obligandi Titij ad reſtitutionem olei quod accepit ille oleum vt quandoq; redderet non vt ſemper ſibi retineret. Cúmq; ea obligatio ex contractu naſcatur & ex negotio geſto habente συνάλλαγμα, qoamvis non poſſit dici quodnam genus contractus ſit aut cuius nominis actio, nihil neceſſe eſt confugere ad actionem De dolo, ſiquidem in id potiſſimum comparatæ ſunt actiones præſcriptis verbis vt darentur ex contractib' innominatis & quoties dobitaretur quidnam contractus eſſet aut quænã actio ex eo competeret, quia plura ſunt negoria quàm vocabula, *leg. quia act.* 12. *l. quot. 11. de præſcr. verb.* Nec aliud eſſet etiamſi ambo depoſuiſſent: in eóque errat Accurſ. Nam non eo magis ſequeſtraria actione poſſes agere contra Seium ante impletam legem ſequeſtrationis. Eadem enim ratio in vtraque depoſiti ſpecie locum habet. Imò verò depoſitum in hac ſpecie ab vtroque, id eſt, tam à Titio quàm à te factum eſſe, aut ſaltem ex vtriuſque voluntate ex eo apparet quod alioqui nulla eſſet ratio dandæ tibi contra Titium actionis de dolo, tametſi Seius ſoluendo non eſſet. Tibi enim potius imputare deberes quod ea lege & conditione depoſuiſſes. Quod non ſimiliter poteſt tibi imputari cùm eam legem dixiſti conſcio & ita vidente Titio qui aliter non fuerat conſenſurus depoſitioni eius rei quam ſuam eſſe contendebat. In eóque dolus Titij verſatur quòd legem, quam depoſito dici voluit, impleri prohibet iudicium detrectando. Quare nec neceſſe eſt cum Accurſio comminiſci ſequeſtrem aliquid accepiſſe nec gratuitum depoſitum fuiſſe. Neque rurſus illud verum eſt quod idem Accurſ. ſomniat fore vt ſi Titium viciſſes, habere contra eum deberes actionem præſcriptis verbis ex *leg. ſi gratuit. 17. al. l. ſi rem. §. ſi quis ſponſionem de præſcript. verb.* Nam imò haberes actionem depoſiti cum qua actio præſcriptis verbis concurrere nunquam poteſt, vt neque cum alia nominata. Nec ſimilis eſt ſpecies de qua in *dict. §. ſi quis ſponſ.* Vbi de depoſito verbũ nullum. Planè ſi Seius ſoluendo non ſit agendũ erit de dolo contra Titium perinde ac ſi nulla in Seium actio competeret, *l. 6. ſupr. eod.*

3 ¶ Et, ſi ſeruum pigneratum noxæ mihi dederis per iudicem, & ita abſolutus de dolo teneris, ſi apparuerit eſſe eum pignori datum.

Ad §. 3. Et ſi ſeruum.

Ratio dubit. Qui hominem pigneratum ſciens noxæ dedidit, tenetur priſtina actione quaſi non dediſſet, vt & cum in eo ſeruo vſusfructus alienus eſt, *l. 4. §. vltim. de re iudicat. leg. ſi hominem 69. de ſolut.* Ergo non potes teneri de dolo, etiamſi apparuerit eum ſeruum pignori datum fuiſſe.

Ratio decidendi. Multum intereſt, an poſt condemnationem noxæ dederis ſeruum pigneratum, vt in dictis ll. an verò ante abſolutionem, vt in hoc §. Cùm enim abſolutio ſequitur noxæ deditionem, auctoritas rei iudicatæ facit noo vt priſtina actione non poſſit agi, ſed vt non poſſit cum effectu agi propter exceptionem rei iudicatæ quæ actionem ſine dubio elidet, nec elidetur ipſa per replicationem doli, quia non in iudicato extorquendo dolus admiſſus eſt, ſed in noxæ deditione, quæ tamen etiam præſente & approbante iudice facta proponebatur. Neceſſaria igitur eſt actio de dolo quæ non vereatur exceptionem rei iudicatæ, cùm alia ſit futura actio & alia cauſa petendi, *leg. cum quæritur* 12. *& ſeqq. de except. rei iudic.* Hîc etiam Accurſius noſter hæſitat, nec minus ceteri, & ipſe etiam Cuiacius qui putat non alia ratione dari actionem de dolo in hac ſpecie, quàm quia nulla ſit actio iudicati in eum qui ſit abſolutus. Quaſi non poſſit ſupereſſe vetus actio quam

idem

idem ille exiſtimat ipſo iure extinctam eſſe per iudicatum, memor ſcilicet ſui illius erroris quem nos refutauimus ad *l. 7. § pen. ſup. eod.* Cùm ergo verum ſit quod nos volumus ſupereſſe veterem actionem etiam poſt iudicatum quærenda ratio eſt ab alio quàm à Cuiacio cur neceſſaria ſit actio de dolo. Nec ſanè alia poteſt afferri, quàm quæ à nobis allata fuit, ex qua apparet faciliùs eſſe vt detur actio de dolo quàm replicatio doli aduerſus debitorem abſolutum. Illud non improbo quod idem Cuiacius notat in illis verbis *ſi apparuerit eum eſſe pignori datum* pro *eſſe* legendum potius *ſciſſe*. Ignorantis enim dolus nullus eſſe vnquam poteſt.

4 ¶ Hæc de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigeſimo prætoris peregrini ſcribit de dolo actionem ſerui nomine, interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam ſi ea res eſt, in quam dolus commiſſus eſt, ex qua de peculio daretur actio, & nunc in peculio dandam: ſin verò ea ſit, ex qua noxalis: hoc quoque noxale futurum.

Ad §. 4. Hæc de dolo.

Ratio dubitandi. Ex contractibus ſerui tenetur dominus actione ex ipſo contractu & quidem de peculio, *leg. 3. §. ſi filiofamilias commod. leg. in bonæ fidei 35. de pecul. leg. 1. §. filiumfamilias depoſ.* Ergo neque ex ſerui contractu competere poteſt actio de dolo, neque rurſum noxalis eſſe, ſi quando detur ex contractu ſerui. Nunquam enim competit noxalis ex negotio geſto, *l. 1. §. cùm ſeruus de his qui deiec. vel eff. l. ex contract. 49. de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Actio de dolo non datur regulariter in dominum ob dolum ſerui, niſi ex delicto & cùm dolus extra cauſam contractus interuenit. Ex delicto autem ſerui dominus tenetur noxali actione. Itémque ſi delictum nullum ſit ſerui, dum ne vllum ſit cum eo geſtum negotium, vt in exemplo quod affert Cuiac. ſi ſeruus tuus dolo malo mihi perſuaſerit, vt hæreditatem alioqui opulentam repudiarem. Sed & diſtinguendum eſt ex qua cauſa competat hæc de dolo actio. Nam ſi in ea re dolus commiſſus eſt, ex qua de peculio daretur actio ſi alia actio competeret quàm de dolo, dabitur etiam actio de dolo in peculium. Sin verò in ea re ex qua noxalis actio competeret, noxale quoque erit iudicium De dolo. Sed quiſnam poteſt eſſe caſus in quo actio de dolo non ſit noxalis & competat in peculium? Accurſius duos proponit, Cuiacius nullum. Prior allatus ab Accurſio eſt ſi dolus ſerui dederit cauſam contractui bonæ fidei, vt proinde actio ex eo contractu qui ipſo iure nullus ſit, ſupereſſe nulla poſſit, *l. 7. in princ. ſupr.* Alter ſi cum ſeruo tuo initus ſit contractus innominatus, facio vt des, & poſtea quam feci, ceſſes dare. Hoc enim caſu licèt negotium geſtum ſit & contractus interuenerit, nulla tamen naſcitur actio, ne quidem incerti ex præſcriptis verbis, ſiue ciuilis, ſiue prætoria, ſed tantùm de dolo, *l. naturalis 5. §. quòd ſi faciam de præſcript. verb.* Non erit tamen hoc caſu actio de dolo noxalis, quia naſcitur ex negotio geſto, & ex ea cauſa ex qua ſi alia actio competeret, danda eſſet de peculio.

5 ¶ Meritò cauſæ cognitionem prætor inſeruit: neque etiam paſſim hæc actio indulgenda eſt. Nam ecce in primis ſi modica ſumma ſit.

Ad §. fin. Meritò.

Ratio dubitandi. Cùm datur hæc actio de dolo, magnam & euidentem eſſe oportet calliditatem eius contra quem datur, *leg. 7. §. fin. ſuprà.* Alioqui non debet dari, ſi de magna ſumma agatur. Atqui magnam & euidentem calliditatem nunquam oportet eſſe impunitam, & omne vel minimum lucrum æquum eſt doloſo eripi ne ex dolo ſuo vel tantillum lucretur, *l. nec ex dolo 33. infra,* & ne honeſta interpretatio non honeſto quæſtu lucrum afferat, *leg. ſi poſſeſſ. 55. de hered. petit.* Ergo etiam ob modicam ſummam dari hæc actio debuit. Nam & cæteræ reſtitutiones non niſi cauſa cognita dantur, *l. 3. ſupr. de in integ. reſtit.* Et tamen dantur etiam ob modicam rem vel ſummam, ſi modo maiori ſummæ non præiudicetur, *l. ſcio 4. eod.*

Ratio decidendi. Actio de dolo eſt famoſa: viſum autem eſt prætori eſſe parcendum famæ & exiſtimationi ciuis Romani quantum fieri poteſt, præſertim ſi alia ratione indemnis ſeruari actor poſſit. Poteſt autem indemnis ſeruari per actionem in factum ſubſidiariam, quæ haud dubiè datur etiam ob modicam ſummam, vt benè hic affirmat Accurſius, nec negat Cuiacius. Dices actionem furti cùm ſit famoſa, nihilominus etiam pro re minima dari, *§. Gallinarum, inſtit. de rer. diuiſ.* Quidni ergo & de dolo actio dabitur? Alij aliter reſpondent. Ego puto furti actionem ideo faciliùs dari, quòd Reipubl. interſit puniri crimina omnia quomodo punitur furtum actione furti, quæ tota pœnalis eſt, quódque dubitandum non ſit eum qui rei modicæ furtum fecerit, multo faciliùs facturum fuiſſe rei maioris ſi potuiſſet. At de dolo actio non eſt comparata ad puniendum dolum, ſed ad indemnitatem ei præſtandam qui dolum paſſus fuit ne alienus dolus ei noceat. Aut ſi contendas etiam odio doloſi fuiſſe comparatam, dicam id hactenus verum eſſe ne doloſus ex dolo ſuo lucretur, lucrum porro ei perinde poteſt eripi per actionem in factum quæ non eſt famoſa, atque per actionem famoſam, *lege non debet 11. in fine, leg. ſequentis, infrà eodem.* Nulla igitur ratio fuit propter quam prætor tam facilis eſſe deberet in danda actione de dolo pro modica ſumma.

10. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

ID eſt, vſque ad duos aureos.

Ad leg. Id eſt. 10.

Interpretatio eſt eius quod in *leg. præced.* dictum fuit de modica ſumma, quam Paulus interpretatur eſſe vſque ad duos aureos. Cuiacius verò legit & putat ſcripſiſſe Paulum *vſque ad duo millia ſeſtertiorum.* Sumpta coniectura ex lege *leg. Cornelia 25. §. vlt. De SC. Silan.* Iunctis illis quæ ipſe adiicit ex libris ſententiarum Pauli, quod iuniuè notandum eſt aduerſus eos qui putant ſi de tribus noſtris ſeculis aureis ageretur, fore vt actioni de dolo locus eſſe deberet, iung. *lege quotieſcunque 5. Codice, de ſuſcept. & arcar. libro 10. titul. 70.* Puto tamen nihil certi hac de re conſtitui poſſe, ſed pro rerum, temporum & perſonarum qualitate nunc magnam, nunc modicam ſummam aliter atque aliter æſtimari debere: proinde arbitrio iudicis hoc totum relinquendum eſſe.

11. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NOn debet dari.

1 ¶ Quibuſdam perſonis non dabitur : vtputa liberis, vel libertis aduerſus parentes, patronóſve, cùm ſit famoſa a. ¶ Sed nec humili b aduerſus eum qui dignitate excellet, debent dari : puta plebeio aduerſus conſularem receptæ auctoritatis : vel luxurioſo, atque prodigo, aut alias vili aduerſus hominem vitæ emendatioris. Et ita Labeo. Quid ergo eſt ? In horum perſona dicendum eſt, *in factum* verbis temperandam c actionem dandam, vt bonæ fidei mentio fiat d.

Ad leg. Non debet. 11.

Rat. dub. Iura generaliter cõſtituuntur non in ſingulas perſonas, *l. iura non in ſing. 7. de ll.* Ergo non ſunt diſtinguendi parẽtes aut patroni à cæteris. Præſertim cùm honor nullus debeatur iis qui vel poteſtate ſua vel reuerẽtia ſibi debita in aliorum perniciem abutũtur, *§. 1 inſt. de his qui ſui vel al. iur. l. ſed ſi. 10. §. pen. de in ius vocand.* Sibi enim debent imputare, nec damnũ in eo videntur ſentire quod ex culpa ſua ſentiunt, vulg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Quomodo & ſolemus dicere reatum extinguere honorem omnem, *leg. 1. C. vb. ſenat. vel clar. ciuil. vel crim.*

Rat. dec. Quamvis pater aut patronus dolum admiſerit, non ideo tamen aut parens, aut patronus eſſe deſinit, idcóque non minor reuerentia ei debetur, cui ſcilicet locum facit nomen ipſum patris aut patroni non ius poteſtatis aut patronatus, *l. 4. de curat. furioſ. d. l. 10. §. fin. de in ius vocand.* Tamen magis quod ad ipſius quoque filij, aut liberti honorem pertinet, vt non infamem patrem aut patronum habere videatur. Nec ideo tamen dolus parentum aut patronorum impunitus manet, quia per actionem in factum vindicatur.

a *Cùm ſit famoſa.* Ratio dubit. Exceptio doli non eſt famoſa, *l. licet 7. §. nec exception. de obſeq. patr. præſt.* Nulla enim exceptio eſt quæ infamet cùm ex actione tantùm non etiam ex exceptione poſſit ſequi condemnatio quæ ſola infamat, *l. infamem 7. de publ. iud.* Ergo non eſt bona ratio qua hîc vtitur Vlpianus.

Ratio decidendi. Imò bona eſt conſecutio. Nam ſi exceptio doli non eſt danda contra parentes aut patronos, quia doli mentionẽ habet, quamvis non ſit famoſa, quanto magis verum erit non eſſe dandam de dolo actionem, quę & eandem mentionem doli habet & præterea eſt famoſa. Ideo autem ne quidem exceptiones doli dantur liberis contra parentes aut libertis contra patronos, quia licèt non ſint famoſæ, onerant tamen exiſtimationem eius cui opponuntur apud bonos & graues viros, *l. 4. §. aduerſ. De doli except.* deſcendendum igitur erit ad actiones in factum, *d. l. 7. §. 1. dict. l. licet.* Sed huic legi valde illud obſtare creditur, quod idem Vlpianus ſcribit in *leg. ſi quis vxori 52. §. ſed ſi filius verſ. an autem pater. de furt.* Patrem ſi filio ſuo rem caſtrenſis peculij ſubtraxerit, non tantum facere furtum filio, ſed ei actione quoque furti teneri. Nam quod Cuiacius poſt Accurſium tentat debere id intelligi, non de directa furti actione, ſed de vtili & in factum, pugnat euidenter cum verbis Vlpiani. Malo dicere ſpeciale eſſe in rebus caſtrenſis peculij, vt earum nomine filius etiam contra patrem furti agere poſſit. Ratione illa quod in caſtrenſi peculio filiusfamilias ex conſtitutionibus pro patrefamilias habeatur, *leg. 2. de SC. Macedon.* Ex conſtitutionibus, inquam, non ex voluntate & beneficio patris, quæ res facit, vt plus iuris hac parte habere debeat quàm emancipatus, qui licèt verè paterfamilias ſit, hoc ipſum tamen habet ex facto & voluntate patris qui eum manumiſit, & cui proinde tanto maiorem reuerentiam debet, ſcilicet tanquam patri & tanquam patrono, *l. 1. §. vlt. ſi quis à patr. manum.* At in caſtrenſi peculio voluerunt conſtitutiones filiumfamilias patrisfamilias iure in omnibus cenſeri, quaſi nec patrem vllum habere videretur, ſi quid fortè ex iis bonis inuito filio pater contrectare vellet. Inuito autem filio contrectatas fuiſſe res à patre ponendum neceſſariù eſt cum de furto agimus. Siquidem furtum nihil aliud eſt, quam contrectatio rei alienæ inuito domino, *l. 1. de furt.* Nec grauatè ferunt parentes Romani quod liberi ſuis circa res caſtrenſis peculij adeo faueatur. Fuit enim ſemper illis diſciplina caſtrorum antiquior quàm charitas liberorum, inquit Paulus in *leg. poſtliminium 19. §. filius quoque fam. de caſtrenſ. pecul.* An ergo ſimiliter dabimus filiofam. actionem de dolo contra patrem ſi dolum paſſus ſit in re aliqua caſtrenſis peculij? Non puto. Vt nec aliam vllam famoſam prætoriam: quia prætor cuius eſt actionem dare, iuriſdictionẽ ſuam temperare poteſt hoc cõſtitutionum iniuria non etiam in iis actionibus, quæ aut ex *l. 12. tab.* aut ex ipſis etiam conſtitutionibus proficiſcuntur.

b *Sed nec humili.* Ratio dubitandi, ad Religionem magiſtratuum maximè pertinet, vt prouideant ne potentiores afficiant iniuria humiliores & pauperiores, *leg. illicitas 6. infrà ne potentiores de off. præſ.* Ergo non debet diſtingui an humilis ſit qui contra potentiorem hanc actionem ſibi dari poſtulat, an potentior aduerſus humiliorem. Quanto enim potentior quis eſt, tanto grauius dolum eius in republica bene conſtituta iudicari æquum eſt.

Ratio decid. Humilem perſonam intelligere ſolemus, non eam quæ pauper tantùm ſit, ſed quæ ſit, etiam abiecta conditione vitæ, vt & in *l. humilem 7. C. de inceſt. nupt. l. 1. C. de nat. lib.* Atque ita etiam Accurſius hunc locum interpretatur, ſed parum probabiliter. Vlpian. enim ipſe quem prius humilem dixerat, poſtea plebeium vocat, opponitq; viro conſulari & receptæ auctoritatis. Melius ergo eſt, vt videamus nullam fieri iniuriam pauperi & plebeio, cùm ei actio de dolo aduerſus conſularẽ virum denegatur, quandoquidem æquè indemnitatem ſuam conſequi poterit per actionem in factum. Quid ergo? Fauetur tantùm viro conſulari & ipſius honori parcitur, quod ſine pauperis iniuria & incommodo fiat. Idémque eſt ſi luxurioſus aut prodigus, aut aliàs vilis perſona velit agere de dolo aduerſus hominem vitæ emendatioris, vt ex Labeone ſubiungit Vlpian.

c *In factum verbis temperandam.* Ratio dubit. Neque liberis aduerſus parentes, neque libertis contra patronos reſtitutio in integrum dari debet, *leg. vlt. Cod. qui & aduerſ. quos in integ. reſt. non poſſ.* Atqui actio ſiue de dolo, ſiue in factum, quæ ex hoc edicto datur ſpecies eſt reſtitutionis in integrum, *l. 1. ſupr. de in integ. reſtit.* Ergo non magis in factum quàm de dolo actio in iſtas perſonas danda eſt.

Ratio dec. Conſtitutio illa Iuſtiniani non loquitur de reſtitutione quæ fit ex hac parte edicti, ſed de illa quæ fit beneficio ætatis ex ſeq. tit. de minor. in eóq; facit ius nouum, vt bene Cuiac. notat ex *l. 3. §. ſed virum. & l. patr. 27. §. vlt. inf. tit. prox.* Ex quib. locis apparet iure vetere potuiſſe liberos reſtitui contra parentes ex qualibet edicti parte, quamvis nunquã ita vt haberent actionẽ de dolo. Accurſ. aliis quidem verbis, ſed eodem ſenſu reſpondet Iuſtin. de ea tantum reſtitutione loqui, quæ datur officio iudicis, non de ea quæ iure actionis. Ex edicto namq; de minoribus nulla actio competit, ſed totum pendet ex prætoris cognitione, *l. quod ſi minor. 24. §. vlt. de minor.*

d *Vt*

d *Vt bona fidei inertio fiat.* Non tantùm per abnegationem contrarij & malæ fidei, vt malè Accurſ. interpretatur, ſed per expreſſionem bonæ fidei, vt actio illa in factum detur liberis contra parentes, aut libertis contra patronos in id omne quod ex bona fide præſtari oportet. Effectu enim ipſo his verbis dolus ſatis indicatur & vindicatur, cui nihil tam contrarium eſt, quàm bona fides, *l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vend.*

12. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

NE ex dolo ſuo luctentur.

Ad leg. 12. Ne ex dolo.

Ratio dubitandi. Non haberet filius conueniendi patris poteſtatem, aut libertus patroni ſi pater filium non emancipaſſet, ſi libertum patronus non manumiſiſſet. Ergo neutri permittendum eſt, vt contra patrem patronúmve, quamvis doloſum agant, *l. filio 7. vt leg. nom. caue. leg. 4. C. de obſeq. patr. præſt.*

Ratio dec. Non ideo conferuntur beneficia, vt decipiatur vel decipi poſſit impunè is qui accipit: ſed è contrario vt ex beneficio commodum ſentiat, *l. in commod. 27. §. ſicut commod.* Nec quidquam adeo contrarium eſt beneficio quàm maleficium & dolus.

13. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

HÆredibus tamen harum perſonarum, item aduerſus hæredes de dolo actione erit danda [f].

Ad leg. Hæredibus. 13.

Ratio dubitandi. Eadem intelligitur eſſe perſona hæredis quæ fuit defuncti, vulg. iurib. Ergo actio De dolo quæ non potuit dari contra defunctum, neque contra eius hæredem danda erit.

Ratio decidendi. Quædam ſunt adeo perſonalia & cohærentia perſonæ defuncti, vt ad hærede transire non poſſint inter quæ eſt reuerentia, cuius præſtandæ neceſſitas vt plurimum ex ea qualitate & conditione perſonæ proficiſcitur, quæ non tranſit ad hæredem, *l. quia tale 13. ſolut. matr. l. etſi fideiuſſ. 24. §. 1. & leg. ſeq. de except. rei iud.* Nam quod hæredis & defuncti eadem perſona eſſe intelligitur, fit ex iuriſfictione cuius tanta vis eſſe non poteſt, vt in omnibus naturæ veritatem repræſentet, *l. filio 23. de lib. & poſt.* Ergo cùm hæres liberti non ſit libertus, nec hæres plebeij ſemper plebeius, poterit habere actionem de dolo contra patronum, aut contra virum conſularem, contra quem eam habere defunctus non potuiſſet. Similiter contra hæredem patris aget de dolo filius, quia hæres patris pater non eſt, itémque contra patroni hæredem libertus, quia nec patroni hæres patronus eſt, nec patronatus iura habet niſi ſit ex liberis.

e *De dolo actio.* Ratio dubit. Facilius eſt vt alicui detur exceptio quam vt actio, *l. 1. §. ſi autem infr. de ſuperf. l. inuit. 156 §. cui damus de reg. iur.* Atqui libertus ſi à patroni hærede conueniatur, non poteſt ei obijcere doli exceptionem, *leg. apud Celſum 4. §. aduerſus, in fin. de dol. except.* Ergo multo minus de dolo actionem contra eum habere debet.

Ratio decidendi. In actione de dolo quæ datur contra defuncti hæredem, non agitur niſi de calculo, *l. Sabin. 29. inf. hoc tit.* At in exceptione doli excipitur & tractatur de dolo, vt Accurſius optimè hic explicat & longè melius, quàm Cuiacius qui nullam hac parte inter actionem & exceptionem doli agnoſcit differentiam. Planè dubitandum non eſt poſſe libertum obijcere contra hæredem patroni exceptionem doli ob dolum ipſius hæredis, aut filium contra hæredem patris, vt in *l. ſi præteritus 15.* quæ omnino ſic accipienda eſt, *de bon. poſſ. contr. tabul.* Item Accurſius ſubtiliter quærit, vnde naſcatur hæc actio de dolo, quæ datur contra hæredem defuncti, cùm neque hæres in dolo fuerit, ſed defunctus, neque actio de dolo vnquam contra defunctum competierit, ſed nunc primùm incipiat competere contra hæredem. Reſpondet primum & malè actionem hanc de dolo eſſe eandem in ſubſtantia cum actione in factum quæ contra defunctum competebat, quamvis habeant diuerſa nomina. Sed mox & melius eſſe quidem duas actiones, vt ex eo conſtat quod alterius ſunt viræ & qualitatis, cùm vna ſit famoſa, alia non famoſa, vna annalis, alia perpetua, *leg. in hærede 26. infrà, cum ſeqq. in fine, eod.* Sed vtramque tamen naſci ex dolo defuncti, ſed contra defunctum dari in factum contra hæredem de dolo, alia atque alia ratione propter diuerſitatem perſonarum, quod verum eſt,

f *Erit danda.* Sed an petenda erit venia, vt libertus poſſit agere De dolo contra hæredem patroni? Ita putat Accurſ. ex *leg. 2. Cod. de in ius voc.* Mihi aliud videtur. Petere ſiquidem veniam debet is qui aduerſus eum acturus eſt cui honorem, & debeat & exhibere velit. An non autem ridiculus eſſet, qui veniam peteret ad exhibendum honorem ei contra quem paratus eſſet inſtituere famoſam actionem? In aliis actionibus non famoſis ſanè aliud eſt.

1 ¶ Item in cauſæ cognitione verſari Labeo ait, ne in pupillum [a] de dolo detur actio, niſi fortè nomine hæreditario conueniatur [b]. Ergo arbitror, & ex ſuo dolo conueniendum, ſi proximus pubertati eſt: maximè ſi locupletior ex hoc factus eſt [c].

Ad §. 1. Item in cauſa.

a *Ne in pupillum.* Ratio dubitandi. Ætas in delictis non excuſat, *l. 1. C. ſi aduer. delict.* Ergo non minus in pupillum, quàm in cæteros debet dari De dolo actio.

Ratio dec. Pupillus non eſt doli capax: quoniam hæc ætas illa etiam quæ videt, ignorat, *l. vnic. C. de falſ. monet.* Niſi ſit proximus pubertati, vt ſequitur in hoc §. *leg. 3. §. Iulian. de tribus act. l. 1. §. an in pupillum depoſ.*

b *Niſi fortè nomine hæreditario conueniatur.* Ratio dubitandi. Actio de dolo cùm ſit famoſa, & notet perſonam eius qui dolum commiſit, non poteſt dari in hæredem, qui dolo caret. Dolus enim eſt quid perſonale quod ab vno ad alium non tranſit. Ergo nec ſi pupillus nomine hæreditario conueniatur, de dolo tamen teneri poteſt.

Ratio decidendi. Tenetur pupillus actione de dolo, cùm hæres eſt ſicut & cæteri hæredes, iiſdémque ipſis caſibus, id eſt, ſi quid ad eum ex defuncti dolo peruenerit, ſecundum ea quæ diximus ad initium huius l. iunct. *leg. in hæredem 26. & ſeq. infrà eod.* Aut ſi lis cum defuncto fuerit conteſtata, *leg. vni. Cod. ex delict. defunct.* Neutro enim ex his caſibus actio eſt famoſa in hæredem qui non ex proprio, ſed alieno dolo conuenitur. Et iniquum eſſet ob perſonam pupilli deteriorem fieri conditionem eius qui cum pupillo contraxit, *leg. Æmilius 41. infrà titul. proxim. leg. apud Iulianum 3. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eat.*

c *Maximè ſi locupletior ex hoc factus ſit.* Ratio dubitandi. Pupillus locupletior factus omnimodo tenetur ex constitutione D.Pij, *l. 3. §. pupillus l. ſi pupilli 6. in prin. ſupr. de negot. geſt.* Nam hoc natura æquum eſt neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura 24. iunct. §. fin. l. præced. de condict. indeb.* Ergo non debuit hæc adiectio ſubiici cùm tractaretur de pupillo proximo pubertati.

Ratio decidendi. Quòd pupillus factus ſit locupletior, efficit quidem vt teneri debeat actione ex constitutione D. Pij, ſed non vt teneatur actione de dolo, quæ vt competat, neceſſe eſt dolum interuenire, cuius portò capax non eſt pupillus niſi ſit proximus pubertati. Quanquam cùm pubertati adeò vicinus eſt, vt ſit etiam doli capax, non requirimus præterea vt locupletior factus ſit. Alterutrum enim ſufficit, *dict. leg. 1. §. an in pupill. depoſ.* Ideóque adiecit hîc Vlpianus *Maximè*. Pubertati autem proximus is vulgo creditur, qui ſemeſtri tantùm abeſt à pubertate, ex *leg. non tantum 17. de excuſ. tutor.* de quo alibi ſcripſimus.

14. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

QVid enim, ſi impetrauerit à procuratore petitoris [d]: vt ab eo abſolueretur: vel ſi de tutore mentitus [e], pecuniam accepit: vel alia ſimilia admiſit, quæ non magnam machinationem exigunt [f]?

Ad leg. Quid enim. 14.

d *A procuratore petitoris.* Ratio dubitandi. Poteſt hoc caſu alio remedio ſuccurri petitori, nimirum vt cauſam ex integro agat, & ſi obiectatur exceptio rei iudicatæ, replicet de dolo, *l. cùm à te 25. infrà, eod.* Ergo non poteſt hoc caſu locus eſſe actioni de dolo, ne quidem contra maiorem multominus contra pupillum. Præſertim cùm etiam aduerſus procuratorem agi poſſit mandati, *l. ſi procur. 8. §. 1. infr. mandat.*

Ratio decidendi. Non habet locum replicatio doli contra exceptionem rei iudicatæ niſi cùm replicatur de dolo quem paſſus ſit ille ipſe qui agit non alius eius nomine, vt ſcripſi ad *l. 7. §. pen. ſuprà eod.* Nam nec dolus quilibet victoris impedire poteſt auctoritatem rei iudicatæ, *leg. eleganter 23. §. ſi quis poſt tranſact. de cond. indeb.* Planè actio mandati locum hic haberet contra procuratorem ſi is ſoluendo eſſet, ſed ponendum eſt non eſſe ſoluendo ex *d. § pen.* itemque ſubiicienda alia exceptio ex *dicto § pen.* niſi paratus ſit aduerſarius qui vicit pati vt iudicium in ſe transferatur ſub hac exceptione, *ſi colluſum ſit.*

e *Vel ſi de tutore mentitus.* Aut quia dixerit tutelam finitam, quæ adhuc durabat, aut tutorem eum eſſe, qui non erat, vt in *l. quæcunque 12. § fin. de publ.*

Ratio dubit. Qui cum alio contrahit, aut eſt, aut debet eſſe ignarus conditionis eius cum quo contrahit ex regula iuris. Ergo is cui pupillus de tutore mentitus eſt imputare ſibi debet, cur pupillo crediderit, de ea re quam explorare meliùs potuiſſet.

Rat. dec. Nihil poteſt imputari ei qui ne eſſet ignarus conditionis eius cum quo cõtrahebat, non ab alio quàm ab eo ipſo quæſiuit quis eſſet, fidémq; affirmanti habuit. Nemo enim propitiis auribus eum audiat qui aduerſario velit obiicere, *cur mihi credidiſti?* arg. *l. extr. 33. de iur. dot.*

f *Quæ non magnam machinationem exigunt.* Ratio dubitandi. Actio de dolo niſi ea magna & euidenti calliditate dari non debet, *l. & eleganter 7. §. vlt. ſup. eod.* Ergo ob iſta quæ magnam machinationem non exigunt, actio de dolo danda non eſt.

Ratio decidendi. Magna machinatio eſt, cùm tanta eſt quanta cadere poteſt in perſonam ipſam quæ dolum machinatur, vt aduerſarius decipiatur.

15. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

SEd & ex dolo tutoris, ſi factus eſt locupletior, puto in eum dandam actionem, ſicut exceptio datur.

Ad l. Sed ex dolo. 15.

Ratio dubitandi. Dolus tutoris pupillo, neque prodeſſe, neque nocere debet, *leg. 3. quand. ex fact. tutor.* Non enim tutor domini loco eſt, perſonámque pupilli repræſentat niſi cum rem pupillarem rectè adminiſtrat, non cùm improbè ac perfidè, *leg. qui fundum 7. §. ſi tutor. pro emptor.* Et per huiuſmodi perſonas pupillis ſolet fauctri non noceri, *l. 4. §. illa etiam quæſtio. de doli except.* Ergo ex dolo tutoris nunquam actio contra pupillum danda eſt.

Ratio decidendi. Non datur regulariter, ſed eo demum caſu quo pupillus ex dolo tutoris locupletior factus ſit, quoniam alioqui tutoris dolus pupillo prodeſſet. Igitur dolus tutoris pupillo nunquam nocet, *leg. penult. de tab. exhib. leg. neque interdicto 198. de reg. iur.* Niſi hactenus, ne proſit. Tam enim abſurdum eſt prodeſſe quàm iniquum nocere. Dices vix vnquam poſſe fieri vt tutoris dolus noceat pupillo, quippe qui contra tutorem eo nomine habiturus ſit actionem ad indemnitatem conſequendam, ſi modò ſoluendo ſit tutor, *l. 1. §. hoc edict. ne vis fiat ei qui in poſ. miſ.* Vbi ea ſpecies proponitur, in qua non potuit pupillus fieri locupletior ex dolo tutoris prohibentis eum quẽ prætor in poſſeſſionem miſit. Prohibendo enim nemo ſibi acquirit, ſed ius ſuum duntaxat ſi quod habuit, ſibi conſeruat. Et certè ſi in ea ſpecie pupillus locupletior factus eſſet, teneretur omnimodo etiamſi tutor non eſſet ſoluendo. Nec enim vlla indemnitas deberi poteſt ei qui non cõuenitur, niſi quia & quatenus locupletior factus fuit. Reſpondeo noceri ſatis pupillo ſi ob dolũ tutoris cogatur aliquid præſtare, quamvis poſtea ſit habiturus repetitionem. Ipſius námque intereſt non ſoluere potius quàm ſolutum repetere, *l. 3. de compenſ.* Ideóque dici ſolet neminem ob id ſolum obligari debere, quia recepturus ſit ab alio quod præſtiterit, *l. nemo ideo 171. de reg.* Cur ergo in ſpecie, *d. §.* hoc edicto tenetur pupillus ex dolo tutoris, licèt non factus ſit locupletior? Puto vix aliã afferri poſſe cauſam quàm quòd edictum illud ſpectet ad tuendam, vindicandámque auctoritatem prætoris quæ toties offenditur quoties is, qui in poſſeſſionem à prætore mittitur, prohibetur, *l. 1. §. 1. & 2. ill. tit.* Quæ res tanti momenti viſa eſt, vt tolerabilius viſum ſit prætoris aliquo incommodo affici pupillum ex dolo tutoris quàm parci pupillo cui ſufficere debet quod nullum damnũ ſentiat habiturus quandoque regreſſum aduerſus tutorem qui ſoluendo eſt. Incõmodum enim duntaxat eſt non damnum, ſi quis cogatur hodie ſoluere quod ab alio poſtea ſit repetiturus. Extra hunc caſum nunquam tenetur pupillus ex dolo tutoris ſi non locupletior factus ſit, vt ſcriptum eſt in hac *l. & in l. 4. § illa etiam quæſtio, de dol. mal. exc.* Obiiciuntur tamen varij iuris loci in quibus contra ſcriptum eſt, *leg. ſumma 21. §. ſi dolo de pecul. l. 3. §. pen. de trib. act. l. 1. quand. ex fact. tutor. leg. vlt. de adminiſt. tutor.* Cuiacius reſpondet

det

det omnes eos locos ſic accipiendos eſſe vt pupillus teneatur quidem ex dolo tutoris quamuis non factus locupletior, ſed ad hoc tantum vt iis actionibus cedat, quas contra tutorem habet. Quæ ſententia parum diſtat ab illa, Bartoli, de qua ad *d. l. vlt. de adminiſtr. tutor.* Sed interpretatio hæc licèt Vlpiani verbis ſatis conueniat in ſpecie, *d. leg. 3. §. pen. de tributor.* non tamen conuenit ceteris legibus, quæ eandem actionem dant contra pupillum ex dolo tutoris, cùm nihil ad pupillum peruenit, ſi modo tutor ſoluendo ſit, quam darent ſi quid ex eo tutoris dolo ad pupillum perueniſſet, quo tamen caſu nemo diceret liberari pupillum ceſſione actionum. Pugnat verò omnium maximè cum hac interpretatione, *d. l. vlt. de admin. tutor.* Primùm in ipſo legis initio cùm ait. Non ſolùm quòd dolo, ſed etiam quòd culpa tutoris pupillus ex hæreditate deſiit poſſidere, eius æſtimationem in petitione hæreditatis ſine vlla dubitatione venire. Quomodo enim poſtea æſtimatio fieri contra pupillum, ſi ad ſolam actionum ceſſionem pupillus teneatur? Deinde in eo quod ſequitur, *ita ſi pupillo de indemnitate cautum ſit.* (ſic lego non vt vulgo *hæreditate.*) quid enim de indemnitate laborandum habet is qui actiones ſuas præſtare tantùm cogitur. Siquidem nullum in eo damnum, nullum incommodum, nullum diſpendium eſt, *l. in creditore 38. de euict.* Quare & ſubiicitur apud Pomponium, ne quis dubitationi locus ſit, *à quo ſeruari poteſt id quod pupillus ex litis æſtimatione ſubierit.* Denique in verſ. *ſed quare euictam est*, apertè ſcriptum eſt, tunc demum eo decurrendum eſſe, vt pupillus actiones duntaxat quas contra pupillum habet, præſtare debeat, cùm tutor ſoluendo non eſt ne alioqui damnum pupillus ſentiat. Aliud ergo haud dubiè ſenſit Iureconſultus eo caſu quo tutor ſit ſoluendo. Ego video & obſeruo iuris locos omnes ſupra relatos, aut ex Pomponio ſumptos eſſe, aut ex Pomponij ſententia ſcriptos, qui Ariſtonem ſecutus in ea videtur fuiſſe ſententia, vt non eam diſtinctionem adhibendam crederet, quam ceteri adhibebant. Verum ex tutoris dolo pupillus factus eſſet locupletior nécne, ſed eam quam Ariſto, an tutor eſſet ſoluendo nécne. Vt ſi ſoluendo eſſet, omnimodo condemnari deberet ad pecuniam, ſalua ei contra tutorem indemnitatis actione, ſi autem ſoluendo non eſſet, tunc demum ceſſione actionum liberaretur. Huiúſque inter Iureconſultos diſſenſionis argumentum non leue præbet Vlp. in *d. l. 4. §. illa etiam quæſtio*, cùm ait ventilatam eſſe quæſtionem illam inter pleroſque. Item cùm ſubiicit, *& ego puto vtilius.* Poſtremò cùm addit, *nec illud diſtingendum eſſe, cautum ſit ei, an non ſoluendo ſit, an non tutor.* quibus verbis apertè conuellitur ſupradicta Ariſtonis & Pomponij diſtinctio, de qua in *d. l. vltim. de admin. tutor.* & in *d. l. quod ex fact. tutor.* Et ſanè ratio illa qua mouetur Vlpianus & magna eſt & elegans, *vnde enim diuinat is qui cum tutore contrahit.* Alioqui facilè fiet, vt eo metu ne tutor ſoluendo non ſit, plerique deterreantur ne cum tutoribus contrahant, atque ita pupillorum vtilitates deſerantur, vt in *d. l. quod ſi minor. 24. §. 1. de minor.* Idque eſt quod prius idem Vlpianus dixerat ſe hoc vtilius putare, ſed & idem Vlp. in *d. l. 3. §. pen. de tribut. act.* an non apertè diſſentiat à Pomponio, cùm poſteaquam ſcripſit pupillum ex tutoris dolo hactenus teneri tributoria, ſi quid ad eum peruenerit, ſubiungit, *quamuis Pomponius*, & quod addit *& ſanè hactenus tenebitur*, non ſic accipiendum eſt quaſi redeat in ſententiam Pomponij quam improbauerat, ſed hoc potius ſenſu, vt ſi quis cum Pomponio aduerſus ceteros Iureconſultos velit pupillum teneri tributoria ex dolo auctoris, poſſit quidem ea ſententia fortaſſe tolerari, ſed ita ſi aliter accipiatur quàm ex mente Pomponij, id eſt, vt non ad aliud pupillus teneatur, quàm ad actiones quas contra tutores habet præſtandas, ſi tamen ea adiectio Vlpiani eſt, ac non potius Triboniani, vt poſtea dicemus, Addo quod Papin. in *l. 3. quand. ex fact. tutor.* vulgo iactari ait. Dolum tutoris pupillo non nocere, vt oſtendat fuiſſe illam vulgatem prudentum traditionem, licèt diſſentientem habuerit Pomponium, cuius opiniones & ſi plerunque laudantur, non ſemel tamen reprehenduntur. Poſſet etiam fortaſſe tentari in iis ſpeciebus, quas Pompon. tractauit, non dari actionem de dolo, neque aliam vllam ex dolo tutoris in pupillum non factum locupletiorem, ſed eam ipſam quæ contra pupillum competitura eſſet etiamſi nullus tutoris dolus interueniſſet, putà de peculio in ſpecie, *d. l. ſumma 21. §. ſi ſolo de pecul.* tributoriam in *d. l. 3. §. pen. de tribut.* petitionem hæreditatis, in *d. l. vlt. de adm. tutor.* Vindicationem, in *d. l. quand. ex fact. tutor.* Eam ipſam porrò hic dari contra pupillum, ſi tutoris dolus interuenit, non vt ob tutoris dolum augeatur condemnatio, ſed vt ne minuatur. Vt putà, cum id peculio centum eſſet dolo tutoris factum ſit vt quinquaginta eſſe deſierint, perinde tenebitur pupillus in centum, ac ſi peculium eſſet integrum. Idémque in petitione hæreditatis, In quibus ſpeciebus non tam videtur dolus tutoris nocere pupillo quàm ei non prodeſſe, quippe qui nullo etiam tutoris dolo interueniente, ac ex natura actionis propoſitæ ad tantundem teneretur. Sed tamen animaduerto, nec hoc quidem ſenſu Pomponij ſententiam ceteris placuiſſe. Nam Papin. in *d. l. quand. ex fact. tutor.* ponit exemplum. & in tributoria, & in petitione hæreditatis, de quib. nominatim Pomponius tractauerat: nec dubitauerat quin conuentus pupillus hæreditatis petitione deberet præſtare æſtimationem eius, quod ſiue dolo ſiue etiam culpa tutoris pupillus ex hæreditate deſiiſſet poſſidere. Cùm tamen Papin. in *d. l. 3.* non aliter hoc admittendum putet quam ſi quod tutoris dolo in hæreditate eſſe deſiit pupillari rationibus illatum probetur. Cui conuenit quod in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Vlp. ſi extrinſecus aliquid tutor dolo admiſerit nocere id pupillo non oportere. Extrinſecus enim dolus admitti dicitur à tutore, non cùm extra contractum pupillarem aliquid dolo facit, ſed cum extra rerum pupillarium adminiſtrationem & vtilitatem, id eſt, circa rem quæ nihil cum pupilli vtilitatibus habet commune. In iis enim quæ ad tutoris officium & adminiſtrationem pertinent, aliud ſanè eſt quod & probatur optimè, ex *l. 2. C. de his quib. vt indig.* Quare nec probare poſſum nouam illam diſtinctionem Cuiacij an tutoris dolus ex contractu deſcendat, nécne, vt ſi ex contractu deſcendat, ita demum ex eo pupillus teneatur, ſi locupletior factus ſit, ſi verò extra contractum admiſſus ſit, non teneatur ex eo pupillus, nec ſi ex eo locupletior fieri videatur, niſi tutor ſit ſoluendo, ex *d. l. 4. §. illa etiam quæſtio de doli mal. except.* Et enim locos vel ſolus planè contrariam opinionem potius probat. Obſeruandum ſiquidem eſt tres ibi caſos ab Vlp. tractati, quorum primus eſt *ſiue quis emerit à tutore rem pupilli*, ſecundus eſt, *ſiue contractum ſit cum eo in rem pupilli.* Tertius, *ſiue dolo quid tutor fecerit*, qui vltimus caſus, vt ab aliis diſtet, non aliter accipi poteſt quam de tutoris dolo qui extra contractum interuenerit, non tamen extrinſecus, ſed circa rationes & vtilitates pupilli. Sequitur enim ſtatim *& ex eo pupillus locupletior factus eſt*: quæ adiectio non ad duos priores caſus referenda eſt, ſed ad vltimum coarctanda, vt ipſe verborum contextus probat. Debuit ergo Cuiacius dicere potius, pupillum teneri ex dolo tutoris extra contractum admiſſo, ita demum ſi pupillus eo locupletior factus ſit, & quidem ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non (fruſtra namque adhiberetur ea diſtinctio in pupillo locupletiore facto, qui nulla, vt diximus, eget indemnitate) non teneri ſi factus non ſit locupletior, quamuis tutor ſit ſoluendo. Duobus autem prioribus caſibus, ſiue quis emerit à tutore rem pupilli (quæ ſpecies, vt nemo non videt, longè diuerſa eſt) & in eo contractu dolus tutoris interuenerit pupillum ex eo dolo teneri omnimodo, id eſt, neque diſtinctione illa Pomponij adhibita verum tutor

ſit ſoluendo, an non, neque alia, quàm in tertio caſu Vlp. probat. An pupillus ex eo dolo factus ſit locupletior, an non. Nec enim malè contrahitur cum tutoribus, inquit, idem Vlp. noſter, in *l.4.§.vlt. de euict.* vbi, quod magis eſt, Papinianum reprehendit in eo quòd cùm ſcripſiſſet. Si impuberis nomine tutor vendiderit, poſtea edictione ſecuta dare in eum, cuius tutela geſta ſit, vtilem actionem adiecerat, *in id demum quod rationibus eius accepto latum eſſet.* Quaſi non in totum teneri pupillus deberet, nec ſi tutor ſoluendo eſſet: Vlp. verò contra, etiamſi ſoluendo non ſit tutor, magis putat vt ex eius facto teneri pupillus debeat: cuius ſententiæ eam rationem illam afferat, quod non malè cum tutoribus contrahatur, eaque non minus locum habeat interueniente dolo tutoris qui fortè ſciens rem alienam quaſi pupillarem vendiderit, conſequens eſt, vt idem iuris vtroque caſu conſtituendum exiſtimauerit; alioqui reſtringenda eſſet illius legis ſententia ad eum caſum quo tutor alienam rem quaſi pupillarem ignorans vendidiſſet, quòd non patiuntur verba quæ ſunt generalia, præſertim cùm in ea ſpecie tractetur de tutore doloſo qui totum pretium quod pupilli nomine accepit, rationibus tamen pupilli non intulit. Nam & perinde ad vtrumque caſum accommodari poteſt alia illa ratio quam affert idem Vlp. in *d.§. illa etiam quæſtio. Vnde enim diuinare poteſt is qui contrahit cum tutore?* Nam ſi ei qui bona fide contrahit cum tutore qui ſoluendo non erat imputari non poteſt cur non diuinauerit quod ſoluendo non eſſet, multo minùs poteſt ei imputari qui non diuinauit dolum tutoris, cuius exploratio longè difficilior eſt. Hoc ipſo igitur quod dicimus non malè contrahi cùm tutoribus, conſequens fit vt qui cum tutore contraxit, ſi dolum ab eo paſſus ſit, pupillum habere debeat eo nomine omnimodo obligatum. Neque ſanè verius quidquam dici poteſt quàm quod olim Pædius generaliter dicebat, & Vlp. probat, in *l. quòd ſi nolit. 31. §. ſi mancipium, verſ. quod in procuratore de ædil. edict.* quibus rerum adminiſtratio permiſſa eſt eorum culpam, [quidni multo magis dolum?] abeſſe præſtare non inique dominum cogi. Nec iam mirabitur quiſpiam quod nos volumus diſſenſiſſe à Pompon. Vlp. qui nec à Papin. diſſentire erubuit. Obſtat tamen quod ex eodem Vlp. ſcriptum legimus, in *l. Iulianus 13. §. ſed cùm in facto de act. empt.* vbi propoſita quæſtione ſi tutores in rei pupillaris venditione dolum admiſerint, an eum dolum præſtare pupillus debeat. Reſpondet cum diſtinctione. Si quidem ipſi tutores vendiderint, ex empto eos teneri neque id dubium eſſe; ſed ſi pupillus auctoribus eis vendiderit, in tantum teneri eum, qui in quantum locupletior ex eiuſmodi dolo factus ſit tutoribus, inquit, in reſiduum perpetuò condemnandis, quia nec transfertur in pupillum poſt pubertatem, hoc quod dolo malo tutorum factum eſt. Me verò multa in eo §. malè habent mouéntque vt facilè ſuſpicer Tribonianum manus ſuas ad eum locum admouiſſe. Primum illud quod cùm Iulianus ſcripſiſſet quæſtionis eſſe an pupillus tutorum dolum qui in rei pupillaris venditione interuenerit præſtare debeat, reſpondetur adhibita, vt à Tribonian. fieri ſolet, diſtinctione, ſed cuius prior pars ad propoſitam quæſtionem nihil pertinet. Sic enim habent verba, *& ſiquidem ipſi tutores vendiderunt ex empto eos teneri nequaquam dubium eſt.* Hic vero caſus ſicut nullam penitus habet dubitationem, ita nec aliquid ſimile cum propoſita quæſtione. Quærebatur enim non an tutores ipſi qui vendidiſſent rem pupillarem, & dolum admiſiſſent, tenerentur, ſed an pupillus, ad quam quæſtionem nihil dum reſpondetur. Quod autem ſequitur, *ſed ſi pupillus auctoribus iis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus eſt:* & ſi ad propoſitam quæſtionem accommodatum eſt, non tamen ſatis bene cum priore diſtinctionis parte coniungitur. Illa enim aduerſatiua, *ſed ſi* oſtendit diuerſitatem iuris non minùs quàm facti: & tamen dubitari non poteſt quin ipſis etiam tutoribus ſine pupillo vendentibus teneri debeat pupillus ex dolo ipſorum ſi locupletior factus ſit. In eo námque Iureconſulti omnes conſentiunt. Quænam ergo erit differentia inter priorem ſpeciem & poſteriorem? Deinde verò quid poteſt effectu ipſo intereſſe an quis contrahat cum pupillo tutore auctore, an cum tutore ſine pupillo. Nam & pupillorum vtilitas id omnino exigit vt cum tutore perinde poſſit quis tutò contrahere ſine pupillo, atque ſi pupilli perſona interueniret, *d.l.4.§.vlt.de euict.* iunct. *l. quæcunque 13.§.fin. de publ. in rem act.* Sed & ablatiui illi abſoluti qui ſtatim ſequuntur, *tutoribus in reſiduum perpetuo condemnandis*, adeo ſunt Triboniani familiares, quomodo & illa diſtinguendi formula, *& ſiquidem, ſed ſi*, vt nihil mihi poſſit eſſe ſuſpectius. Deque probabile eſt in quæſtione iſta quæ, inter prudentes tantopere fuit controuerſa [quod & indicant verba illa, *quæſtionis eſſe ait*, ſiue Iuliani ſint, ſiue Vlpiani, ſiue Triboniani] ſumpſiſſe ſibi Tribonianum partes arbitri, vt ex ſuo ingenio rem totam componeret. Quod & ab eodem factum puto, in *d.l.3. §. pen. de tribut. act.* vbi poſt propoſitas Vlpiani & Pomponij contrarias ſententias addidit ille proculdubio quaſi eas conciliaturus, ſed contra mentem vtriuſque Iureconſulti, *& ſanè hactenus tenebitur vt actionem quam contra tutorem habeat præſtet.* Quam adiectionem Triboniani eſſe illud etiam apertius detegit quod in *fin. d. l.3.* ita ſcriptum eſt. *Dolus autem quatenus noceat, oſtendi.* Vbinam enim gentium ſic Vlpian. vnquam locutus eſt? Quod non animaduertentes nonnulli quibus ea locutio prorſus inſolens & dura viſa eſt, exiſtimarunt deeſſe illo loco dictionem, *debes*, aut quam aliam ſimilem, quaſi verbum illud, *oſtendi*, ſit infinitiui modi paſſiui, cùm ſit præteriti actiui. Eadémque audacia puto eundem Tribonianum, in *d.l. neque 198. de regulis iuris*, de ſuo adiecisse, *neque in cæteris cauſis*, vt generalem faceret ſententiam quam credibile eſt à Iauoleno ad cauſam interdicti reſtrictam fuiſſe. Quanquam nihil vetat iis quoque verbis retentis reſtringi, tamen Iauolenum ad cauſas ſimiles interdicto, id eſt, in quibus interuenit dolus tutoris extra contractum. Vnica enim hæc differentia conſtituenda eſt: nimirum, inter dolum à tutore admiſſum in contractu pupillari [adde & in quaſi contractu, vt comprehendat caſum, *leg. 2. Codic. de his quibus vt indignis.*] & dolum admiſſum extra contractum pupillarem quòd maior ratio ſit vt dolum illum quàm vt hunc pupillus præſtet: quia contractus à ſolo tutore initus, ab ipſo pupillo initus exiſtimatur, cum quo aliter neque meliùs neque tutiùs contrahi potuit, quò pertinet quod Vlpianus ſcribit, in *leg. nam & ſi 10. §. 1. infr. de alienatione iudicij mutandi cauſa facta*, non poteſt autem ſeparari dolus qui in contractu interuenit ab ipſo contractu. At extra contractum aut quaſi contractum nemo dixerit dolum tutoris eſſe dolum pupilli, aut contrà. Ob idque certum eſt pupillum neque in interdicto, neque in cæteris ſimilibus cauſis ex tutoris dolo teneri, *l. ſi qui in puteum 11. §. ſi tutoris, quod vi aut clam.* vbi refertur ea fuiſſe Caſſij ſententia. Ergo & Iuliani qui Caſſianus fuit, itémque Papiniani qui à Iuliani opinionibus vix vnquam receſſit Audacior Vlpianus, quamuis & ipſe Caſſianus ſicut & Paulus, vt à Papiniano diſſentiret, etiam à Caſſio in hac ſpecie videtur diſſenſiſſe, niſi quòd dici poteſt conſenſiſſe potiùs cùm Caſſio in propoſitione vniuerſali quæ habet, ex dolo tutoris pupillum non teneri: diſſenſiſſe verò à Papin. in ſpecie cum dolus tutoris in contractu interuenit. Habet enim ea ſpecies rationem ſpecialem, & ab aliis differentem, quam nos explicauimus. Ergo vt ad rem noſtram redeamus, cùm tractamus de actione de dolo, verum eſt non poſſe illam dari ex dolo tutoris in pupillum, niſi pupillus locupletior factus ſit: quia non datur ex contractu, neque ex quaſi contractu, ſed ex dolo extra contra-

ctum

ctum aut quaſi contractum amiſſo. Ad quæſtionem verò noſtram nil pertinet quod ſcriptum eſt, in *l. ſi dolo* 24. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* vbi pupillus tenetur quidem ex dolo tutoris pro ea quidem dumtaxat portione hæreditaria quæ ad eum peruenit ſi non ex aſſe poſſideat hæreditatem ab inteſtato: ſed tamen ita vt pro ea parte teneatur etiam ſupra quàm ad eum peruenit ex dolo tutoris ſi fortè pœnas partem illam hæreditariam aut legatis aut ære alieno exhauſtam eſſe, ita vt habeat plus incommodi quàm commodi. Nempe quia is quaſi contractus pupillaris fuit ex quo pupillum teneri æquum eſt in ſolidum etiam ob dolum tutoris perinde atque ex contractu, *d. l. 4 §. vlt. de euict. d. l. 4. §. illa etiam quæſtio de dol. except. d. l. 2. C. de his qui vt indig.* Magis ad rem pertinet quod ſcriptum eſt, in *l. ait prætor.* 10. *§ ſi impubes, quæ in fraud. cred.* ſi impubes patri hæres extiterit eiúſque impuberis mortui bona veneant ſeparatione impetrata vtriuſque fraudem eſſe reuocandam, id eſt, non tantùm patris qui in creditorum ſuorum fraudem alienauerit, ſed etiam pupilli ſiue tutoris, quia in contractibus & quaſi contractib. pupillaribus nihil planè intereſt an ab ipſo pupillo fraus adhibita ſit, an à tutore ipſo, ne alioqui per legē decipi videantur qui accedunt ad contrahendum cum tutore nomine pupilli, quos tamen lex ipſa inuitat vt ſic contrahant non contracturi vtique niſi perſuaſum haberent bene rectéque contrahi cum tutoribus. Atque ita totam quæſtionem hanc explicandam arbitror, non quomodo explicata eſt hîc à Cuiacio, nec quomodo, à Bart. in *l. vlt. de tut.* & in *d. leg.* 24. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.*

a *Sicut exceptio datur.* ſcilicet doli, inquit Accurſ. ex *dict. l. 4. §. illa etiam quæſtio, & §. ſi quis non. in fin. de dol. exception.* Eadem enim hac parte ratio eſt actionis & exceptionis doli. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi.

1 ¶ Sed, an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex ſuo quidem dolo non poſſe dari: quid enim municipes dolo facere poſſunt? ſed ſi quid ad eos peruenit [a] ex dolo eorum, qui res eorum adminiſtrant, puto dandam.

Ad §. 1. Sed an in municipes.

Ratio dubitandi. Etiam municipes vim & metum inferre poſſunt, *lege metum 9. §. animaduertendum ſupr. titul. 1.* & conſentire poſſunt ad poſſeſſionem apprehendendam, *leg. 2. de acqu. poſſ.* item eligere magiſtratum, *l. 2. §. iiſdem de orig. iur.* Ergo & dolum committere.

Ratio decidendi. Non poſſunt omnes ſimul conſentire, *l. 1. §. vlt. de acq. poſſ. l. vn. infr. de lib. vniu.* propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem, *lege item ſi vnus 27. §. principaliter de recept. qui arb.* Ergo ex ſuo dolo non poſſunt conueniri, quia dolus ſine voluntate & conſenſu decipiendi nullus eſt. Dicuntur quidem aliquando conſentire, quia quod maior pars municipum facit, hoc ab omnibus factum videtur, *leg. quod maior. 19. ad munic. l. aliud 160. §. 1. de reg. iur.* ſed cum actio de dolo requirat vt deſignetur certa perſona cuius dolo factum ſit, *§. vlt. infr. eod.* apparet non poſſe hoc fieri contra municipes, niſi ſinguli ſeparatim dolum admiſiſſe probentur. Nec enim aut omnes municipes aut alios pro aliis infames fieri oportet, quod tamen neceſſariò contingeret ſi ex ſuo dolo municipes actione iſta conuenirentur. Omnes enim quotquot conuenirentur famoſi eſſent, etiamſi non niſi ex aliorum maioriſque partis dolo conuenirentur. In actione *quod met. cauſ.* aliud eſt, *d. §. vlt.* Nam nec illa famoſa eſt niſi contra eum ipſum cuius perſonalis dolus probatur, de quo diximus ad *l. item ſi cum 14. §. eum qui metum ſupr. tit. prox.*

a *Sed quid ſi ad eos peruenit.* Ratio dubitandi. Non videntur municipes mandaſſe generaliter quod ſpecialiter non erant mandaturi, *l. ſi pater 12. infr. qui. cred. leg. obligatione 6. de pign.* Atqui nemó credendus eſt ſpecialiter mandaturus fuiſſe alteri vt dolum admitteret. Eſſet enim illud delictum cuius præſumptio ſemper odioſa & improbabilis eſt, *l. merito 51. pro ſoc.* Ergo neque mandato generali huc continebitur, quia mandatum omne cum ſit bonæ fidei recipere debet interpretationem ex bona fide quantumuis generale ſit, *l. creditor 60. §. pen. mand.*

Ratio decidendi. Ratihabitio comparatur mandato, *l. vlt. C. ad Senatuſc. Maced.* etiam in delictis, *l. 1. §. ſed & ſi quod alius infr. de vi & vi armata.* Ratum verò habene municipes dolum eorum qui rem vniuerſitatis tractarunt, cùm id retinent quod ex eo dolo ad vniuerſitatem peruenit, *dict. l. 1. quod igitur verſ. quippe cùm de vi & vi arm.*

2 ¶ De dolo autem decurionum in ipſos decuriones dabitur de dolo actio.

Ad §. 2. De dolo autem.

Ratio dubitandi. Decurionum corpus vnum ſicut & vniuerſitatis conſtans ex pluribus diſtantibus, *l. rerum mixtura 30. de vſucap.* Ergo non magis in decuriones quàm in municipes dari poteſt de dolo actio cùm conſentire non poſſint.

R. dec. Alia ratio eſt decurionum, alia municipum. Decuriones ſinguli ſunt decuriones. At ſinguli municipes ex vniuerſitate non ſunt vniuerſitas, nec vniuerſitatem repreſentant. Facilius ergo eſt vt de dolo decurionum detur in eos actio de dolo quàm vt ex dolo municipum detur eadem actio in vniuerſitatem. Nam qui decuriones ſunt, à quibus dolus admiſſus ſit facilè ſciri poteſt, & ſi omnes dolo fecerint, hoc quoque ſciri poteſt. Sed neque omnes municipes dolo facere poſſunt, quia corpus vniuerſitatis magis vagum & incertum eſt quàm ordinis decurionum, neque aliis nocere niſi ſint ex iis qui res municipum adminiſtrant.

3 ¶ Item ſi quid ex dolo procuratoris ad dominum peruenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum peruenit: nam procurator ex dolo ſuo proculdubio tenetur [b].

Ad §. 3. Item ſi quid.

Ratio dubitandi. Factum procuratoris eſt factum domini. Nec enim quidquam refert an per ſe quis faciat an per alium, *l. ſi is quod 7. §. pen. de iuriſd. l. 5. §. geſſiſſe de admin. tut.* Ergo de dolo procuratoris dominum teneri oportet in ſolidum, non in id tantùm quod ad eum peruenit.

Ratio decidendi. Mandato quantumlibet generali nunquam continetur poteſtas faciendi quid dolo malo; vt dixi ad §. 1. *ſupra, ex leg. creditor. 60. §. penult. mand.*

b *Procurator ex ſuo dolo proculdubio tenebitur.* ſcilicet in ſolidum.

Ratio dubitandi. Nemini officium ſuum quod alterius cauſ. ſuſceperit, damnoſum eſſe debet, *l. ſi ſeruus 61.* §.

§.quod verò de furt. Ergo procoratot ex dolo quem io mandato exequendo admiſit, oon debet teneri niſi quatenus ad eum peruenit.

Ratio decidendi. Non ei mandarum nocet vt in ſolidum conueniatur, ſed dolus ſuus quem admiſit extra cauſam mandati, & de quo etiamſi aliqoid ei mandatum fuiſſet, idem tamen eſſet: quia doli admittendi, vt & alterius flagitioſæ cuiuſlibet rei, mandatum nullum eſt, *l. ſi verò non remunerandi* 12. *§. ſi adoleſcens. l. ſi madauero* 23. *§. qui eadem mandat.*

4 ¶ In hac actione deſignari oportet, cuius dolo actum ſit [c]: quamuis in metu non ſit neceſſe.

Ad §. vlt. In hac actione.

Ratio dubitandi. Eadem ratio videtur eſſe doli & metus, quia ſicut metus ignorantiam, ita & dolus, cum volenti & ſcienti nunquam dolus inferatur, *l. nemo videtur* 145. *de reg. iur.* Ergo ſicut ob eam rationem conſtitutum eſt, in actione *quod met. cauſ.* vt non ſit neceſſe deſignari perſonam eius qui metum intulit, quia metus habet ignorantiam, *leg. item ſi quis cum* 14. *§. in hac actione ſupr. quod met. cauſ.* ita & in actione de dolo ita conſtitui debet.

Ratio decidendi. Qui dolum patitur, ignorat quidem ſe decipi, nec tam paciſcitur quàm decipitur, inquit, *l. qui cum tutorib.* 9. *§.* 1. *de tranſact.* ſed non ignorat à quo decipiatur. Scit enim poſtea dolo quandocuoque comperto, non ab alio ſe deceptum eſſe, quàm ab eo ipſo cum quo contraxit. At is qui metum patitur, planè neſcit plerunque à quo paſſus ſit, putà ſi viſo oientes ad ſe armatos extimuerit & fugerit, etſi oec quidquam vetat ſcire illum qui metum intulerit.

c *Cuius dolum factum ſit.* Item cui dolus factus ſit, nimirum actori ipſi. Item in qua re, vt ſubiicitur, *in l. ſeq.* In quo differt actio de dolo à doli exceptione, quæ licèt in perſonam ſit ex parte eius cui opponitur, tamen in rem eſt ex parte illius qui opponit, *leg.* 2. *§.* 1. *l. apud Celſum* 4. *§. pen. de dol. mal. except.* In exceptione autem *quod met. cauſ.* nec quis metum iotulerit, nec quis paſſus eſt, exprimi neceſſe eſt, *d. §. penult.* quod & Accurſ. noſterbene notat. Ratio euidens eſt. Nam ſi actio ipſa *quod met. cauſ.* io rem eſt, ex parte eius etiam contra qoem agitor, multo magis exceptio in rem eſſe debet ex parte eius cui obiiciatur.

16. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

ITem exigit prætor, vt comprehendatur, quod dolo malo factum ſit, ſcire enim debet actor, in qua re circumſcriptus ſit, nec in tanto crimine vagari.

Ad l. Item exigit. 16.

Ratio dubitandi. Dolus nullus imponitus eſſe debet, quiſquis ille ſit, & quemadmodum prætor nullo tempore ratum habet quod per vim aut metum geſtum eſt, *lege ſi mulier.* 21. *§.* 1. *ſupr. tit. prox.* ita nec quod per dolum. Ergo non eſt arctandus actor vt exprimat in qua re circumſcriptus ſit, ſed ſufficit vt in aliqua re, quæcunque tandem illa ſit, dolum ſibi illatum & dicat & probet.

Ratio dec. Quemadmodum actor non poteſt ignorare à quo circumſcriptus ſit, ita nec in qua re. Vtrumque enim ſimul ſit cùm perſona dolum facere niſi io aliqua re non poſſit. Ergo ſicut actor cogitur exprimere cuius dolo factum ſit, ita & in qua re, nec ei permittendum vt in tanto crimine vagetur cùm nihil ferè ſit in homioom negotiis in qoo dolus oon admitti poſſit, nec facilè poſſit is cui dolus obiicitur, dolum purgare, ſi non ſpecialiter intelligat qua in re dolum feciſſe dicatur. Quæ ratio facit vt in actione quoque iniuriarum idem conſtitutum ſit vt non ſufficiat actorem dicere illatam ſibi fuiſſe iniuriam, niſi etiam exprimat, in qua re, *l. prætor edixit* 7. *in princ. de iniur.* itémque in publicorum iudiciorum accuſationibus, *l. libellorum* 3. *de public iud.* Sed & in actione qualibet ciuili idem obtinet, *l. ſi rem* 6. *de rei vind. Auth. generaliter C. de epiſc. & cler.* Neque enim aliter poſſet deliberare reus vtrum contendere deberet an cedere, quod vnum tameo præcipuè maximæ curæ eſt, ne alioqui cogatur quis inuitus, litigare, qui alioqui paratus eſſet cedere ſi ſciret qua de re conueniatur. Nam & inde eſt quod ipſa quoque ſpecies actionis inſtitueodæ ante omnia edi debet, *l.* 1. *ſupr. de edend.*

17. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SI plures dolo fecerint, & vnus reſtituerit: omnes liberantur, quòd ſi vnus, quanti ea res eſt, præſtiterit: puto adhuc cæteros liberari.

Ad l. Si plures 17.

Ratio dubitandi. Suom cuiqoe dolum nocere oportet, & quod quis ſuo nomine & ob delictum ſuom ſoluit, nonquam alterum liberat, *l. ſi quid poſſeſſor.* 34. *in pr. de her. pet. l. Papinianus* 28. *mand.* Ergo cum plures dolo fecerunt, etiamſi vnus rem reſtituerit, non ideo tameo alij liberantur.

Ratio decidendi. Actio de dolo oon ad aliud datur quam vt actori res ſua reſtituatur, id eſt, quod ei abeſt per aduerſarij dolum, *l. prox. infr.* vbi dicemus. Atqui poſt reſtitutionem ab vno ex doloſis factam nihil iam abeſt actori: nec poteſt ei magis reſtitui quod iam ſemel reſtitutum fuit. Ergo non cum duntaxat qui reſtituit, ſed alios quoque liberari oportet.

c *Quanti ea res eſt, præſtiterit.* Ratio dubitandi. Aliud eſt præſtare rem, aliud verò quanti res eſt, id eſt, æſtimationem. Res eoim ſemel ab vno reſtituta, ab aliis reſtitui amplius non poteſt. At ſoluta per vnum æſtimatione, adhuc ſupereſt res ipſa quàm reſtituere alius poſſit: ergo hic caſus aliam habet rationem & differentem à ſuperiore.

Rat. dec. Qui rei ſuæ æſtimationem habet, rem ipſam aut habere videtur, aut ſaltem vendidiſſe: quia æſtimatio facit emptionem, *l.* 2. *pro emptor.* perindéque verum eſt nihil ei abeſſe, *l. quia pretio* 39. *de vſufructu.* Ergo non debet habere actionem de dolo, quæ noo datur niſi ad id quod abeſt actori.

1 ¶ Hæc actio in hæredem, & ſucceſſores datur duntaxat de eo, quo ad eos peruenit.

Ad §. 1. *Hac actio.*

Ratio dubitandi. Hæc actio eſt rei perſecutoria, per quam ſcilicet actor perſequitur id qood ſibi abeſt, *l. prox. infr. l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Ergo dari debet in

in hæredem ſicut & hæredi in ſolidum non id tantum quod ad hæredem peruenit, arg. *leg. item ſi cùm* 14. §. *in cauſ. ſupr. tit.* 1. In cóque differt actio hæc ab actione, *quod met. cauſ.* quæ maiori ex parte eſt pœnalis quæ ratio eſt propter quam non datur aduerſus hæredem niſi quatenus ad eum peruenit, *l. quod diximus* 16. §. *vlt.* vbi dixi *ſupr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Actio de dolo licèt rei perſecutoria ſit, non pœnalis tamen famoſa eſt, proinde non magis dari debet in hæredem quàm ſi pœnalis eſſet. An non enim ſatis magna pœna eſt infamia? Aut quænam ferè maior eſſe poteſt? Non ergo dari debet in hæredem qui ipſe non fuit doli conſcius, quique crimine caret, niſi hactenus ne ex defuncti ſcelere ditetur, id eſt, quatenus ad eum peruenit, aut eius dolo factum eſt ne perueniret, *l. in hæredem* 26. *& ſeq. infr. eod.* vbi dicam.

10. PAVLVS libro 11. ad Edictum.

ARbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur: &, niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio [a], quanti ea res eſt.

¶ Ideo autem & hic, & in metus cauſa actione [b], certa quantitas non adiicitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit. Sed officio iudicis debet in vtraque actione, taxatione iuſiurandum refrænari [c].

Ad l. 18. Arbitrio.

Ratio dubitandi. Nimis clementer agit prætor cùm ei qui dolum admiſit facultatem præſtat euitandæ condemnationis rem ipſam reſtituendo. Ita enim fit vt dolus maneat impunitus condemnatione nulla ſecuta, nec proinde infamiæ nota, quæ ex ſola condemnatione proficiſcitur. Ergo debuit ita ius conſtitui vt ex huiuſmodi actione contra doloſum omnimodo ſequi deberet condemnatio.

Ratio decidendi. Actionem iſtam quia famoſa eſt, non dat prætor niſi ex neceſſitate & alio omni remedio deficiente, vt actoris indemnitati conſultum eſſe poſſit ne dolus alienus ei noceat. Proinde vbi ſatisfactum eſt actori, ſatisfactum etiam eſt prætori cui ciuium exiſtimatio & fama præcipuæ curæ eſt.

a *Et niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio.* Eſt ergo hæc actio arbitraria ſicut & actio, *quod met. cauſ.* Arbitrariæ ſiquidem actiones ſunt, non ex quibus fit condemnatio arbitrio iudicis, vt plerique exiſtimant, ſed ex quibus, ſi non arbitrio iudicis res reſtituatur, ſequitur condemnatio, §. *præterea inſt. de act.*

b *Et in metus cauſa actione.* Ratio dubitandi In edicto *quod met. cauſ.* prætor pollicetur ſe daturum actionem in quadruplum ſi res non reſtituatur, *l. item ſi cum* 14. §. 1. *ſupr. prox.* Ergo in actione *quod met. cauſ.* certa quantitas adiicitur.

Ratio decidendi. Hic locus Triboniani & manum & imperitiam apertè detegit. Vtrumque enim euidenter falſum eſt quod ſub Pauli nomine ſcribit, & in actione quod metus cauſa non exprimi certam quantitatem, & tam in illa quam in hac actione in litem iurari. Ex iuris enim veteris ratione nunquam in his actionibus de dolo, & quod metus cauſa iuratur in litem, vt docui fuſiſſimè, *lib.* 16. *Coniect.* Idque probatur non obſcurè ex initio *l. vbi Paul. ſcribit.* [eſt enim proculdubio Pauli, non Tribon.] ſi non fiat reſtitutio arbitrio iudicis, ſequi condemnationem, *quanti ea res eſt.* Nihil enim aliud hæc verba ſignificant quàm aut veram rei petitæ æſtimationem, aut ad ſummum quanti re vera intereſt, *l. hæc verba* 179. *de verb. ſignific.* Quorum neutrum conuenit iuramento in litem, ex quo fit ſcilicet condemnatio ſuprà quam re vera interſit vt puniatur contumacia, *l.* 1. *& paſſ. infr. de in lit. iurand.*

c *Taxatione iuſiurandum refrænari.*] Hæc quoque adiectio Triboniani eſt. Iuris enim ratio non patitur vt quo caſu in litem iurari poteſt, iurandi facultas refrænatur, vt docui *eod. lib.* 16. *Coniect.*

1 ¶ Non tamen ſemper in hoc iudicio iudicis dandum eſt, quid enim, ſi manifeſtum ſit reſtitui non poſſe? veluti ſi ſeruus dolo malo traditus, defunctus ſit [d]: ideóque protinus condemnari debeat in id, quod interſit actoris.

Ad §. 1. Non tamen ſemper.

Ratio dubitandi. Actio de dolo ſemper eſt arbitraria. Nunquam enim bonæ fidei eſt, nunquam ſtricta, cùm non ex contractu deſcendat, neque ex quaſi contractu. Ergo ſemper arbitrium iudicis in ea præcedere debet, cum ex eo arbitrio nomen ſumant actiones arbitrariæ.

Ratio decidendi. Cùm ſeruus qui dolo malo traditus erat defunctus eſt, fruſtra iudex iuberet reſtitui rem peremptam, quæ amplius reſtitui per rerum naturam non poteſt. Ideóque protinus & rectà decurrendum eſt ad condemnationem eius quod intereſt actoris, quia per reum ſtet quominus arbitrio locus eſſe fierique reſtitutio poſſit.

d *Veluti ſi ſeruus dolo malo traditus defunctus ſit.* Rat. dubitandi. Homo peremptus poſt moram habetur pro viuo, *l. quod ſi nolit.* 31. §. *ſi mancipium de ædilitio edicto.* ideóque & priſtina actione peti poteſt perinde ac ſi viueret, *l. ſi ex legati* 23. *l. ſi ſeruum* 91. §. *nunc videamus & § fin. de verbor. obligat.* Ergo hoc etiam caſu perinde arbitrium præcedere poteſt ac ſi ſeruus dolo malo traditus adhuc viueret. Dolus enim plus quàm mora eſt cùm ſit crimen, *l. item exigit* 16. *ſupr. eod.*

Ratio decidendi. Seruus poſt moram peremptus habetur pro viuo hactenus vt peti poſſit, ne alioquin is qui moram admiſit liberetur, & obligatio intereidat: ſed non etiam vt præſtari poſſit. Æſtimatio enim præſtanda eſt, quæ ſola præſtari poteſt, *d. §. vlt.* Atqui arbitrium de reſtituendo non ad petitionem refertur, ſed ad præſtationem, vt verbum ipſum ſonat. Ergo fieri nequit vt arbitrium vllum interueniat de reſtituenda re iam perempta, quidquid in contrarium hic dicat Accurſius.

2 ¶ Si dominus proprietatis inſulam, cuius vſusfructus legatus erat, incenderit, non eſt de dolo actio: quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones [e].

Ad §. 2. Si dominus.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem eſt quæ ad *leg.* 7. §. *ſi ſeruum vſumfructuarium ſupr. hoc tit.* vbi dixi.

e *Aliæ ex hoc oriuntur actiones.* Accurſ. intelligit de *act. leg.*

l. Aquiliæ, & vtili in factum ex *l. ſed & ſi proprietatis* 12. *infr. ad l. Aquil.* Cuiacius de vtili actione damni iniuria quæ ab Aquiliæ, *l. actio*, parum diſtat, addit *& ad exhibendum fortaſſe*, ex *d. l. 7. §. ſi ſeruum ſupr. eod.* quod miror. Nam in *§. ſi ſeruum*, agitur de ſeruo occiſo. In hoc autem *§. de ædib. exuſtis*, quarum nomine etiamſi exuſtæ non eſſent actio ad exhib. non daretur cùm ſint immobiles. Nec enim actio ad exhibendum comparata eſt ob res immobiles, ſed ob mobiles tantùm, quæ niſi exhibentur facilè celari poſſunt, *l. 2. 3. & paſſ. ad exhib.* Quid ſi ædificium in area fructuaria poſitum ſit à proprietario? Non fit deterior, ſed melior. Ergo nec *l. Aquil.* actio nec damni iniuria locum habere poterit. Atqui vſusfruct. ea ratione amittitur, quia res mutatur. Rei autem mutatione vſusfructus perit. Agendum igitur erit ex teſtamento ſi vſusfructus teſtamento conſtitutus fuerat, aut etiam interdicto, *Quod vi aut clam. leg. repeti 5. §. vlt. & l. ſeq. infr. quibus modis vſusfructus amitt.* Interdum de dolo, ſcilicet ſi aliis actionibus locus eſſe non poſſit, *leg. Antaus 4. de aq. plu. arc. leg. falſus 43. §. ſi quis nihil. de furt.*

3 ¶ De eo, qui ſciens commodaſſet pondera, vt venditor emptori merces appenderet Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin ſi maiora pondera commodauit: id quod amplius mercis datum eſt, repeti condictione poteſt: ſi minora, vt reliqua merx detur, ex empto agi poteſt, niſi ſi ea conditione merx venit, vt illis ponderibus traderetur [g]: cùm ille decipiendi cauſa affirmaſſet, ſe æqua pondera habere.

Ad §. 3. De eo.

f *Repeti condictione poteſt.* R. dub. Videtur actio ex vendito locum hoc caſu habere ne venditor decipiatur, vt & in ſpecie ſeq. locum habet actio ex empto ne emptor decipiatur. Atque ita putat Accurſ. ex *l. 3. §. ſed ſi venditor infr. ſi menſ. falſ. mod. dixer.* Ergo non eſt locus condictioni. Nam condictio nunquam poteſt concurrere cum actione ex empto aut ex vendito. Siquidem neque hæc neque illa dari poteſt alij quàm cuius intereſt, nihil autem intereſt eius qui poteſt condicere, vt ratiocinatur Vlp. ex Pomp. in *d. l. 3. verſ. Pomponius.*

Ratio decidendi. Actio ex vendito locum habere non poteſt. An quia, vt ait Cuiac. id quod amplius mercis nomine venditor dedit venditione non comprehenditur? Atqui id quod propter falſam modi renuntiationem venditor plus æquo tradidit, venditionem comprehenditur, ideóque habet venditor actionem ex vendito contra emptorem, vt amplius pretium ſoluat, *d. §. ſed ſi vend.* Quidni ergo quòd amplius mercis datum eſt ob falſa pondera? Hoc nemo explicat. Puto ego aliam eſſe rationem venditionis fundi quæ fit ad certum modum, aliam eius quæ fit ad certum pondus aut menſuram. Venditio quæ fit ad certum pondus incipit ferè ſemper à pondere, nec niſi ex pondere ſciri poteſt quantum venierit. Venditor enim dicit ſe tot libras vendere, emptor verò ſe tot emere. Proinde ſi maioribus quam oportuit ponderibus merx librata ſit, verum eſt quod amplius datum eſt venditum non fuiſſe, quia neque venditor id vendere, neque emptor emere voluit. Putà ſi decem libræ plumbi venditæ fuerant quæ maioribus ponderibus æſtimatæ libras XII. efficiant, *l. ſi quis vxoris 52. §. maiora de furt.* Ergo non ex vendito competere actio venditori hoc caſu poteſt, ſed tantùm condictio. At ſi minora fuerunt pondera, non pretij condictio emptori competet qui læſus fuit, ſed actio ex empto vt reliqua merx detur, quia non quemadmodum is qui pauciores libras vendidit, plures vendidiſſe dici non poteſt, ita è contrario qui plures vendidit poteſt dici non pauciores vendidiſſe. Cùm verò fundi venditio fit admodum certum, vt plurimum, incipit à corpore, venditúrque quidquid eſt intra certos confines. Modus autem quæritur non vt ſciatur quid aut quantum venierit, ſed quantum pretij nomine emptorem præſtare oporteat, pretio ſcilicet in ſingula iugera conſtituto. Ideóque ſi renunciatum ſit intra confines fundi venditi centum eſſe iugera, cùm eſſent duntaxat nonaginta, & ita deceptus emptor centum iugerum æſtimationem ſoluerit, non poteſt agere ex empto vt reliqua iugera dentur. Reliqua enim nulla ſunt quæ in venditionem venire poſſunt, cùm id tantùm ſit venditum quod intra confines reperietur. Nec quod habeat venditor alia in[...]a vnde ſupplere poſſit quod venditioni defuit ad rem facit, quia nunquam plus præſtare venditor cogi poteſt quàm vendiderit, nec fundus pro fundo recipit functionem, *l. 2. §. 1. de reb. cred:* Illud ergo supereſt vt emptor habeat condictionem pretij, quippe quod ſit apud venditorem ſine cauſa. Quod diuerſum eſt vendita merce quæ recipiat functionem in ſuo genere, *leg. ſi quis à me 33. de act. empt.* qui locus ſine dubio etiam accipi debet de olei venditione quæ inceperit à corpore non à pondere. Alioqui non haberet venditor actionem ex vendito, ſed condictionem, vt in hoc §. E conuerſo autem non haberet emptor actionem ex empto vt reliqua merx daretur, cùm venditio cœpiſſet à corpore, ſi eadem eſſet ratio olei quæ fundi, vt conſtat ex *dict. l. 3. ſi menſ. falſ. mod. dix.* quæ dat emptori condictionem non ex empto actionem, & ita lex illa concilianda eſt cum cæteris. Conciliationem probant verba illa, *Oleum quod emiſſet*, item, *vt in modo me falleret.* Sed ſi venditor ipſe fraudatus à menſore maiorem modum tradiderit putà centum iugera cum renuntiatum eſſet nonaginta tantùm eſſe, & ita non niſi de nonaginta iugerum pretium ab emptore acceperit habere debet non condictionem decem iugerum quaſi æquè ſint ſine cauſa penes emptorem, [non enim ſunt ſine cauſa cùm fuerint vendita, vt puta intra dictos confines ſita] ſed actionem ex vendito, vt quod iuſto & conuento pretio deeſt, ſuppleatur, *dict. l. 3. ſi menſ. falſ. mod. dixer.* Non enim poteſt emptor cauſari ſe non emiſſe, nec rurſus quominus rei ſibi venditæ ac traditæ pretium præſtet recuſare. Quid igitur ſi venditio fundi inceperit à modo? Nam & id aliquando fit, vt putà ſi tibi vendidero tot iugera intra hos vel illos confines? vt in *leg. qui fundum 40. §. qui agrum. de contrah. empt.* Eo caſu puto obſeruandum quod in hoc §. ſcriptum eſt de merce vendita quæ pondere conſtat. Et è conuerſo ſi ponas venditionem mercis pondere conſtantis non à pondere cepiſſe, ſed à corpore, vt putà ſi vendidero tibi omne oleum quod eſt, in tali loco, ſed conſtituto in ſingulas metretas certo pretio, idem obſeruandum dicam quod in ſpecie, *d. l. 3.* ex parte ſcilicet venditoris non emptoris, *d. l. ſi quis à me de act. empt.* Sed tamen regulariter alia ratio eſſe ſolet eorum quæ pondere, numero, vel menſura conſtant, alia fundorum. Illa enim vt plurimum ſic vendi ſolent, vt non prius nec aliter venditio perfecta videatur, quam ſi appenſa, admenſa adnumeratáve ſint, *l. quod ſæpè 35. §. in his de contrah. empt.* Fundorum verò venditio vt plurimùm incipit à corpore, nec de modo agitur niſi per conſequentias. Denique pondus, menſura, & numerus dant legem ipſi venditioni, modus autem non niſi pretio venditionis, pretio, inquam, non taxato, ſed iam taxato.

g *Vt illis ponderibus traderetur.* R. dub. Eſt in poteſtate contrahentium vendere & emere quibus velint ponderibus, *l. imperatores 72. de contrahend. emptione.* Ergo ſi

ea

ea conditione merx venit, vt illis ponderibus traderetur. non poteſt locum habere actio de dolo.

Ratio decidendi. Eſt in poteſtate contrahentium vt paciſcantur quibus velint ponderibus aut menſuris rem tradi ſed qui decipitur putans iuſta eſſe pondera quæ alius dolo malo affirmat iuſta eſſe cùm non ſint, is paciſci & conſentire non videtur, *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. de tranſact.* Habet igitur actionem de dolo, quia hoc caſu non poteſt aut ex empto agere aut ex vendito, neque rurſus condicere indebitum, cum nominatim conuenit vt commodatis ponderibus qualia eſſent merx traderetur. Dices: vbi competit actio furti ceſſare actione de dolo, *d. l. 7. §. idem Labeo*, vbi dixi *ſupra hoc titulo.* In propoſita verò ſpecie competere actionem furti, non ſolùm in eum ex contrahentibus qui ſcit falſa & iniqua eſſe pondera, ſed etiam in eum qui ſciens ſcienti commodauit, quaſi cuius ope & conſilio furtum factum ſit, *d. l. ſi quis vxori 52. §. ſi maiora, de furt.* Quòd ſi ponas ſcientem ignoranti commodaſſe, adhuc competet vtilis actio ſiue in factum, *l. ſi is qui rem 66. §. pen. eod.* Ergo nullo caſu de dolo agi poterit. Reſpondeo cum Cuiac. nec furti actioni locum eſſe poſſe nec vtili ſeu in factum, quando manifeſtè conſtat contrahentes hæc ſibi pondera delegiſſe & approbaſſe, & idcirco ſolam ſupereſſe actionem de dolo in commodatorem, qui alterutrius decipiendi cauſa affirmauit æqua ſe pondera habere. Eadem actio de dolo cæteris etiam caſibus locum habebit quibus condictio quidem competat venditori, aut actio ex empto emptori, ſed contra eum qui non ſit ſoluendo, arg. *d. l. 3. ſi menſ. falſ. mod. dix.* Cætera huius §. Cuiacius aut malè aut nullo modo explicauit, nec feliciùs Accurſ. cum ſua illa magna diſtinctione, licèt Bart. eam valdè pulchram dicat, & pleniorem quàm ſit aliqua parte mundi.

4 ¶ Dolo cuius effectum eſt, *vt lis temporibus legitimis tranſactis pereat* [h], Trebatius ait de dolo dandum iudicium: non vt arbitrio iudicis res reſtituatur, ſed vt tantum actor conſequatur, quanti eius interfuerit id non eſſe factum: ne aliter obſeruantibus lex circumſcribatur.

Ad §. 4. Dolo cuius.

Ratio dubitandi. Edictum de dolo reſtitutorium eſt & pars edicti generalis. De in integrum reſtitutionibus, *l. 1 ſupr. l. 1. de in integr. reſt.* Atqui reſtitutio nihil aliud eſt quam redintegrandæ rei vel cauſæ actio, vt Paul. in Senten. definit, ideóque debet reſtitutio quælibet id reddere quod abſtulit læſio: vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, *l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio de minor.* Ergo ſi alicuius dolo effectum ſit vt lis legitimis temporibus pereat, lis ipſa reſtituenda eſt arbitrio iudicis, & ni reſtituatur, tunc demum facienda condemnatio eſt in id omne quod intereſt actoris.

R. dec. Prætor nihil poteſt nec vult facere contra leges, *l. nec non 28. §. quoad eius qui ex cauſ. maior. l. cum ſponſus 12. §. ſi res de public.* Atqui faceret contra leges ſi daret in integrum reſtitutionem ad reſtituendam litem quam lex certis temporibus perire iuſſit & quæ ob eam cauſam legitima tempora appellantur, in hoc §. & in *l. ſi iudex. 32. de iud.* Ergo nullum præcedere arbitrium hoc caſu debet de re reſtituenda, ſed rectà decurrendum eſt, ad condemnationem eius quod intereſt, vt & in ſpecie *§. 3. huius l.* Tantò magis quod lites omnes ſunt odioſæ vt eas ſemel extinctas reſuſcitari nunquam oporteat, ne quidem imperiali reſcripto, *l. cauſas 16. C. de tranſ.*

h *Vt lis temporibus legitimis tranſactis pereat.* Cuiacius ſic intelligit vt actio putà redhibitoria vel quanti minoris tempore amittatur. Parum ſubtiliter. Aliud enim eſt litem perire, aliud verò actionem amitti. Cúmque actiones omnes temporales deſcendant ex iure honorario, id eſt, vel prætorio, vel ædilitio, qui fieri poteſt vt legitima ſint tempora quibus actiones illæ concludantur? Imò verò legitimæ actiones & ciuiles, id eſt, quæ ex legibus, aut ex ſenatuſconſultis aut ex conſtitutionibus proficiſcuntur, fuerúntque Vlpiani noſtri temporibus totóque iure vetere vſque ad conſtitutionem Theodoſij, in *l. 3. C. de præſcr. 30. vel 40. an.* quod & Iuſtinianus refert initio *tit. de perp. & temp. act.* Nullum ergo fuit legitimum tempus quo perimerentur, at fuit legitimum tempus quo lites & ciuiles & criminales finirentur, vnde & lis mortua dicitur, in *l. 2. iud. ſolut.* quanquam & hoc quoque ab Imperatoribus immutatum eſt, *l. properandum 13. C. de iudic. leg. 2. Cod. vt intr. cert. temp. crim. quæſt. termin.* Ergo nec ad rem pertinet quod huic loco obiicere noſtri ſolent Dari à prætore reſtitutionem etiam ad reſtituendam actionem cuius dies exiit, ex *leg. prætor. 23. §. vltim. cum l. ſeq. ex quibus cauſ. maior.* Nihil enim prætor facit contra leges cùm reſtituit actionem tempore finitam, quando ea ipſius prætoris imperio & iuriſdictione fiat, non ex legibus vt actio tempore finiatur: præter id quod ipſius etiam prætoris eſt actionem dare vel denegare. Æquè abſurdum eſt quod noſtri obiiciunt. Per litem perpetuari actionem, quæ alioqui tempore finiretur, cum lis incipiat eſſe ex die factæ conteſtationis, cuius ea vis eſt vt actionem etiam temporalem perpetuet, *l. aliam 19. C. de nona.* Nam perpetuatur quidem actio per litis conteſtationem, ſed non ideo lis perpetuatur, quam legitimis temporibus perire neceſſe eſt ſi non ante terminetur. Nos autem de litis non de actionis peremptione tractamus. Tractant etiam noſtri de peremptione inſtantiæ, qui alius quoque tractatus eſt. Fieri enim facilè poteſt vt inſtantia pereat, quamuis contrà fieri nequeat vt lis moriatur & ſalua ſit inſtantia.

i *Ne aliter obſeruantibus lex circumſcribatur.* In ſignis eſt hic locus contra errorem interpretum & pragmaticorum noſtrorum exiſtimantium aduerſus præſcriptionem 30. vel 40. ann. dari à prætore reſtitutionem in integrum ſi iuſta ſit aliqua cauſa dandę reſtitutionis. Id enim faciunt vt lex circumſcribatur quæ pleniſſimam dat ſecuritatem ei qui eiuſcemodi præſcriptione tutus ſit. Cúmque poſt Imperatorum conſtitutiones tempus actionum etiam ciuilium ſit legitimum, facit proculdubio contra leges & conſtitutiones quiſquis dat in integrum reſtitutionem, vt actio legibus perempta reſuſcitetur vt alibi ſcripſi.

5 Si ſeruum, quem tu mihi promiſeras, alius occiderit [k]: de dolo malo actionem in eum dandam plerique rectè putant: quia tu à me liberatus ſis [l]: ideóque legis Aquiliæ actio tibi denegabitur [m].

Ad §. vlt. ſi ſeruum.

k *Alius occiderit.* Rat. dub. Cùm fideiuſſor debitoris promiſſum hominem occidit, alius ſanè occidit quàm debitor, ideóque & debitor ipſe liberatur quaſi interitu rei debitæ citra ipſius moram aut culpam vllam contingente, vt ſcriptum eſt, in *l. prox.* Atqui nihilominus fideiuſſor ex ſtipulatione tenetur, *leg. mora. 32. in fin. de vſur.*

l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de ſolut. ne ſcilicet alioqui ſit in poteſtate fideiuſſoris vt facto ſuo proprio tollat obligationem, *l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* Ergo non rectè putant qui actionem de dolo hoc caſu dandam putant.

R. dec. Debet hic locus intelligi de eo caſu quo ſeruus promiſſus occiſus fuerit ab alio quàm à fideiuſſore, Ab eo ſcilicet qui nunquam fuerit obligatus ad eum præſtandum. Quo caſu certum eſt non aliam quàm de dolo actionem contra occiſorem dari poſſe. Fideiuſſoris enim qui ipſe obligatus fuit ad hominem præſtandum alia certè ratio eſt, vt dicemus ad *l. ſeq.*

l *Quia tu à me liberatus ſis.* Debitor enim ſpeciei liberatur interitu ſpeciei citra moram & culpam vllam contingente, *l. ſi ex legati 23. & ſeq. de verbor. oblig.* non tamen habet locum ſi quis in odium promiſſoris & ob inimicitias cum eo ſuſceptas promiſſum hominem occidit, quia hoc caſu promiſſor ipſe occidiſſe videtur qui damni & occiſionis cauſam præſtitit, *leg. ſi merces 25. §. culpa autem infr. locat.*

m *Ideóque legis Aquilia actio tibi denegetur.* Rat. dub. Actio l. Aquiliæ competit domino cuius ſeruus occiſus eſt, *l. 2. l. liber homo 13. in princ. & §. ſi ſeruus & paſſ. ad l. Aquil.* Atqui debitor quamvis debitor ſit, non eo minus tamen remanet dominus rei debitæ. Alioqui nec eius ſolutione liberaretur. Ergo perinde actionem leg. Aquil. debet habere contra occiſorem ac ſi dominus non eſſet.

Ratio decidendi. Actio illa lege Aquiliæ non datur cuilibet domino, ſed ei tantùm qui damnum paſſus eſt. Damna enim domino ſalua eſſe voluit, *§. ſi ſeruus dict. l. liber. homo 13.* Atqui nullum in hac ſpecie damnum eſt debitoris, cuius ſcilicet nihil intereſt quòd ſeruus debitus occiſus ſit cùm eius interitu ſit liberatus. Puto tamen diſtinguendum eſſe an purè an in diem homo deberetur. Illo caſu ſi ante moram homo occiſus ſit, ceſſare actionem l. Aquiliæ, quia omnimodo eum promiſſor dare debuit, nec ipſius quidquam penitus intereſt. At ſi ante diem occiſus ſit, Aquiliam competere propter commodum medij temporis quod promiſſori eripitur, à quo ſtipulator nihil petere ante diem potuiſſet. Eadémque diſtinctio fit cùm hominem debitum ſtipulator ipſe occidit. Et ita volunt quidam accipi quod Papinian. ſcribit in *l. legis Aquiliæ 54. ad l. Aquil.* de homine promiſſo ante moram per ſtipulatorem occiſo: id eſt, antequam debitor eo nomine interpellatus eſſet aut interpellari potuiſſet. Nam licèt quiſquis purè debet, non ideò ſit in mora quouſque interpellatus ſit congruo loco & tempore, *d. l. mora in princ.* vix tamen negari poteſt quin creditor, qui hominem ſibi purè debitum occidit, ſibi potiùs quàm alij iniuriam faciat. Sed tamen magis eſt vt hoc quoque caſu commodum medij temporis eripiatur promiſſori, cum perinde omnia commoda per ſeruum debitum acquirantur domino eidémque debitori ac ſi debitor non eſſet. Nihil enim ex ſtipulatione præſtatur, niſi quod nominatim promiſſum eſt, *l. quidquid adſtringenda 99. de verbor. obligat.* Sufficit autem damnum vel minimum infligi domino vt habeat l. Aquiliæ actionem. Dices, cur ergo non habet in propoſito, id eſt, cùm alius quàm ſtipulator occidit? Nam & hoc caſu medij temporis commodum aufertur debitori & longè facilius eſt vt occiſor extraneus videatur iniuriam voluiſſe facere domino quàm vt ſtipulator, qui ſibi ipſi ſanè magis quàm promiſſori nocet, cùm ſibi debitum purè ſeruum occidit. Sed reſpondendum eſt, cùm extraneus promiſſum hominem occidit, id eum agere vt ſtipulatori noceat magis quàm vt promiſſori, idque, lex Aquilia non teneri, nec ſtipulatori qui non fuit dominus, nec promiſſori cui nocere noluit & cui potius profuit, quandoquidem eum liberauit. Cùm verò ipſe ſtipulator occîdit, non tam ſibi quàm debitori nocere voluiſſe credendus eſt, qui ſeruum occidere maluit quàm petere, atque ita effecit ne alius quàm debitor eius ſerui dominus eſſe vnquam potuerit. Ratio enim cur debitori, l. Aquiliæ actio non competat illa eſt, quia ſtipulatori damnum potius illatum videatur. Idque non alia ratione quàm quod ſeruus ille ſi occiſus non fuiſſet ſtipulatori dari & potuiſſet & debuiſſet. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm per ſtipulatorem ipſum ſtat ne vnquam ei ſolui poſſit. Solius enim promiſſoris dominium hoc caſu attendi debet, quod ab ipſo nec vnquam receſſit, nec recedere vnquam potuiſſe creditur, quia nunquam ſtipulator petiturus fuiſſe videtur eum, quem non ſolum nūquam petiit, ſed & ne petere vnquam poſſet ipſe effecit. Solent etiam Interpretes huic §. obijcere quod ſcriptum eſt, in *leg. huic ſcript. 15. verſ. quod ſi vulnere ad leg. Aquil.* vbi ſcriptum eſt ſi vulneratus ſit ſeruus ante aditam hæreditatem, in hæreditate quidem Aquil. remanere, ſed ea cedere legatario hæredem oportere. Quidni ergo ſimiliter occiſo ante moram ſeruo promiſſo dicemus Aquiliam acquiri debitori, ob idque cogendum illum vt ea cedat ſtipulatori. Atqui ita tandem concludit Accurſ. Et quia videt pugnare quod hîc Vlp. ſcribit dandam eſſe in occiſorem actionem de dolo ſic ille hoc interpretatur, vt ſenſus ſit dari actionem l. Aquiliæ doli nomine. Quod eſt ridiculum, cum Vlpian. ſcribat actionem de dolo locum habere, & l. Aquiliæ actionem locum non habere, Bart. verò diſtinguit, an creditor cauſam habeat onerosam an lucratiuam, vt priore demum caſu ceſſio ei facienda ſit, non poſteriore. Cuiac. multo melius & verius eundem Vlpianum noſtrum, in *d. l. ſcriptura*, non loqui de legato ſeruo occiſo ante aditam hæreditatem, ſed vulnerato, cum ait Aquiliam legatario cedi oportere. Eſt autem longè diſpar ratio occiſi & vulnerati. Occiſo námque ante aditam hæreditatem ſeruo qui fuerat legatus, nullomodo tenetur hæres qui nec in mora nec in culpa fuit, nec proinde ad cedendas actiones. Idque eſt quod ait, *d. l. huic ſcriptura*, in prima parte l. Aquiliæ actionem in hæreditate remanere. Adeò autem verum eſt liberari hæredem, vt ſi cum plures hæredes eſſent, vnius dolo vel culpa ſeruus occiſus fuerit, alius nō teneatur, cuius culpa factum non eſt ne res in rerum natura ſit, *l. ſi hæredis 48. §. 1. de legat.* 1. At cum ſeruus legatus non niſi vulneratus fuit non intercidit legatum, quia res legata non deſinit eſſe in rerum natura. Proinde actionem l. Aquiliæ hæreditati primum per ſeruum hæreditarium acquiſitam, deinde hæredi per hæreditatem legatario cedi æquum eſt, qui poſt aditionem hæreditatis legatum agnouit. Idémque admittam facilè cum Cuiac. etſi agatur de promiſſo homine vulnerato, Sed quod addit vir doct. in ſpecie *d. l. huic ſcript.* occiſum fuiſſe ſeruum antequam legatario deberetur & ideo Aquiliam hæreditati quæſitam eſſe, hoc verò non probo. Nam præter id quod legatorum purè relictorum dies non ab adita hæreditate cedit, ſed vel ab apertis tabulis, ex *l. Iul. & Papin.* vel ex die mortis tam veteri quàm nouo iure, *l. vni. C. de cadu. toll.* cedere verò diem nihil aliud eſt quàm incipere deberi, *l. cedere diem 213. de verb. ſignif.* de quo ſcripſi ad *l. 7. §. ſi ſeruum ſupr. hoc tit.* Illud etiam conſtat l. Aquiliæ actionem non ei acquiri cui homo debeatur, ſed qui hominis occiſi aut vulnerati dominus eo tempore fuerit. Sed & ſi verum eſt, vt eſt quod vult vir doct. Eius legati nomine quod ante aditam hæreditatem, atque adeo antequam agnoſceretur in rerum natura eſſe deſiit, hæredem nullomodo teneri. Quæro cur ergo hæres qui liberatus eſt, Aquilia tamen agere poſſit? Hoc enim eſt quod & dubitationem noſtris fecit & explicandum fuit. Dicendum eſt ante aditam hæreditatem nondum eſſe obligatum, ad præſtationem legatorum. Obligatur enim ex quaſi contractu eo demum tempore quo adit hæreditatem, *l. 5. §. hæres quoq; de oblig. & act. l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ex quib. cau. in poſſ. eat.* Ergo neque poteſt liberari morte ſerui legati interitu occiſi. Præpo-

ſterum

ſterum enim eſt vt quis liberetur priuſquam ſit obligatus: Conſequenter non poteſt ea ratio liberari hæredis impedire ne actio, l. Aquil. acquiratur hæreditati, quæ interim domina eſt, & defuncti non hæredis perſonam repræſentat, *l. hæreditas 34. de acq. rer. dom.* Quomodo enim ab initio acquireretur hæredi qui antequam adierit nullo modo hæres eſt, nec proinde dominus? Ex poſtfacto ſanè acquiritur hæredi, & cætera omnia quæ medio tempore acquiruntur per iacentem hæreditatem. Sed non tanquam debitori adhuc obligato, & cuius intereſt [eodem quippe inſtanti & obligatus reperitur tanquam hæres & liberatus propter rei debitæ peremptionem,] at tanquam hæredi cui neceſſe eſt acquiri actionem quæ fuerat hæreditati acquiſita. Nihil enim remanere poteſt in hæreditate quæ per aditionem deſinit eſſe hæreditas, nec rurſus tranſire rectà poteſt ab hæreditate in legatarium, nec aliter quàm per mediam hæreditatis perſonam: quod ſecus eſt in iis quæ à teſtatore proficiſcuntur, *l. legatum. 80. de l. 2.* Ideóque nimirum ceſſione opus eſt tum quoque cum actionem, l. Aquil. hæreditati quæſitam ad legatarium peruenire æquum eſt, quod contingit vulnerato tantùm non etiam occiſo homine legato, vt dixi ex *d. l. hunc ſcripſimus.* Cùm ergo nullus ceſſioni petendæ locus relinquatur, cùm homo eſt occiſus ante aditam hæreditatem: quia hæres, vt diximus, nullo modo tenetur, neceſſe eſt remanere Aquiliam apud hæredem, quæ perpetuò remaneret in hæreditate ſi ipſa maneret hæreditas. At cur non acquiritur legatario illa actio etiam citra ceſſionem, cùm adita quandocunque hæreditas retrofingatur adita ex die mortis dominiúmque rectà translatum à teſtatore in legatarium? *d. l. legatum.* Ratio eſt quia mortuo ante aditam hæreditario ſeruo deficit ſubiectum ad quod fictio illa iuris aptari poſſit, vt explicaui ad *d. §. item ſi ſeruum.* Illud planè conſtat ſi ſeruus legatus poſt aditam hæreditatem ſit occiſus, competere, l. Aquiliæ actionem legatario, & quidem citra ceſſionem, ſi modò [ſic enim legendum eſt] poſt mortem ſerui agnouit legatum, *leg. liber homo 13. § fin. ad l. Aquil.* quia eo caſu nihil impedit quominus, retrofictio iuris locum habere poſſit.

19. Papinianus lib. 37. Quæſtionum.

SI fideiuſſor promiſſum animal, ante moram occiderit: de dolo actionem reddi aduerſus eum oportere Neratius Priſcus, & Iulianus reſponderunt: quoniam debitore liberato, per conſequentias ipſe quoque dimittitur.

Ad l. Si fideiuſſor. 19.

R. dub. Nemo facto ſuo poteſt obligationem ſuam extinguere inuito creditore, *l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* Atqui fideiuſſor fuit ab initio vtiliter obligatus, Ergo ſeruum debitum occidendo, liberat quidem debitorem cuius neque mora neque culpa vlla præceſſit ſed non ſeipſum. Conſequenter teneri debet priſtina actione ex ſtipulatu etiam ſublata principali obligatione, quemadmodum teneretur ſi debitor ſine hærede deceſſiſſet, vt argumentatur, Papinian. in *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de ſolut.* quem Paulus ſequitur, in *l. mora 88. de verb. obl.* & in *d. §. nunc videamus*, ſiue dicas actionem illam eſſe directam ſiue vtilem duntaxat, qualem eſſe vult, idem Paulus in *l. filiusfamil. 49. in fin. pr. eod. tit.* & Marcianus in *l. mora 32. in fin. de vſur.* Hoc verò ſi ita eſt, nullus ergo actioni de dolo locus relinquitur. Sufficit enim aliam actionem quamlibet etiam vtilem competere. Imò & quæ reſtitui poſſit ex edicto, *l. 1. §. idem Pomponius refert. ſupr. hoc tit.* Itaque ſi cum Cuiacio dicas hanc actionem ex ſtipulatu reſtituendam eſſe ex edicto, & ob id vtilem dici quaſi reſtitutoriam, quæ Africani ſententiam fuiſſe videtur, in *l. cùm quis 38. §. pen. de ſolution.* adhuc tamen dicendum erit ceſſare actionem de dolo, quam tamen ex Neratij Priſci & Iuliani ſententia dat hîc Papinianus ſibi, vt videtur, contrarius.

Ratio decidendi. Pugnantes fuerunt circa hanc ſpeciem Iureconſultorum opiniones, nec tam ſuam quàm aliorum ſententiam Papinianus hîc refert, de quo ſcripſi fuſiùs 2. *Coniect.* 7. Bartolus verò noſter diſtinguit an obligatio fuerit pura vel purificata eo tempore quo fideiuſſor hominem debitum occidit, an verò in diem aut ſub conditione quæ nondum venerit: quaſi priore caſu fideiuſſor hominem occidendo conſtituatur in mora, poſteriore non item. Diuinatiuè prorſus & malè. Nam qui dolo malo aut culpa interueniente occidit, an non ſatis in mora conſtituitur hoc ipſo quod facit ne in mora amplius conſtitui poſſit, iam ſcilicet liberato debitore, modò recta eſt ratiocinatio qua Neratius Priſcus & Iulianus vtebantur.

20. Paulus libro 11. ad Edictum.

SEruus tuus, cùm tibi deberet, nec ſoluendo eſſet, hortatu tuo pecuniam mutuam à me accepit, & tibi ſoluit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam: quia nec peculio vtilis ſit, cum in peculio nihil ſit: nec in rem domini verſum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.

Ad l. 20. Seruus tuus.

Ex contractu ſerui dominus tenetur de peculio, adeóque de in rem verſo, ſi pecunia ſeruo numerata in rem domini verſa probetur, *tot. titul. de pecul. & de in rem verſ.* Atqui in propoſita ſpecie ſeruus habuit peculium & pecunia domino ſoluta, ac proinde in rem eius verſa fuit: ergo non debet actio de dolo locum habere.

Ratio decidendi. Actio quidem de peculio competit, ſed inutilis eſt, & inefficax ſi nihil ſit in peculio tempore rei iudicatæ, *l. quæſitum 30. de pecul. l. Fulcinius 7. ſi quis actione ex quibus cauſ. in poſſ. eat.* Nullam autem videtur actionem habere is qui habet inefficacem, *leg. ſi ſupr. hoc titul.* Actio verò de in rem verſo nulla hîc competit, quia dominus licèt acceperit pecuniam, accepit tamen ob debitum ſuum, i. ob id quod ſeruus naturaliter ei debebat, *leg. nec ſeruus 41. de pecul.* & conſequenter non eſt dominus factus locupletior. Fit enim locupletior ille qui ſoluit ſuo creditori, quoniam ab eo liberatur, *leg. ſi pupillus 66. de ſolut. l. ſpecies 11. de acceptil.* ſed non qui accipit ſolutionem à ſuo debitore: quoniam & eo tempore, quo actionem tantùm habebat, rem quoque ipſam habere iam videbatur, *leg. qui actionem. 10. de reg. iur.* Eſt igitur neceſſaria actio de dolo. At cur non datur actio quod iuſſu in dominum, cuius hortatu ſeruum mutuam à me pecuniam accepiſſe? Nempe quia aliud eſt hortari, aliud verò iubere & mandare, *l. ſi ſerui 43. ſupr. de neg. geſt.* Dominum enim qui iuſſiſſet certum eſſet teneri quod iuſſu in ſolidum,

ius intereſt, *d.l. arbitrio* 28. Nihil autem videtur intereſſe eius qui habet condemnationem, *leg.3.verſ.Pomponius inſr.ſi menſ.falſ.mod.dix.* Atqui in propoſita ſpecie habent locum condictio indebiti, *l.2.& 3.inſr.de cond.indeb.l.error.9.C.ad l.Falcid.* Ergo actio de dolo cum habere non poteſt.

R.dec Condictioni tunc demum locus eſt, cùm hæres proprio ſuo errore ductus ſoluit, non etiam cum dolo & perſuaſione legatarij. Condicto enim ex proprio errore naſcitur, vt bene hic Cuiac.

24. Vlpianvs lib. 11. ad Edictum.

SI dolo acciderit eius, qui verba faciebat [a] pro eo, qui de libertate contendebat, quo minùs præſente aduerſario [b] ſecundùm libertatem pronuncietur: puto ſtatim de dolo dandam in eum actionem: quia ſemel pro libertate dictam ſententiam retractari non oportet.

Ad l. 24. Si dolo.

Ratio dubitandi. Boni prætoris eſt litem reſtituere quoties ratio & æquitas id poſtulat potius quàm actionem famoſam conſtituere, *l. Diuus 7. in fin. ſupr. de in integr. reſt.* Atqui non deficit ratio & æquitas reſtituendæ litis cum dolus aliquis interuenit.

Ratio dec. Fauor libertatis facit vt ſemel pro libertate dictam ſententiam retractari nunquam oporteat, *l. eleg. 7. verſ. & quod minor. ſupr. h.t. l. ſi ex cauſa 9. §. fin. de minor.* Ergo neceſſaria eſt actio de dolo eique locus eſt *ſtatim, vt l. ait*, hoc eſt, vt bene Cuiac. explicat, nullo præcedente arbitrio de lite contra libertatem reſtituenda. Eſt enim hic caſus vnus ex iis in quibus neceſſe non eſt præcedere arbitrium in hac actione, quamuis ſemper ſit arbitraria, *l. arbitrio* 28. §. 1 *ſupr. eod.*

a *Eius qui verba faciebat.* Intelligit aſſertorem libertatis quem olim neceſſe erat adeſſe ſeruo ad libertatem proclamanti, quippe qui propter conditionem ſuam videretur non poſſe ad intentionem eius qui ſe dominum dicebat, reſpondere per ſe: quod hodie ſublatum eſt à Iuſtin. *tot. tit. C. de aſſert. toll.*

b *Quominus præſente aduerſario*, id eſt, *vt non præſente aduerſario.* R. dub. Sententia non valet quæ lata eſt contra abſentem, *l. 1. l. de vnoquoque 47. inſr. de re iud.* Ergo hæc ſententia contra dominum abſentem quamvis pro libertate lata non valuit.

Ratio decidendi. Fuit dominus in hac ſpecie abſens per contumaciam, atque ita potuit contra eum ritè ferri ſententia, quoniam contumacia pro præſentia eſt. *Auth. qua in prouincia, verſ. ſed ſi nec ipſe C. vbi de crimin. ag. opor.* Adeo autem verum eſt valere ſententiam dictam in abſentem contumacem, vt nec liceat ei appellare, *l. & poſt edictum 73. §. vlt. de iudic. l. 1. C. quor. appell. non recip.* quamvis alioqui à ſententia pro libertate dicta poſſit appellari, *l. illud 9. de appell.* Nec enim alij appellantes audiuntur quàm quorum intereſt, *l. 1. de app. recip.* & quidem ex honeſta cauſa, arg. *l. 3. §. ſi mecum in fin. ad exhib.* Nihil autem intereſſe videtur eius qui contumaciæ ſuæ pœnam tulit ex reg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Multo minùs verò in propoſita ſpecie, in qua contumax paratam habet pro ſua indemnitate actionem de dolo aduerſus aſſertorem libertatis, cuius dolo malo factum eſt vt hic contumax fuerit qui alioquin adfuiſſet. Ponendum enim neceſſariò eſt fuiſſe illum euocatum, *l. etiam 29. §. vlt. tit. prox. inſr.*

25. Pavlvs lib. 11. ad Edictum.

CVm à te pecuniam peterem, eóque nomine iudicium acceptum eſt: falsò mihi perſuaſiſti, tanquam eam pecuniam ſeruo meo, aut procuratori ſoluiſſes: eóque modo conſecutus es, vt conſentiente me abſolueretis, quærentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari: quia alio modo mihi ſuccurri poteſt: nam ex integro agere poſſum, & ſi obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replicatione iure vti potero [a].

Ad l. 25. Cum à te.

Ratio dubitandi. Per iudicatum nouatur prior contractus, & conſequenter actio quæ ex eo competebat, *l. vlt. verſ. ſi enim C. de vſur. rei iud.* Ergo actor ſemel victus, quamvis dolo aduerſarij agere poſtea ex integro & priſtina actione non poteſt, & conſequenter neceſſaria eſt ei actio de dolo, vt & in *l. 7. §. pen. l. ſeruus 21. §. vlt. ſupr. eodem.*

Ratio decidendi. Res iudicata non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis aut actionis, ideóque parit duntaxat exceptionem rei iudic. nec proinde vnquam impedit quominus ex integro agi ſummo iure poſſit, *tot. tit. de except. rei iud.* Quamuis inefficax futura ſit illa actio, quippe quam exceptio rei iud. ſit eliſura, niſi & ipſa exceptio per doli replicationem elidatur, vt in hac ſpecie, ſecundùm ea quæ latè ſcripſimus, ad *d. §. pen. l. 7. & ad d. §. vlt. l. 21.* vbi vide.

a *Replicatione vti potero.* Ratio dubitandi. Dolus aduerſarij non impedit poteſtatem & auctoritatem rei iudicatæ, quàm nec impedit dolus ipſius iudicis, *l. ſeruus 65. §. cùm prætor. ad Treb. l. eleganter 23. §. ſi quis poſt tranſactionem de cond. indebit.* Publicè námque intereſt res iudicatas effectum habere, vt aliquis ſit litium finis. Ergo non eſt hoc caſu danda replicatio doli contra exceptionem rei iudic. ac proinde agendum neceſſariò eſt de dolo.

R. dec. In hac ſpecie res iudicata poteſtatem ſuam & auctoritatem habuit non tam à voluntate & poteſtate iudicantis quàm à conſenſu actoris qui dolo malo aduerſarij deceptus conſenſit vt is abſolueretur: quod probant verba illa Pauli, *eóque modo conſecutus es vt conſentiente me abſolueretis.* Æquum igitur eſt vt exceptio rei iudicatæ per doli replicationem elidatur, vt dixi ad *dict. l. 21. §. vlt. ſupr. hoc tit.*

16. Gaivs libro 4. ad Edictum Prouinciale.

IN hæredem eatenus daturum ſe eam actionem [a] proconſul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit: id eſt, quatenus ex ea re locupletior ad eum hæreditas venerit.

Ad l. 26. In hæredem.

Ratio dubit. Hæres perſonam defuncti repræſentat, eodémque iure cenſetur, in iis quoque actionibus quæ contra defunctum non minùs quàm in iis quæ ipſi defuncto competebat, *leg. 1. vlt. & paſſ. C. de hær. act. leg. 1.*

C. ſi cert. pet. licèt hæreditas non ſit ſoluendo, *l. quæ dotis 33. ſol. mat.* Atqui defunctus tenebatur in ſolidum actione de dolo. Ergo & eius hæres teneri debet in ſolidum. Nec enim qualitas & conditio actionis ex perſona ſucceſſorum immutari debet, vt nec qualitas & conditio obligationis, *l. 2. §. ex his de verb. oblig.*

Ratio dec. Non ſemper ratio eſt defuncti quæ hæredis. Non parcitur ei qui dolum ipſe admiſit, quémque ideo æquū eſt ex proprio dolo in ſolidum condemnari. At parcitur qui dolum non fecit vt non niſi quatenus ex dolo defuncti locupletiorem habuit hæreditatem, teneatur, aut etiam quatenus dolo malo fecit, quominùs ad eum perueniret. Iniquum enim eſſet teneri eum & famoſa actione & in ſolidum quomodo defunctus tenebatur. Nec quòd poteſt ei imputari cur doloſi hominis hæreditatem adierit, facere debet vt vſqueadeo inhumanè cum eo agatur, ſatíſque eſt ſic eum tractari vt nullum ex defuncti dolo lucrum ſentiat. Eſt igitur periculoſius inopis quàm doloſi hominis hæreditatem agnoſcere.

a *Actionem.* De dolo, inquit Accurſius, & bene. Nam actio ex contractu ex quo dolus interuenit, etiamſi ob dolum detur in ſolidum, tamen competit, nec ſolùm ſupra quàm ad hæredem peruenit, ſed etiam ſi nihil prorſus ad eum peruenerit, *l. ſi hominem 7. §. 1. depoſ. l. ex contract. lib. 49. de oblig. & act.*

27. Pavlvs lib. 11. ad Edictum.

Dolóve malo eius factum eſt, quominus peruenerit.

Ad l. 27. Dolóve malo.

Ratio dubitandi. Quod dolo malo hæredis factum eſt ne ad eum perueniret, verum eſt non perueniſſe in effectu. Ergo nulla eius ratio haberi debet.

R. dec. Dolus facit vt perinde hoc haberi oporteat ac ſi perueniſſet, quia dolus malus pro poſſeſſione eſt, *leg. qui dolo 131. de reg. iur.* At cur non potiùs dicimus hæredem ſaltem hoc caſu in ſolidum teneri, cùm ex proprio non ex defuncti dolo conueniatur, *l. ſed & ſi 51. de pet.* Reſpondeo dolum facere vt teneatur hoc caſu in ſolidum, ſed in eo tantum in quo dolum admiſit ne pœna delictum egrediatur, *l. ſancimus 22. C. de pœn.*

28. Gaivs lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

Itaque ſi accepto lata ſit tibi pecunia, omnimodo cum hærede tuo agetur.

Ad l. 28. Itaque.

R. dub. Acceptilatio fit verbis non numeratione, *l. 1. l. an inutilis 8. §. acceptum ferri, & paſſ. de accept.* Ergo per acceptilationem nihil ad debitorem peruenit, & conſequenter ſi dolo malo extorta acceptilatio ſit, non poteſt ex ea cauſa teneri hæres illius cui accepto latum fuit quaſi aliquid ad eum ex dolo defuncti peruenerit.

R. dec. Is qui acceptum fit, cum liberetur ab obligatione qua priùs tenebatur, fit proculdubio locupletior, *l. ſi pup. 66. in fin. de ſol. l. ſpecies 11. de accept.* Nec quidquam intereſt an ex numeratione, an per acceptilationem pecunia ad aliquem peruenerit, *l. ſi mulier. 10. in fin. de cond. cauſ. dat.* Ergo eius quoque hæredem actione iſta de dolo eatenus teneri æquum eſt cùm tanto locupletiorem nactus ſit hæreditatem, *l. quantum 20. in fin. ſup. tit. prox.* At hîc alia rurſus occurrit dubitandi ratio quòd hoc caſu competat condictio, *d. l. ſi mulier. in fin. l. 1. & paſſ. de cond. ſine cauſ.* Cur ergo actio de dolo? Reſponde vt dixi in *l. ſi legatarius 23. ſup. eod.*

1 ¶ At ſi res tibi tradita ſit, ſi quidem mortuo te, ea res extitit, agetur cum herede tuo: ſi minus, non agetur. ¶ Sed vtique in hæredem perpetuò dabitur [a]: *quia non debet lucrari ex alieno damno.* Cui conueniens eſt, vt & in ipſo, qui dolum commiſerit, in id, quod locupletior eſſet perpetuò danda ſit in factum actio.

Ad §. 1. At ſi res.

Ratio dubitandi. Diſtinctio an res extet, an verò extare deſierit, nunquam adhibetur cum mora facta eſt, quia mora omnimodo perpetuat obligationem, *l. ſi ex legat. 23. & ſeq. l. mora 88. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. de verb. obl.* Atqui dolus plus quàm mora eſt, imò & plus quàm culpa. Ergo quemadmodum ex mora defuncti tenetur hæres & quidem in ſolidum, etiamſi viuo adhuc debitore res extare deſierit, ita & teneri debet indiſtinctè ex dolo defuncti cui fuit res tradita.

R. dec. Hæres ſucceſſor moræ defuncti & culpæ non etiam doli quantum ad hoc vt de dolo teneri debeat niſi quatenus ad eum peruenit. Moræ damnum luitur pecunia. Doli verò & alterius maleficij cuiuſlibet non niſi iactura exiſtimationis, *l. Sabinus 29. infr. eod.* Bona igitur & neceſſaria hæc diſtinctio eſt, quia cùm res, quæ defuncto tradita fuerit, extare deſiit eo viuo, verum eſt nihil ex eius dolo ad hæredem ex hac cauſa perueniſſe: adeóque nec obligationem vllam ſupereſſe ex qua poſſit hæres conueniri. Ponimus enim dolum interueniſſe extra contractum: quod de mora ſimiliter dici non poteſt, quæ neceſſariò ſupponit debitum aliquod præcedens, de quo quis interpellatus congruo loco & tempore moram contraxerit. *l. mora 32. de vſur.* Nec enim mora eſſe poteſt vbi nulla obligatio eſt, imò nec ſi obligatio aliqua ſit, nulla tamen petitio, *l. lecta 40. de reb. cred. l. ſi pupillus 127. de verb. obl. l. nulla 88. de reg. iur.* Cùm igitur hæres conuenitur de re quæ poſt moram debitoris & eo adhuc viuo extare deſiit, non ex defuncti mora conuenitur ſed ex defuncti obligatione quæ propter moram durat, quæque ſi nulla mora interueniſſet vtique re perempta intercidiſſet. At cum tractamus de actione De dolo, ſupponimus nullam præcedere obligationem, ex qua agi poſſit alia actione, quoniam alioqui de dolo actio non competeret, *l. falſus 43. ſi quis nihil. de furt.*

a *Sed vtique in hæredem perpetuò dabitur.* Ratio dubitandi. Non debet eſſe plenior actio de dolo contra hæredem doloſi quàm contra doloſum ipſum ne ſit deterioris conditionis innocens quàm nocens. Atqui contra doloſum ipſum non datur perpetuò, ſed intra annum duntaxat eumque vtilem, aut ex l. Conſtantini intra biennium continuum à die doli admiſſi numerandum, adeo vt nec litis conteſtatione perpetuetur, *l. vlt. C. hoc tit.* Ergo neque contra hæredem doloſi vltra ea tempora dari debet.

R. dec. Datur quidem in doloſi hæredem perpetuò, ſed non in ſolidum vt contra doloſum ipſum, at de eo tantum quod ad ipſum peruenit, *l. in hæredem 27. ſup. eo.* Itaque non eòminus melioris conditionis eſt hæres doloſi quam doloſus, qui & ipſe perpetuò teneretur ſi non niſi eo quod ad ipſum peruenit conueniatur. Nam nec illa

actio

1

actio de dolo dicenda erit, ſed in factum ſiue contra doloſum, ſiue contra doloſi hæredem proponatur, datúrque calculi potius quàm maleficij ratione, vt ſubijcitur in *l.ſeq.* ne ſcil. aut doloſus aut doloſi hæres ex alieno damno lucrentur, vt hîc Gaius ait.

29. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SAbinus putat, calculi ratione potius, quàm maleficij, hæredem conueniri: denique famoſum non fieri: ideóque in perpetuum [a] teneri oportere.

Ad leg. 29. Sabinus.

Ratio dubitandi. Actio hæc in factum quæ aduerſus doloſi hæredem datur, non niſi propter factum dolúmque defuncti datur, nec aliter quam dolo interueniente. Ergo non magis debet eſſe perpetua quam actio de dolo.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio, quia non ideo de dolo actio eſt, ſed meram rei perſecutionem continet, vt in *leg. quia non de dolo* 8. iunct. §. *fin. leg. præced. de tribut. action.* Non quia actio de dolo non ſit etiam rei perſecutoria, ſed quia præter perſecutionem rei continet etiam vindictam, ſiquidem infamiam irrogat condemnato. In ea ſiquidem agitur de perfidia non de calculo, id eſt, damno duntaxat pecuniario, *l. 6. §. fin. ſuprà de his qui not. infam. l. et apud quem* 5. *infr. depoſ. leg. Imperator.* 11. §. *vlt. ad municip.*

a *Ideóque in perpetuum.* Ratio dubitandi. Exceptio doli itémque replicatio exiſtimationem onerat apud bonos & graues viros, *leg. 4. §. aduerſus de dol. except.* Ideóque non datur liberis contra parentes, nec libertis contra patronos, vt ibi ſcriptum eſt & in *dict. §. aduerſus*, & in *leg. licèt* 7. *de obſeq. par. præſt.* Et tamen in perpetuum dantur, *leg. purè* 5. §. *vltim. de dol. except. leg. ſi pactum* 6. *Codice, de except.* Ergo non eſt bona hæc illatio.

Ratio decidendi. Imò bona eſt: quia neque exceptio neque replicatio doli ſūt famoſæ quamvis ſuggillent exiſtimationem eius qui obiiciuntur. Eáque ii famia ſi ſic dicenda eſt, non iuris, ſed facti eſt, vt alibi ſcripſi. At de dolo actio famoſa eſt, ideóque poſt annum dari non debet: adeo vt nec ſi incerta ſit actioni de peculio quæ ipſa per ſe perpetua eſt & in hæredem datur, perpetuò tamen danda ſit aut in ſolidum aduerſus hæredem, *leg. quæſitum* 30. § *fin. de pecul.* Nimirum cùm de dolo domini datur, non de dolo ſerui, quod ſit in bonæ fidei tantùm iudiciis, vt bene Cuiacius explicat, ad *leg. ſi plures* 27. §. *ſuprà hoc tit.* ex *l. in bonæ fidei* 36. *de pecul. l.* 1. *quand. de pecul. act. ann.*

30. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NEque cauſæ cognitio in hæredis perſona erit neceſſaria.

Ad l. 30. Neque cauſæ.

Ratio dubitandi. Cauſæ cognitio neceſſaria eſt in perſona doloſi, *leg. ſi quis affirmauit* 9. aliàs *lege ſi oleum*, §. *vltim. ſuprà hoc titulo.* Ergo multo magis in perſona hæredis, vt eodem iure cenſeatur hæres quo defunctus.

Ratio decid. Diſpar eſt hac parte ratio defuncti & hæredis. In perſona defuncti neceſſaria erat cauſæ cognitio, quia tenebatur actione de dolo quæ erat famoſa. In perſona hæredis non eſt neceſſaria, quia tenetur tantùm actione in factum quæ non eſt famoſa. Nec rurſus nouum eſt vt aliquando plenior, aliquando minùs plena detur actio contra hæredem quàm contra defunctum, vt in *l. ſi per imprud.* 5. §. *non mirum de euict.* Ergo qualiſcunque perſona ſit hæredis, & quantulacunque ſumma dabitur in hæredem iſta in factum actio ſine vlla cauſæ cognitione.

31. PROCVLVS lib. 2. Epiſtolarum.

CVm quis perſuaſerit familiæ meæ, vt de poſſeſſione decedat: poſſeſſio quidem non amittitur [a], ſed de dolo malo iudicium [b] in eum competit, ſi quid damni mihi acceſſerit [c].

Ad leg. Cùm quis. 31.

Ratio dubitandi. Qui poſſeſſionem retinet, vtique retinet etiam omnia commoda poſſeſſionis. Quid enim prodeſſet retinere poſſeſſionem ſi commoda poſſeſſionis amitterentur? Atqui actio de dolo non datur niſi ad damnum quod quis ex alieno dolo paſſus ſit. Ergo cùm in hac ſpecie poſſeſſio non amittatur, actio de dolo competere nulla poteſt.

Ratio decidendi. Fieri poteſt vt colono meo diſcedente de poſſeſſione, quamvis eius deſerendæ gratia poſſeſſio quidem non amittatur, ſcilicet ſi nemo alius eam poſſeſſionem ſubinde ingreſſus ſit, idque ex ſententia Proculi hîc relata: ego tamen damnum aliquod ſenſerim ex huiuſmodi facto coloni mei, vt in exemplo quod affert Cuiac. ſi ob id non ſint arata prædia. Non enim ſufficit retineri poſſeſſionem vt lucrum aliquod afferat, ſed curari & excoli eam oportet. E contrario igitur ſufficit eam negligi, quamvis non amittatur, vt ex ea negligentia damnum poſſeſſori irrogetur.

a *Poſſeſſio quidem non amittitur.* Ratio dubitandi. Quemadmodum poſſeſſio acquiritur animo & corpore, ita & amittitur, *leg. quemadmodum* 8. *de acquir. poſſ.* Atqui in propoſita ſpecie ponimus colonum qui dolo & perſuaſione fraudulenta alterius deceſſit de poſſeſſione, diceſſiſſe animo deſerendæ poſſeſſionis, (alioqui dolus ſine effectu eſſet) atque ita deſiiſſe & animo & corpore poſſidere. Ergo neceſſe eſt amitti meam poſſeſſionem, quæ non niſi per colonum illum retinebatur.

Ratio decidendi. Cùm diſceſſit de poſſeſſione is per quem poſſidebam, ſi non deſerendæ poſſeſſionis gratia id fecerit, conſtat inter omnes non amitti poſſeſſionem, *leg. ſi colonus* 31. *de acquir. poſſ.* Quippe quæ licèt non acquiratur niſi animo & corpore, ſolo tamen animo retinetur, *leg. 3. §. amittere da & ſeq. eo. tit.* Si verò deſerendæ poſſeſſionis animum colonus habuerit, hæc ſpecie diſſentientes habuit Proculeianos & Sabinianos. Proculeiani putabant poſſeſſionem non amitti, niſi eam alius ingreſſus fuiſſet, vt conſtat ex *hac lege*, quam ſententiam & Papian. quoque ſecutus videtur in *leg. iuſto* 44. §. *vltim. de vſucap.* Eámque tandem Iuſtinianus comprobauit in *lege vltim. Codice, de acquir. poſſ.* Ne alioqui factum & perfidia coloni damnum afferat domino, vt Iuſtinianus ibidem ratiocinatur. Sabiniani verò contrà putabant amitti poſſeſſionem diſcedente colono, non tamen eo decedente. In qua ſententia fuit Africanus in *l. ſi de eo. §. 1. infr. de acq. poſſeſſ.*

b *Sed de dolo malo iudicium.* Ratio dubitandi. Videtur

detur pro huiuſmodi damnis competere actio, *l. Aquiliæ, §. cæterùm ſi ſtis. de leg. Aquil.* in illis verbis. *Aut ſi quis alieno ſeruo perſuaſerit.* Ergo non poteſt locus eſſe iudicio de dolo.

Ratio decidendi. Vtilis Aquilia ideò in illa ſpecie locum habet quod ex eo corpus ſerui mortuum aut aliqua parte læſum fuerat, vt Cuiacius reſpondet. At in ſpecie propoſita nihil tale eſt. Aquilia ergo competere non poteſt, nec magis vtilis quàm directa.

c *Si quid damni mihi acceſſerit.* Accurſius Bartolus, cæterique interpretes paſſim hoc loco abutuntur vt dent actionem de dolo ad damna & intereſſe, quomodo loquuntur etiam iis caſibus in quibus alia competit actio ad rem principalem. Omnino malè. Nunquam enim actio de dolo pro damnis datur cùm alia competit pro negotio principali. Neque verò hîc alia vlla competebat pro poſſeſſione, quippe quam Proculus negat amiſſam.

32. Scævola lib. 2. Digeſtorum.

Filius legatum ſibi ſeruum per receptionem, rogatus manumittere poſt certum tempus, poſteaquàm rationes ipſi, & cohæredibus fratribus reddidiſſet, ante diem, & ante redditas rationes, ad libertatem vindicta manumittendo perduxerat quæſitum eſt, an ex fideicommiſſo fratribus tenetur, vt rationes eorum pro portionibus redderet. Reſpondi, cùm liberum feciſſet, ex cauſa quidem fideicommiſſi non teneri: verùm, ſi ideò properaſſet manumittere, ne rationes fratribus redderet, poſſe de dolo actionem in eum exercere.

Ad leg. Filius. 32.

Ratio dubitandi. Qui fideicommiſſum in diem certam præſtando grauatus eſt, ſi ante diem præſtet non videtur facere quod teſtator voluit, ideóque nec liberatur, *leg. ſed & ſi alio 9. §. vltim. & leg. ſeq. ad Treb.* Nec vllus in eo fauor libertatis eſt, vt contra voluntatem teſtatoris præſtari debeat, *leg. ſi cui purè 31. §. 1. dict. tit.* Multò magis autem id obtinet ſi in alterius fraudem fiat, *leg. filiusfamil. 114. §. Diui. de leg. 1. leg. vxorem 41. §. Seium maritum de leg. 3.* Tunc enim ſolutionis repræſentatio fieri tutò poteſt, cùm dies fuerat adiecta in fauorem debitoris tantùm, *leg. eum qui 15.* aliàs *leg. Iauolenus de ann. leg.* Nemo enim poteſt ius ſuum remittere in præiudicium alterius æquè principale ius habentis, *leg. qui heredi 44. §. vltim. leg. qui duobus 23. de condic. & demonſt.* In propoſita autem ſpecie fuerat conditio reddendarum rationum adſcripta fideicommiſſariæ libertati non minùs in fauorem cohæredum quàm filij prælegatarij. Adeóque ipſorum etiam gratia videbatur libertas per fideicommiſſum ſeruo data, vt ſcilicet ſeruus ſpe & auiditate conſequendæ libertatis, tantò promptiùs & diligentiùs redderet rationes. Vnde eſt quod Scæuola quærit, An filius qui de libertate duntaxat ſeruo præſtanda rogatus fuerat, fratribus quoque ſuis ex fideicommiſſo teneatur. Solent enim ad fideicommiſſi petitionem admitti omnes ij quibus teſtator proſpectum voluit licèt nihil iis nominatim fuerit relictum, *lege ſeruo legato 69. §. ſi teſtator. de legat. 1. lege fideicommiſſa 11. §. plerumque de legat. 3.*

Ratio decidendi. Qui ad diem ſiue certum ſiue incertum præſtare aliquid rogatus eſt non poteſt quidem interim vrgeri vt præſtet, ſed ſi præſtiterit non eſt quod quiſquam conqueratur. Et quidem ſi in diem certum debitor fuit quia quod in diem certum debetur vtique iam debetur, *leg. in diem 11. de cond. indeb. leg. cedere diem 213. de verb. ſignif. cum ſimil.* Si verò ſub conditione interim certè non debetur ideóque nec debitori contingit liberatio quaſi aliud ſoluenti quàm quod debeat, *leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter de verb. oblig.* Sed tamen non eò minùs transfertur dominium in accipientem & idcircò condictione opus eſt, *leg. ſub conditione 16. cum duabus ſeq. de condict. indeb.* Conſequenter ſi hæres qui non niſi ſub conditione reddendarum hæredibus rationum libertatem fideicommiſſariam dare iuſſus fuit manumiſerit ſeruum qui ei prælegatus fuerat; dubitandum non eſt quin manumiſſus directam libertatem conſequatur tanquam qui à vero domino manumiſſus ſit proinde nullus dubitationi locus relinquitur quin manumiſſor ſit liberatus. Quid enim aliud præſtare poſſit is qui iam dedit libertatem? Nec quod intererat cohæredum ne hic ſeruus ante redditas rationes manumitteretur aut libertatem impedire potuit quam filius, idémque dominus dare & voluit & potuit, nec facere vt datam reuocari oporteat. Cúmque libertatem illam dando ſuo iure vſus ſit, licèt per conſequentias nocuerit cohæredibus, nulla ratio eſt cur hæredibus teneri debeat ex fideicommiſſo, quia non niſi per conſequentias iis nocuit cùm nocendi animum non haberet. Sæpius enim monuimus non attendi ea quæ non fiunt niſi per conſequentias, *leg. 5. lege quod dicitur 7. de autor. tutor.* Sed ſi mala mente properaſſet manumittere & ideò tantùm ne rationes fratribus redderentur: quia ex ante geſto poſt manumiſſionem conueniri nullo modo poteſt, *tot. titulo Codice, an ſeruus ex ſuo fact.* Æquum eſt eum teneri, ſed actiones de dolo cùm alia nulla competat. Ex teſtamento enim & fideicommiſſo competere non poteſt, cùm neque iis fideicommiſſum vllum relictum proponatur, neque teſtator in eorum fauorem quidquam diſpoſuerit. Libertatem enim dederat verbis diſpoſitiuis, de cohæredibus autem vel de reddenda iis ratione nihil dixerat niſi per modum conditionis quæ nihil diſponit, *leg. ſi quis ſub conditione 8. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* An ergo libertatem potuit hic ſeruus conſequi ex cauſa fideicommiſſi non impleta conditione? Ita vulgò creditum eſt ex *leg. mater tua. Codice de oper. libert.* Vbi dicitur, eum cui in diem libertas teſtamento relicta eſt ante diem manumitti ab hærede poſſe. Ego verò ſicuti fateor libertatem quæ in diem certam relicta eſt repræſentari ab hærede poſſe cùm eius dies iam ceſſerit, quamvis nondum venerit, nec extiterit, qui caſus eſt, *dicta lege mater:* ita eam cuius dies nondum ceſſerit, & quæ nunquam deberi cœperit, qualis ea eſt quæ ſub conditione data fuit repræſentari poſſe nego. Prius enim eſt vt quid debeatur quàm vt ſolui poſſit, *dicta lege ſtipulatio iſta 38. §. inter. de ver. obl. dicta lege ſub conditione 16. de condict. indeb. lege ſi pupill. 9. §. 1. de nouat.* Vnus tantùm caſus eſt quo libertas ſub conditione per fideicommiſſum data & ante impletam conditionem interim ex cauſa fideicommiſſi præſtita perinde competit atque ſi poſt impletam conditionem præſtita eſſet, nempe cùm libertatis conditio talis eſt, vt poſt manumiſſionem impleri amplius non poſſit. Exemplum elegans eſt in *lege 3. §. ſi ita ſit libertas de ſtatut. lib.* De illo cui libertas in teſtamento data eſt ſub illa conditione ſi quenquennio hæredi ſeruierit. Nam ſi interim ſit manumiſſus ab hærede ſtatim liber fit, & quidem ex teſtamento, quia licèt reuera non ſit impleta conditio tamen habetur pro impleta cùm per hæredem ſit effectum quominus impleri vnquam poſſit. Neque enim is qui manumiſſus eſt ſeruire amplius poteſt: alioqui non ciuis Romanus fieret ille per manumiſſionem, ſed Latinus iure vetere inſpecto, quod Iuſtinian. refert in *libro vnic. §. ſed etſi ſub conditione Codice, de lat. libro toll.* Similiter ergo, ſi in ea ſpecie libertas per fideicommiſſum

data

data fuiſſet, dicerem vtiliter eam per fideicommiſſum præſtari potuiſſe ante impletam quoque conditionem, quia huiuſmodi conditionem, quæ propter factum hæredis amplius impleri non poſſet pro impleta haberi oporteret. At conditio de qua agimus non eſt ex hoc genere conditionum. Etſi enim rationum redditio poſci non poſſit à ſeruo manumiſſo, nihil tamen vetat eum poſt manumiſſionem reddere rationes. Ideóque nihil prohibet quominus etiam poſt manumiſſionem conditionis implementum expectetur. Interim ergo repræſentata libertas ex cauſa fideicommiſſi non poteſt competere ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur, *d. l. ſi cui purè* 31. §. 1. *ad Trebell.* Et ſi locus ille eſt de libertate data in diem non ſub conditione. In qua ſpecie non negarem valituram libertatis dationem ſi eam repræſentare hæres vellet, quamvis ab eo inuito exigi non poſſit. Cur ergo in hac ſpecie valet libertas quam filius dedit ante libertatis conditionem? Nimirum quia filius non vt hæres nec vt prælegatarius, nec tanquam rogatus, ſed tanquam dominus ſeruum manumiſiſſe proponebatur vt & in *leg. 5. §. qui fideicommiſſam de hered. inſtitut.* Id enim eſt, quod lex ait *ad libertatem vindictam manumittendo produxerat.* Si quidem non poteſt manumitti vindicta qui ex cauſa fideicommiſſi manumittitur. Nulla enim cauſæ cognitio neceſſaria eſt ad hoc vt ſciatur an manumitti debeat is quem ex cauſa fideicommiſſi manumitti neceſſe eſt, *leg. ſi ſeruo* 84. *de heredit. inſtitut.* Aliud ergo Scæuola reſpondiſſet ſi hic ſeruus tanquam ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus fuiſſet ante redditas rationes. Nam quod Accurſius tentat fuiſſe datam hîc libertatem ſub modo non ſub conditione ex *lege ſi ſibi legatum* 19. *de legat.* 3. Nimis euidenter falſum eſt, vt conſtat ex illis verbis *poſteaquam rationes ipſi & cohæredibus fratribus reddidiſſet.* Conditio enim ante impleri debet modus verò poſtea.

33. VLPIANVS libro 4. Opinionum.

REi, quam venalem poſſeſſor habebat, litem proprietatis aduerſarius mouere cœpit, & poſteaquam opportunitatem emptoris, cui venundari potuit, peremit, deſtitit, placuit, poſſeſſori hoc nomine actionem in factum a cum ſua indemnitate b competere.

Ad l. Rei quam venalem. 33.

Ratio dubitandi. Sicuti nemo agere cogitur, *lege vnic. Codice, vt nem. ager. vel accuſ. cog.* Ita neque ceptam & inchoatam litem perſequi, quam ſi temerè inſtituent ad aliud teneri non poteſt, niſi vt ad viatica litiſque ſumptus condemnetur, *leg. eum quem temerè* 77. *de iudic.* Ergo quamvis per eam litem quæ de proprietate mota eſt amiſſa ſit opportunitas emptoris, quia res religioſa vendi prohibetur, *lege vltim. Codice, de litigioſ.* Non ideò tamen tenere debet is qui litem mouit ſiue actione de dolo, ſiue in factum ad indemnitatem poſſeſſori præſtandam.

Ratio decidendi. Non eſt indulgendum malitiis, *lege in fundo* 38. *de rei vindic.* Neque dolus cuiuſquam impunitus manere vnquam debet. Dolus autem euidens eſt ſi quis de proprietate moueat litem, ad hoc duntaxat vt perimat & auferat aduerſario opportunitatem emptoris, cui alioqui res venundari potuiſſet. Non enim alio quàm nocendi animo ita feciſſe videri poteſt.

a *Actionem in factum.* Sed cur non de dolo? An quia non apparet callidè quidquam & dolo malo factum fuiſſe? Ita putat Cuiacius, ego non probo: quia neque actio in factum, quæ ſubſidiaria eſt actionis doli locum habere poſſet ſi nihil dolo malo factum eſſet, *lege non debet* 11. *ſuprà eod. leg. ſi ſuperſtite* 5. *Codice, eod.* An quod parens vel patronus contra quem actio, hæc proponitur. At eſt interpretatio hæc quoque commentitia, licèt Accurſio & aliis vulgaribus interpretibus probetur. Malo cum Græcis rationem illam afferre, quod in hac ſpecie nihil abeſſe videtur ei qui amittendo emptoris opportunitatem rem ſuam retinuit, quæ & fortaſſis poſtea pluris vendi poterit quàm antea potuiſſet, parúmque intereſſe videtur illius qui rem habet an rem habeat an æſtimationem. Intereſt quidem ſi fortaſſe debuit pecuniam ſub pœna, nec aliam rationem inuenire potuit explicandæ pecuniæ. ſed vix fieri poteſt vt quod intereſt aſcendat hoc caſu ad magnam quantitatem, licèt iuſtum rei pretium egrediatur, *leg.* 1. *de action. empt.* Idcóque actionem in factum æquius eſt dari quàm De dolo etiam contra extraneos, & quantumvis callidè ac doloſè verſatus ſit is qui conuenitur.

b *Cum ſua indemnitate.* Mallem legere *pro ſua indemnitate.*

34. IDEM lib. 4. ad Sabinum.

SI cùm mihi permiſiſſes ſaxum ex fundo tuo eiicere vel cretam, vel harenam fodere, & ſumptum in hanc rem fecerim, & non patiaris me tollere, nulla alia: quàm de dolo malo actio locum habebit.

Ad l. Si cùm mihi. 34.

Ratio dubitandi. Competit hoc caſu actio ad exhibendum itémque rei vindicatio mihi cui tu permiſiſti vt cretam de agro tuo eximerem, *leg. permiſiſti* 16. *in princ. & §. 1. de præſcript. verb.* Ergo non poteſt competere actio de dolo, quæ ſemper ſubſidiaria eſt, neque competit niſi alia deficiente.

Ratio decidendi. Tunc habeo vindicationem aut actionem ad exhibendum, cùm id quod mihi permiſeras vt de fundo tuo eximerem exemi, quia cùm exemerim tua voluntate meum factum eſt, quod alioqui fuiſſet tuum; vt in contrariis legibus ſcriptum eſt. At in ſpecie huius legis nihil dum exemeram, quia cum eximere vellem prohibueras poſt ſumptum à me in eam rem factum. Proinde neque vindicatio, neque ad exhibendum actio habere locum poteſt, ſed tantùm de dolo. Iure ſcilicet vetere inſpecto quo non aliter agi ex donatione poterat, quàm ſi vel traditio vel ſtipulatio interueniſſet. Hodie enim aliud eſt poſtquàm Iuſtiniano placuit in *lege ſi quis argentum* 35. §. *finem, Codice, de donationibus.* Vt ex donationibus pacto nudo agi poſſit, in eóque Accurſius & Cuiacius conſentiunt. Nos de illius conſtitutionis ſententia ſcripſimus in Hemiſchiliade noſtra de Error. pragmat.

35. Ioam lib. 30. ad Edictum.

SI quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas, poſt mortem teſtatoris deleuit, vel alio modo corrupetit: hæres ſcriptus habebit aduerſus eum actionem de dolo. Sed & his, quibus legata [c] data ſunt danda erit de dolo actio.

Ad l. Si quis tabulas. 35.

Ratio dubitandi. Aliæ videntur in hac ſpecie actiones competere vtputà depoſiti ad exhibendum, *l. Aquilia*, vt diſertis verbis ex Iuliano ſcriptum eſt in *leg. qui tabulas 42. ad leg. Aquil.* Ergo actio de dolo locum habere non poteſt.

Ratio decidendi. Deletæ fuerunt tabulæ in hac ſpecie poſt mortem teſtatoris, vt lex ait, & aditam hæreditatem: quo caſu non poſſunt hæredi cumpetere ſupradictæ actiones, neque tanquam hæreditariæ, quia defuncto nunquam competierunt cùm poſt eius mortem ceperint, neque ex propria perſona, cùm eo tempore nondum eſſet dominus, nec quidquam iuris in iis tabulis haberet, vt nec in cæteris rebus hæreditariis. Dices cum Accurſio qui iam, olim hoc ipſum Martino obiecit, ex eo quod ſit iacente hæreditate acquiri hæreditati actionem, quæ poſt aditam hæreditatem ipſi hæredi recta acquireretur. Quidquid autem hæreditati acquiritur, id etiam hæredi futuro acquiri, *lege huic ſcriptura 15. ad leg. Aquil.* Reſpondeo non potuiſſe in hac ſpecie actionem acquiri hæreditati, quia hæreditas defuncti perſonam repræſentat nun hæredis, *leg. hæreditas 34. de acquir. rer. dom.* Defuncti autem nihil intereſt, *l. ſi quis teſtam. 41. ad l. Aquil.* Sola igitur ſupereſſe poteſt hæredi actio de dolo. Cæteræ ſolutiones Accurſij omnes commentitiæ ſunt & ineptæ.

c *Sed & iis quibus legata.* Ratio dubitandi. Legatariis teſtamenta penè chirographa ſunt, *lege ſi quis teſtamentum 41. ad leg. Aquiliam.* Atqui chirographo deleto competit actio legis Aquiliæ, vt ibidem ex Marcello ſubiicit Vlp. Ergo & in propoſita ſpecie & conſequenter non de dolo.

Ratio decidendi. Legatarius eam demum actionem pro damno quod in re legata contingit habere poteſt, quam haberet hæres ex cauſa hæreditatis ſi damnum datum eſſet in re hæreditaria, argum. *leg. legatum 80. de legat. 2.* Legatarius enim in re legata quodammodo quaſi hæres eſt, *lege id tempus 14. §. de vſuca.* Atqui hæres in propoſita ſpecie non habet actionem, *l. Aquiliæ*, quamvis tabulæ deletæ ſint hæreditariæ, nempe quia deletæ ſunt poſt mortem & eo tempore quo neque hæredi, neque legatariis ius vllum quæſitum erat, adeóque nec ipſi hæreditati actio vlla ex eo facto quæri potuit, vt proximè diximus. Ergo neque legatarios actionem l. Aquiliæ hoc caſu habere poteſt.

36. Marcianvs lib. 2. Regularum.

SI duo dolo malo inuicem de dolo non agent.

Ad leg. Si duo. 36.

Ratio dubitandi. Si quis reus criminis factus ſit purgare ſe debet nec antè accuſare poteſt quàm fuerit excuſatus. Conſtitutionibus enim obſeruatur vt non relatione criminum, ſed innocentia purgari reus debeat, *leg. ſi reus 5. de public. iudic.* Atqui dolus crimen eſt, *lege item exigit 16. ſupra, hoc titul.* Ergo is cui dolus obiicitur purgare ſe debet non mutuum dolum alteri obiicere nec ſi circa eandem rem dolus vtriuſque interueniſſe proponatur.

Ratio decidendi. Paria delicta mutua compenſatione tolluntur, *lege viro 39. ſolut. matrim. leg. ſi ambo 10. de compenſat. leg. quidam Titium 7. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* Ergo duos doloſos inuicem de dolo agere ferendum non eſt niſi fortè is qui dolum in vna re paſſus eſt dolum admiſerit in alia quo caſu certum eſt non fieri doli compenſationem, ſed vltro citróque eſſe actionem, *leg. quemadmodum 38. de noxal. action. leg. colonus 12. leg. cum fundum 18. de vi & vi arm.* Hîc enim locum non habet ratio illa quam Vlpianus affert in *leg. 4. §. Marcellus de dol. except.* Quod in pari cauſa æquius ex eo quod perfidè geſtum eſt nihil actorem conſequi. Quæ ratio ad eum duntaxat caſum accommodata eſt quo dolus ex vtraque parte circa idem ſubiectum interuenerit vt in ſpecie, *leg. domum 57. §. vltim. de contr. empt.* Etſi locus ille non tantùm mendoſus eſt, quod & Cuiacius fatetur: ſed planè totus Tribonian. vt alibi à nobis indicatum & probatum eſt. Neque rurſus pertinet ad actionem prætoriam de dolo, de qua agitur in hoc tit. cuius exemplum accommodatius affert Cuiacius, ſi Primus & Secundus tabulas teſtamenti, ſuppreſſerint in fraudem filij exhæredati, deinde deceſſerit filius iiſdem Primo & Secundo hæredibus relictis. Mox ij protulerint tabulas. Nam inuicem de dolo non agent, cùm tamen alius ſi hæres fuiſſet in eos ageret de dolo, *lege ſi quis affirmauit 9. §. item ſi tabulæ, ſuprà eodem.*

Vlpianvs lib. 44. ad Sabinum.

QVod venditor, vt commendet, dicit: ſic habendum, quaſi neque dictum [a], neque promiſſum eſt. Si verò decipiendi emptoris cauſa dictum eſt, æquè ſic habendum eſt, vt non naſcatur aduerſus dictum, promiſſúmve actio [b], ſed de dolo [c] actio.

Ad leg. Quod venditor. 37.

a *Quaſi neque dictum.* Ratio dubitandi. In omnibus contractibus ſequimur ſemper id quod actum & cogitatum eſt. *leg. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Ergo multò magis quod dictum fuit ſi dicto mens congruat, *leg. Labeo 7. §. 1. de ſupell. legat.* Hoc enim addendum eſt, quoniam alioqui in emptis & venditis potiùs ad quod actum quàm quod dictum ſit ſequendum eſt, *leg. ſed Celſus 6. §. 1. de contr. empt.*

Ratio decidendi. Ea ſola dicta promiſſave intelligi debent, quæcunque ſic dicuntur vt præſtentur non vt iactentur, *lege ſciendum 39. §. ea autem de ædil. edict.* Non illa etiam quæ ad nudam rei venditæ laudem pertinent, *dict. lege ſciendum in princip.* Nulla ergo ratio haberi poteſt eorum quæ à venditore dicta ſunt commendandi tantùm gratia.

b *Aduerſus dictum promiſſúmve actio.* His verbis ſignificatur actio ædilitia, inquit Cuiacius & bene ex *leg. ſi hominem 47. de ædil. edict.* Verba enim edicti ædilitij

hæc

hæc fuerunt, *ſiue aduerſus quod dictum promiſſúmve fuerit, cùm veniret fuiſſet, l. 1. §. 1. verſ. quod ſi mancipium, eod.* Hoc verò Accurſius non animaduertit qui hæc verba de actione exempto intelligit.

c *Sed de dolo.* Ratio dubitandi. Actione exempto vt & aliis bonæ fidei iudiciis dolus omnis vindicatur qui incidit in contractum. Nam & actiones & exceptiones doli iudiciis bonæ fidei ineſſe creduntur, *lege ſed etſi 21. ſolut. matrim. lege huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de legat. 1.* Ergo non eſt hoc caſu neceſſaria de dolo actio cùm ſufficiat ex empto. Nam nec poteſt negari quin hoc ipſo pluris vendatur res quæ magis commendatur, *leg. ea quæ commendandi 43. de contr. empt. leg. Iulian. 13. §. ſi venditor dolo fecerit de act. empt.*

Ratio decidendi. Tunc competit actio ex contractu bonæ fidei ad dolum vindicandum cùm ex eo quod dictum promiſſúmve eſt actio naſcitur, aut etiam ex natura ipſius contractus, id eſt, cùm dolus vel dedit cauſam contractui, vel incidit in contractum. Atqui ea quæ commendandi tantùm cauſa ſunt dicta vel promiſſa non ſolùm ſunt extra contractum, ſed etiam perinde haberi debent, ac ſi neque dicta neque promiſſa eſſent vt hæc lex ait. Ergo nullam poſſunt parere obligationem nec proinde actionem ex contractu. Et tamen quia emptoris decipiendi gratia dicta proponuntur non eſt æquum manere impunitum dolum venditoris. De dolo igitur actio ex hac cauſa dari debet: ſiue ponas cum Accurſio emptorem non alias empturum fuiſſe, ſiue ponas fuiſſe empturum. Pertinet enim hæc diſtinctio ad eum caſum quo venditor aliquid promiſerit præſtandi gratia, nec tamen præſtiterit, idque dolo malo. Hoc enim caſu nihil vetat competere actionem ex contractu dolum vindicandum ſi contractus ſubſiſtat quomodo ſubſiſtit cùm dolus incidit in contractum, non etiam cùm dolus dedit cauſam contractui, vt dixi ad *leg. & eleganter 7. ſupra hoc titul.* At in ſpecie huius legis agitur de dolo qui neque dedit cauſam contractui neque incidit in contractum, ſed qui omnino extra contractum eſt, quippe qui inducatur ex verbis quæ pro non dicti habentur. Proinde non poteſt vindicare actione ex contractu aut alia quàm de dolo, quod tamen intellige cum diſtinctione, *dict. leg. ea quæ & dict. leg. ſciendum,* id eſt, niſi quæ commendandi cauſa dicta ſunt aut palam appareant, vt ſi dicat venditor ſeruum eſſe ſpecioſum vel domum bene ædificatam, aut in obſcuro quidem ſit, ſed tamen generalibus duntaxat verbis expreſſa fuerint ad nudam ſerui laudem magis quàm ad contractum pertinentibus, veluti ſi dixerit hominem frugi probum, dicto audientem. Tales enim eſſe vult quiſquis ſeruos emit, ideóque nec pluris hunc quàm illum emit ex hac cauſa: non etiam ſemper aut pictores, aut cocos, aut alios artifices.

38. IDEM lib. 5. Opinionum.

QVidam debitor epiſtolam quaſi à Titio mitti creditori ſuo effecit, vt ipſe liberetur. Hac epiſtola creditor deceptus, Aquiliana ſtipulatione, & acceptilatione liberauit debitorem, poſtea epiſtola falſa, vel inani reperta, creditor maior quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem, minor autem in integrum reſtituetur [a].

Ad leg. Quidam debitor. 38.

Ratio dubitandi. Accepto liberatos ob eam cauſam quæ poſtea inanis & falſa reperitur, ob nullam cauſam liberatus intelligitur. Ergo poteſt ei condici condictione ſine cauſa, *leg. 4. ſi mulier eo. de cond. ſin. cau.* Atqui quoties condictio locum habet, ceſſat actio de dolo, vt dixi ad *l. arbitrio 18. §. de ea & ad leg. ſi legatarius 23. ſuprà, hoc titul.* Ergo in propoſita ſpecie de dolo agi non poteſt.

Ratio decidendi. Condictio tunc habet locum cùm quis proprio errore ductus decipitur, non cùm id fit dolo aduerſarij, vt ibi dixi. In propoſito autem deceptus eſt ab aduerſario, non à ſeipſo ille qui falſa & inani epiſtola deceptus, quam debitor ſuppoſuerat, debitorem liberauit per acceptilationem: præſertim cùm acceptilatio non eò minùs valeat quod facta ſit ſine cauſa, vt & ſtipulatio, *l. 2. § circa de dol. mal. except.* Nec proinde dici poteſt agendum priſtina actione, cùm ſemel perempta obligatio & actio nunquam reſuſcitetur, *leg. qui res 98. §. aream de ſolut. l. ob eam cauſam 9. de praeſcr. ver.*

a *Minor autem in integrum reſtituetur.* Ex edicto ſcilicet de minoribus. Nam & actio de dolo datur ex edicto de in integrum reſtitutionibus, ſed ſubſidiariè tantùm & ita demum ſi ex aliis partibus edicti reſtitutio dari non poſſit, *l. 1. § idem Pompon. refert, ſupr. hoc tit.*

39. GAIVS libro 27. ad Edictum Prouinciale.

SI te Titio [b] obtuleris [c] de ea re, quam non poſſidebas, in hoc vt alius vſucapiat [d], & iudicatum ſolui ſatiſdederis [e]: quamvis abſolutus ſis [f] de dolo malo, tamen teneberis: & ita Sabino placet.

Ad leg. Si te Titio. 39.

Ratio dubitandi. Stipulatio iudicatum ſolui tres clauſulas continet inter quas vna illa eſt, Dolum malum abeſſe abfuturúmque eſſe, *l. 6. inf. iud. ſol.* Ergo actione ex ſtipulatu ob dolum agi debet non actione de dolo, *leg. & eleganter 7. §. non ſolùm, ſuprà, hoc tit.*

Ratio decidendi. Stipulatio iudicatum ſolui nulla ex parte committi poteſt aduerſus eum pro quo fuit pronunciatum: quia nec eius dies cedit niſi ex quo die res iudicata eſt, *lege 1. iudicij ſoluendi.* Fuit enim ille abſolutus, vt lex ait. Ceſſante igitur actione ex ſtipulatu neceſſaria eſt actio de dolo, vt dixi ad *§. non ſolùm.*

b *Si te Titio.* Vindicanti.

c *Obtuleris.* Quaſi poſſeſſorem: quia vindicatio non datur niſi contra poſſidentem, *lege officium 9. legatum & qui deſtinauit 24. & paſ. de rei vindicatione.* Aut contra eum qui dolo malo deſiit poſſidere, *lege qui petitorio 36. eod.*

d *Vt alius vſucapiat.* Nec enim vſucapio interrumpitur per litem motam de proprietate aduerſus non poſſidentem. Imò nec ſi lis mota & conteſtata ſit aduerſus ipſum vſucapientem, *leg. ſi poſt acceptum 18. de rei vindicat.*

e *Et iudicatum ſolui ſatiſdederis.* Tanquam alius reus & poſſeſſor quilibet. Ad reum enim aut eius procuratorem huius ſatiſdationis onus pertinet, *l. vn. C. de ſatiſd. l. 3. ſi reus, & paſſ. iud. ſolui.*

f *Quamvis abſolutus ſis.* Quia apparuit te non poſſidere, nec dolo deſiiſſe poſſidere, quod ſufficit ad abſolutionem, ſi ante acceptum iudicium negaueris te poſſidere, *leg. is qui ſe obtulit 25. de rei vindic.* Quamvis completa iam tum fortaſſis vſucapione. Quod ſi poſt iudicium id feceris, cum ſine cauſa obtuliſſes te defenſioni rei, quam nec poſſidebas nec dolo deſieras poſſidere

poſſidere non quidem abſoluendus es, *dicta lege is qui ſe obtulit*. Sed ſi abſolutus ſis ſiue per imperitiam ſiue per ſordes iudicis, nihilominus valet ſententia & habet vim rei iudicatæ. Et ideò neceſſaria eſt actio de dolo, vt hæc l. ait, non quia ſis abſolutus, ſed quia dolo malo feciſti, vt alius qui rem meam poſſidebat, vſucapionem compleuerit, quam fortaſſis non compleuiſſet, ſi te liti non obtuliſſes.

40. FVRIVS ATHIANVS lib. 1. ad Edictum.

IS, qui decepit aliquem, vt hæreditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: niſi fortaſſe ipſe creditor erat [f] & ſolus erat [g]: tunc enim ſufficit contra eum doli mali exceptio.

Ad leg. Is qui decepit. 40.

Ratio decidendi. Debet is qui adiit facilitati ſuæ imputare cur tam credulus fuerit, *leg. 1. §. dolum in fide eo per quem fact. erit.* Id eſt, cur adeò temerè & inconſultè adierit, nec hæreditatis vires melius explorauerit, cum ſciret aut ſcire deberet ſuſpectas plerumque eſſe hæreditates, ſiue ob periculum latentis æris alieni, ſiue ob alias etiam rationes, *leg. 4. ad SC. Trebell.* Ergo non eſt danda ei actio de dolo, præſertim cùm etiam habeat mandati actionem. Solent enim mandatu creditorum hæreditates ſuſpectæ vt plurimum adiri, *lege ſi hæreditatem 32. in fine, mandat. leg. 4. in princ. de dol. mal. except. l. 7. §. Marcell. 19. alias l. & ſuum de pact.*

Ratio decidendi. Facile eſt perſuadere etiam prudenti homini locupletem eſſe hæreditatem, quæ tamen non ſit idonea. Exhibitis fortaſſe pleriſque rebus tanquam hæreditariis, quæ ad hæreditatem non pertinebant, vt è contrario qui res hæreditarias ſubtraxit, facilè perſuadere poteſt minimam eſſe miniméque valere hæreditatem, *lege Iuliarus 13. §. per contrarium de action. empt.* Hoc verò cùm ſit, neque mandati actio locum habere poteſt, cùm mandatum nullum interceſſerit, neque alia quàm de dolo, quæ ſimiliter competit ſi quis affirmauerit minimam eſſe hæreditatem vt eam repudiares, *l. ſi quis affirm. 9. ſupr. hoc tit.*

f *Niſi fortaſſe creditor erat.* Ratio dubitandi. Etiamſi creditor hæreditarius fuerit is qui te decepit, vt hæreditatem non idoneam adires, nulla tamen ob id magis actio alia contra eum competere poteſt, quàm de dolo. Ergo periode danda eſt actio de dolo quam prætor ex hac edicti parte pollicetur. Sub illa tantum exceptione, *Si alia actio nulla ſit, l. 1. §. 1. ſuprà, hoc tit. l. falſus 43. §. ſi quis nihil, in fin. de furt.*

Ratio decidendi. Ad excludendam actionem de dolo non eſt neceſſe vt alia actio poſſit competere, ſed ſufficit quo alio remedio poſſit conſuli eius indemnitati qui dolum paſſus fuit & ita eleganter Pomponius ſupradicta prætoris verba interpretatus eſt, *leg. & eleganter 7. ſuprà, eod.* Sufficit ergo doli exceptio quippe quæ tantùm prodeſſe poſſit ei qui conuenitur ad excipiendum quantum actio de dolo volenti agere ad agendum: niſi quod ſemper commodius eſt excipere quàm agere, *leg. 1. §. ſi rem ſuprà de eo per quem fact.* Et doli exceptio hoc amplius habet quàm de dolo actio: quod perpetua eſt, *lege 5. §. vltim. de dol. except.* & in rem non in perſonam ex parte illius à quo obiicitur, *leg. 2. §. 1. eod.*

g *Et ſolus erat.* Nempe quaſi plures eſſent creditores inutilis eſſet doli exceptio aduerſus eos qui nihil dolo feciſſent. Doli enim exceptio in perſonam eſt non in rem ex parte illius cui obiicitur, *dicta lege 2. §. 1. de dol. except.* Quamvis ergo non minus poſſet doli exceptio ſufficere ad ſummouendum creditorum qui hæreditatis ſuſpectæ & non idoneæ aditionem dolo malo perſuaſiſſet, non poſſet tamen ſufficere ad indemnitatem hæredi præſtandam qui hæreditatem non idoneam adeundo ſe omnibus creditoribus obligauit, *lege quæ dotis 33. ſolut. matrim.* & fecit hæreditatem ſoluendo quæ antea non erat, *leg. libertas 36. de bon. libert.* Eſſet ergo ei hoc caſu, neceſſaria actio de dolo, vt plenam indemnitatem hæres conſequeretur.

DE MINORIBVS VIGINTIQVINQVE ANNIS

TITVLVS IV.

VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

HOc edictum prætor naturalem æquitatem ſecutus propoſuit; quo tutelam minorum ſuſcepit: nam cùm inter omnes conſtet, fragile eſſe, & infirmum huiuſmodi ætatum conſilium [a], & multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum: auxilium eis prætor hoc edicto pollicitus eſt, & aduerſus captiones opitulationem.

AD TIT. IV. DE MINORIBVS XXV. ANNIS.

Ad leg. Hoc edictum 1.

Eſt hæc tertia pars edicti de reſtitutionibus in integrum cuius vt frequentior vſus eſt, ita & tractatus cæteris longior & vtilior.

a *Fragile & infirmum huius ætatis conſilium.* Ratio dubitandi. Permittitur minori annis XXV. teſtamentum facere dummodo annos pupillares exceſſerit, *lege à qua ætate 5. qui teſtament. fac. poſſ.* Idémque dare libertates inter viuos quidem poſt annum 20. *ex leg. Ælia Sentia:* in teſtamento autem poſt annum 17. ex Iuſtiniani conſtitutione de qua in *§. vltim. inſtit. quibus ex cauſ. man. non licet.* Quamvis libertas ſit res inæſtimabilis, *lege libertas 106. de reg. iur.* Nihilque ſit in Republ. tanti momenti aut iudicij quanti eſt factio teſtamenti, *leg. 1. Codice, de ſacroſ. eccleſ. leg. illa inſtitutio 32. de hæred. inſt.* Cùm is qui facit teſtamentum faciat legem quam alioqui facere ſolius populi eſt, *leg. verbis legis 120. de verb. ſignif.*

ſign. iunct. *§.lex eſt, inſtitut.de iur.nat.gent.l. qui in teſtamento* 14. *qui teſtament.fac.poſſ.* Cui ergo totorum ſuorum bonorum diſpoſitio in teſtamento data eſt, cui ius etiam inter viuos dandæ libertatis quidni ius erit de cæteris quoque rebus ſuis omnibus pro arbitrio inter viuos diſponendi ſine ſpe reſtitutionis? quo ferè modo argumentatur Iuſtin. in *dicta §. vltim.* Nam etſi quid minor in teſtamento ſuo minùs cautè diſpoſuerit aut inconſulto libertatem immerenti dederit, non ideò tamen aut reſcindi teſtamentum poteſt poſteaquam ſemel fuit morte confirmatum, aut libertas reuocari quæ ſemel competiit, *l.ſi ex cauſa 9.§.vlt.infr.* 6.*ſ.l.* & *eleg.*7. *in princ.ſuprà de dolo.*

Ratio decidendi. Conſtat inter omnes, & ipſa rerum experientia compertum eſt fragile eſſe & infirmum huius minoris ætatis conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum multorúmque niſi dus expoſitum vt hîc Vlpianus ait Æquum igitur fuit prætorem iis ferre auxilium & aduerſus captiones opitulationem oblata ipſis in integrum reſtitutione non tantùm ſi alterius calliditate decepti eſſent quo caſu iam per legem lætoriam iis ſubuentum erat, ſed etiam ſi propria facilitate lapſi eſſent, quo caſu ante prætoris edictum neque lex lætoria neque actione dolo iis prodeſſe poterat. Nec quod fauore teſtamentorum, & libertatum minoribus indultum fuit, vt teſtari poſſint & dare libertates circa ſpem reſtitutionis vſque adeò trahendum eſt, ad conſequentias in eorum præiudicium, vt nec ſi quid circa rerum ſuarum adminiſtrationem perperam, & minùs vtiliter geſſerint reſtitutionem ex ea cauſa impetrare prohibeantur, ne quod eorum fauore conſtitutum eſt in ipſorum odium retorqueatur, contra, *l.nulla* 25.*de legib. leg.quod fauore* 6. *C.eod.l.penult.ad SC. Trebellianum cum ſimilibus.*

1 ¶ Prætor edicit: *quod cum minore, quàm vigintiquinque annis natu geſtum eſſe dicetur: vti quaque res erit, animaduertam* b.

Ad §.1. Prætor edicit.

b *Vti quaque res erit animaduertam.* Ratio dubitandi. Indignum videtur, & alienum à maieſtate prætoris, vt cognoſcat ipſe de facto. Solebant enim prætores ob hanc cauſam de controuerſiis omnibus iudicem dare qui de facto cognoſceret & pronunciaret. Vnde illud eſt, quod M. Tullius ad Q. Fratr. *Quid? prætor ſoléſne iudicare deberi?* Exprobrans ei quod de quæſtione & iure debiti inter priuatos cognouiſſet. Ergo ſi minor læſum ſe dicat non debet prætor vti quæque res erit animaduertere, ſed iudicem dare, vt in cæteris edicti partibus, in quibus ita edicit, *iudicium dabo l. item ſi* 14. *§.*1.*ſupra, quod met.cau.l.*1.*§.*1.*de dol.l.*2.*§.*1.*infr.tit.prox. leg.*1.*de alien.iud.mut.cauſ.*

Ratio decidendi. Fauor minorum hoc ius ſpeciale extorſit ab humanitate & æquitate prætoris; vt ipſe cognitionem ſuam interponeret, nec de ea iudicem daret. Idque eſt quod Paulus ait in *leg. quod ſi minor.* 24. *§.vltim. hoc tit.* Ex hoc edicto nullam actionem vel cautionem proficiſci, ſed totum hoc pendere ex cognitione prætoria. Sed & generali clauſula, *Si qua mihi iuſta cauſa videbitur*, prætor reſtituit nec dat iudicem, *l.*1.*infra ex quib.cauſ.maior.* Vbi dicam. Sed & quædam aliæ cauſæ ſunt, quæ ad cognitionem prætoris & maiorum magiſtratuum pertinent, tanquam grauiores & fauorabiliores cuiuſmodi ſunt cauſæ ſtatus, *leg. non aſtringemus* 32.*§.de liberali infr.de recept.arbitr.leg.*2.*Cod. de pedan.iudic.*

2 ¶ Apparet minoribus annis vigintiquinque eum opem polliceri: nam poſt hoc tempus compleri virilem vigorem conſtat.

Ad §.2. Apparet.

Ratio dubitandi. Non pollicetur prætor opem minoribus tanquam minoribus, ſed tanquam læſis. Nemo enim reſtituitur in integrum ob id ſolum quod ſit minor, niſi ſit etiam læſus, *leg.verum* 11.*§.ſciendum, & ſeq. l.quòd ſi minor* 24.*§.non ſemper, infrà, hoc tit.l.nam poſteaquam* 9.*§.ſi minor.de iureiur.and.* Atqui etiam maioribus ſuccurritur cùm læſi ſunt, ſiue per generalem clauſulam edicti, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* De qua in *leg.*1. *infrà quib. ex cauſ.maior.* Siue æquitate iudicij quod ſit bonæ fidei, vt in *l.maiorib.*3. *C. commun. vtriuſ. iud.* Aut conſtitutionibus vt in *leg.*2.*l.ſi voluntate* 8.*C.de reſcind. vend.* Ergo nulla eſt hac parte inter maiores & minores differentia.

Ratio decidendi. Differentia in eo eſt, quod minoribus qualitercumque læſis ob lubricum ætatis ſuccurritur, vt indemnes ſeruentur, adeóque etiam in lucro ſi lucri occaſionem amiſerint, *l.ait prætor* 7.*in princip.* & *§.hodie, infr.hoc tit.l.cùm quidam* 17.*§.pupillo de vſur.* Maioribus verò non omnimodo ſuccurritur, licèt læſi ſint niſi læſio enormis & immodica probetur, aut niſi abſentia Reipubl. cauſa, aut quid aliud ſimile interueniat quod iuſtam præbeat cauſam reſtitutionis, *d.l.*1.*ex quib. cauſ. maior.l.*2.*C.de reſcind.vend.*

3 ¶ Et ideò hodie a in hanc vſque ætatem adoleſcentes curatorum auxilio reguntur b, nec antè rei ſuæ adminiſtratio eis committi debebit, quamvis bene rem ſuam gerentibus.

Ad §.3. Et ideò hodie.

a *Hodie.* Intellige cum Cuiacio ex conſtitutione D.Marci duæ iuſſit dari curatores adultis omnibus etiam bene rem ſuam gerentibus, & ſine cauſæ cognitione, cùm antea ex *l.lætoria.* Non niſi cauſa cognita darentur curatores minoribus, & ita demum ſi malis moribus præditi eſſent.

b *Adoleſcentes curatorum auxilio reguntur.* Ratio dubitandi, inuiti adoleſcentes non accipiunt curatorem. Nec enim datur curator niſi petenti præterquam ſi in litem dandus ſit aut dementi, vel prodigo, *§.item inuiti, inſt.de curat.l.*3.*de curat.fur.vel aliis extr.min.* Ergo non eſt neceſſe, vt curatorum auxilio regantur, præſertim ſi bene rem ſuam ſine curatore adminiſtrent.

Ratio decidendi. Minor qui nunquam fuit ſub tutore, fortè qui tempore mortis patris iam pubes erat, non cogitur petere curatorem, aut eum accipere, nec ſi malè rem ſuam adminiſtret, niſi ſit prodigus aut demens aut ad litem. Sed is qui tutorem aliquando habuit, licèt pubes factus tutorem habere deſinat, non ideò tamen rerum ſuarum adminiſtrationem habere debet, quãtumuis rem ſuam bene geſturus videatur. Sed ad officium tutoris pertinet, vt admoneat adultum qui heri impubes erat vt ſibi petat curatorem, nec liberatur ab officio tutelæ ſi puberi permittat rerũ ſuarum adminiſtrationem. Atque ita hunc locum accipi debere conſtat ex *l.ſeq.* in illis verbis. *Nec per liberas ſuos rem ſuam maturiùs à curatoribus recipiant.* Quorum hic ſenſus eſt, vt quamuis ante 25. Annum liberos ſuſceperint, nihilò magis bonorum ſuorum adminiſtrationem à curatore conſequantur ſi quem habent. Ergo nec à tutore ſi quem aliquando habuerint, ſed ſi neque tutor, neque curator vllus fuerit, nihil impedit quominus rem ſuam liberè poſſint

adminiſtrare, *d. §. item inuiti.* Accurſ. malè hoc loco explicat, cùm ait non equidem debere committi minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem, ſed tamen committi, Quaſi aliud fiat quàm quod inſe fieri debeat. Nec melius Cuiacius non cogi quidem minores vt accipiant curatores, ſed tamen non eſſe illis permittendum, vt rem ſuam adminiſtrent. Quomodo enim illis interim conſultum eſſe poterit, ſi neque curatorem habeant, neque rerum ſuarum adminiſtrandarum facultatem. Senſus verus ille eſt quem nos attulimus.

2. Idem lib. 19. ad legem Iuliam & Papiam.

NEc per liberos ſuos rem ſuam maturius à curatoribus recipiat: quod enim legibus cauetur, vt ſinguli anni per ſingulos liberos remittantur, ad honores pertinere Diuus Seuerus ait, non ad rem ſuam recipiendam.

Ad leg. Nec per liberos. 2.

Ratio dubitandi. Legibus cauetur vt ſinguli anni per ſingulos liberos remittantur, vt hæc lex ait. Ergo ſi minor liberos habeat non eſt expectandum, vt annum 25. compleuerit.

Ratio decidendi. Ad honores id pertinet ad quos non ſolet admitti minor, *l. ad rempublic. 8. de muner. & honor.* Non autem ad hoc vt minor rem ſuam maturiùs recipere à curatoribus ſuis poſſit. Et ita D. Seuerus reſcripſit, vt hæc lex ait & *l. 2. C. hoc tit. l. de his 12. C. de adm. tutor.* Nec enim ob id prudentior quia eſt, quod vel vxorem duxerit, vel liberos ſuſceperit.

3. Idem lib. 11. ad Edictum.

DEnique Diuus Seuerus, & Imperator noſter huiuſmodi conſulum [a] vel præſidum decreta quaſi ambitioſa eſſe interpretati ſunt. Ipſi autem per rarò minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem extra ordinem indulſerunt [b], & eodem iure vtimur [c].

Ad leg. Denique. 3.

Ratio dubitandi. Credendum eſt eos qui ob ſingularem induſtriam & exploratam fidem ac grauitatem ad Conſularis dignitatis magnitudinem adhibentur, non aliter iudicare pro ſapientia & luce dignitatis ſuæ, quàm imperator ipſe eſſet iudicaturus, argument. *l. vnic. §. his cunabulis de off. præf. prætor. leg. & ideò 8. de off. proconſ. leg. ex omnibus 10. cum duab. ſeq. de off. præſid.* Ergo ſi quando conſulum vel præſidum decretis permiſſa fuit minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem non debuerunt Imperatores interpretari einſmodi decreta eſſe ambitioſa & gratioſa. Præſertim cùm ſemper præſumendum ſit pro magiſtratu, *leg. vlt. ſupr. quod met. cauſ. leg. ad inuidiam 6. C. eod.* Nec tam ſint hæc decreta contra ius quàm præter ius. Non enim prohibentur lege vlla magiſtratus ne minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem permittant, ſed tantùm admonentur fieri id non debere, quod longè diuerſum eſt, *leg. 1. ſuprà.*

Ratio decidendi. Præſumenda ſunt ambitioſa & gratioſa decreta omnia, adeóque reſcripta quæ abhorrent à iuris ratione, vt hîc Accurſ. notat ex *l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offerend.* Si quid tamen princeps prudens & ſciens reſcripſerit, quòd iuris rationi minùs conueniat, non eò minùs reſcriptum valet, quia princeps eſt ſupra leges, *l. 1. C. de legib. l. princeps 31. eod.* In propoſito autem decreta, de quibus agimus, licèt non ſint, contra ius tamen ſunt præter ius: ideóque non ambitioſa ſimpliciter & abſolutè dicuntur, ſed quaſi ambitioſa, quod Accurſ. non obſeruauit.

a *Conſulum.* Non dixit *prætorum*, quia ea reſcripto D. Claudij ad conſules pertinebat non ad prætores vt pupillis extra ordinem tutores darent & minoribus curatores, *§. ſed ex his legib. Inſt. de Attil. tutor. l. tutores 39. §. tutores de adm. tutor. l. 1. de conſtit. tutor.*

b *Extra ordinem indulſerunt.* Data ſcilicet minoribus venia ætatis maſculis quidem poſt annum viceſimum, fœminis verò poſt 18. *leg. 1. & 2. Codice, de his qui ven. ætat. impetr.* Quæ dicitur firmata ætas 10 *leg. 1. C. Theod. eod. titul.* & plena pubertas in *leg. adrogato 40. §. 1. de adopt. leg. quidam 57. de re iudicat. leg. Mela. 14. § 1. de alim. legat.* Sed hoc ideò non quod is ſit pubertatis finis, ſed quia frigidiores qui tardius pubeſcunt, ea ſaltem ætate puberes fiant, vt rectè Cuiacius explicat ex Paulo, *lib. 3. ſentent. tit. 4.*

c *Et eo iure vtimur.* Ridiculè Accurſius *Imperatorum*, inquit, non *aliorum*, ſenſus enim eſt eo iure nos vti, vt hodie nec conſules, nec præſides, aut alij, quàm Imperatores eam ſibi poteſtatem arrogent, vt permittant minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem. Principes enim ſibi ſolis eam reſeruarunt.

1 ¶ Si quis cum minore contraxerit, & contractus inciderit in tempus, quo maior efficitur: vtrùm initium ſpectemus an finem? & placet, (vt & eſt conſtitutum) ſi quis maior factus comprobauerit, quòd minor geſſerat, reſtitutionem ceſſare. Vnde illud non ineleganter Celſus epiſtolarum libro vndecimo, & digeſtorum ſecundo tractat, ex facto à Flauio Reſpecto prætore conſultus: Minor annis vigintiquinque [d], annos fortè vigintiquatuor agens, iudicium tutelæ hæredi tutoris dictauerat mox factum, vt, non finito iudicio, iam eo maiore effecto vigintiquinque annis, tutoris hæres abſolutus proponeretur: in integrum reſtitutio deſiderabatur. Celſus igitur Reſpecto ſuaſit, non facilè [e] hunc quondam minorem in integrum reſtitui: ſed, ſi ei probaretur, calliditate aduerſarij id actum, vt maiore eo facto liberaretur: neque enim extremo, inquit, iudicij die videtur ſolùm deceptus hic minor: ſed totum hoc ſtructum, vt maiore eo facto liberaretur. ¶ Idem tamen confitetur, ſi leuior ſit ſuſpicio aduerſarij [f], quaſi dolosè verſati: non debere hunc in integrum reſtitui.

Ad §. 1. Si quis cum minore.

Ratio dubitandi. Cuiuſque negotij initium inſpiciendum eſt, & cauſa non finis, *leg. ſi procuratorem 8. in princ. Mand. l. 1. §. ſi rem depoſitam, & §. ſi ſeruus 30. depoſ.* Etiam cùm agitur de reſtitutione minoris, *§. ſcio, infrà hac lege.* Prætor enim notauit tempus minoris ætatis, cum in integrum reſtitutionem pollicitus eſt minoribus aductus

aduerſus ea quæ geſſerunt in minori ætate, *l.1.§.1.l.ait prætor 7.infr.eod.* Et ſolent noſtri dicere quòd & verum eſt, qualitatem adiunctam verbo intelligendum eſſe ſecundùm tempus verbi, *l.4.§.ſi extran.de nox.act.* Ergo nihil aliud inſpiciendum eſt, niſi an minor aliquid malè geſſerit, an non maior perfecerit.

Ratio decidendi. Quoties quis maior factus comprobat id quod in minori ætate geſſit ceſſat reſtitutio. Nec enim prætoris propoſitum in hoc edicto eſt, vt ſuccurrat maioribus, ſed vt minoribus, *§.ſed vtrùm, infrà, hoc leg. l.cum mandatu 23.eodem.* Atqui ſatis comprobat maior factus ille qui negotium quod in minore ætate inchoauerat perficit in maiori. Cur enim perficeret ſi ratum non haberet. Exemplum eſt, in *l.liberis 7.§.5.de liberal.cauſ.* Ratihabitio autem duplex eſſe poteſt, vna expreſſa cùm minor quòd in adoleſcentia perfecerat, maior factus pacto comprobat, *l.1.& 2.Cod.ſi maior.fact.rat.hab.* & apud Paulum *lib.1.ſent.tit.9.§.1.* Altera tacita quæ inducitur ex ſolo ſilentio, quod tamen pro cauſarum varietate aliquando longius aliquando breuius eſt. Quadriennij enim ſilentium ſufficit ſi contractus tenuit ipſo iure, *l.vlt.C.de temp.in integ.reſtit* Quinquennij verò ſi contractus fuerit ipſo iure nullus re aliqua immobili vendita obligatáve ſine decreto contra orationem Seueri Denique decennij inter præſentes aut vicennij inter abſentes, ſi non vendita vel aliter oneroſo titulo alienata res, ſed donata proponatur iuxta diſtinctionem, *l.vlt.C.ſi maior.fact.alien.rat.habuit.*

d *Minor annis 25.* Ratio dubitandi. Qui calliditate aduerſarij vincitur in iudicio, is non tunc tantùm læditur cùm vincitur, ſed tunc maximè cùm iudicium ſic exercetur, & ad rem iudicandam diſponitur, vt poſtea vinci eum ſit neceſſe. Putà ſi cùm eſſet minor citatus fuerit per edictum peremptorium & dolo aduerſarij abfuerit, poſteà tanquam abſens & contumax victus ſit iam maior effectus, vt in *l.ſi dolo 54.ſupr.titul.prox.* Ergo quamvis res iudicata ſit in maiori ætate non eò minùs reſtitui debet minor, qui deceptus & læſus fuit in iis quæ geſta ſunt antequam maior effectus eſſet.

Ratio decidendi. Læditur per ſententiam is qui vincitur, non per ea quæ ſententiam præceſſerunt. Sententia enim illa eſt, quæ pro veritate habetur, & cui pareri oportet propter anctoritatem rei iudicatæ, *l.ſi fundus 16.§.ſi pluris de pign.l.ſeruo 65.cùm prætor.ad Treb.* Proinde ſi poſt legitimam ætatem prolata ſit ſententia non poteſt victus petere reſtitutionem, ob id quod iudicium ceptum fuerat in minori ætate, *l.1.C.ſi aduerſ.rem iud.* vbi propter hanc cauſam puto legédum, *Si tempore iudicati,* non vt vulgò, *Si tempore iudicij.* Tempus enim iudicij eſt, ex quo dictatum fuit iudicium quouſque per ſententiam finitum ſit. Finis & perfectio iudicij iudicatum eſt. Et ideò rectè ſubiungitur hæc ſpecies pro exemplo ad propoſitionem illam poſitam in princip. §. quæ habet non initium negotij ſpectandum eſſe, ſed finem. Hancque noſtram interpretationem probat ſecunda pars, *d.l.1.C.ſi aduerſ.rem iudic.* in illis verbis, *Caterùm ſi poſt legitimam ætatem ſententia prolata eſt.*

e *Non facilè.* Vno enim caſu poteſt reſtitutio iure peti, ſi probetur calliditate aduerſarij id actum, vt abſolueretur poſt maiorem ætatem eius qui iudicium dictauerat in minore ætate tracto in id vſque tempus ſine iudicij dolo malo, vt ſequitur in textu. Habet enim iudicium ſuas quidem moras neceſſarias, *l.etiam 15.in princ.vt legat.non caue.* Sed quæ tamen improbitate & tergiuerſatione litigantium fiunt plerumque longiores, *l.ſi opt.10.ad exhib.l.maior.41.de vſur.l.intra 40.infr.hoc tit.*

f *Si leuior ſit ſuſpicio aduerſarij* Ratio dubit. Reſtitutio quæ indulgetur ex capite edicti de dolo deſiderat calliditatem eamq; magnam & euidentem, *leg.& oleg.7.§.vlt.ſupr.tit.prox.* At non etiam reſtitutio quæ datur ex hoc edicto de minorib. Contenta enim eſt læſione etiam quæ contigerit minori propria facilitate, *l.1.ſup.hoc tit.l.1.ſupr.de in integ.reſt.* Ergo quantumcunque leuis ſit ſuſpicio aduerſarij, quaſi doloſè verſari, non eò minùs danda eſt reſtitutio minori. Cur non enim qualiſcunque doli ſuſpicio ſufficit vbi nulla requiritur.

Ratio decidendi. Non requiritur quidem regulariter probatio doli in reſtitutione minoris, cùm minor ea tantùm reſcindi vult, quæ geſſit in minori ætate. Sed ſi tanquam minor velit reſcindi ſententiam, quæ contra eum iam maiorem factum prolata fuit, quia hoc caſu venit contra regulas, quæ ſolent obſeruari in reſtitutionibus minorum doli probatio neceſſaria eſt, vt quod aduerſarij dolo in maiorem ætatem protractum eſt perinde haberi poſſit, atque ſi in minori ætate accidiſſet. Vbicunque autem dolus probandus eſt. Leuis ſuſpicio nunquam ſufficit, ſed perſpicua indicia vel perſpicuæ inſidiæ requiruntur, *l.dolum 5.C.de dolo.*

2 ¶ Scio etiam illud aliquando incidiſſe: Minor vigintiquinque annis miſcuerat ſe paternæ hæreditati: maiórque factus exegerat aliquid à debitoribus paternis: mox deſiderabat reſtitui in integrum, quò magis abſtineret paterna hæreditate. Contradicebatur ei, quaſi maior factus comprobaſſet, quod minori ſibi placuit: putauimus tamen reſtituendum in integrum, initio inſpecto. Idem puto, & ſi alienam adiit hæreditatem a.

Ad §.2. Scio etiam.

Ratio dubitandi. Cùm is qui in minori ætate adhuc conſtitutus immiſcuerat ſe paternæ hæreditati poſtea maior factus exigit aliquid à debitoribus paternis videtur maior factus comprobaſſe, quod ſibi maiori placuiſſet. Non enim ad alium quàm ad eum qui hæres ſit exactio debiti hæreditarij pertinet, cùm id ſit ex eorum genere, quæ non poſſunt fieri citra ius & nomen hæredis, *l pro hærede 20.§.Papin.de acq.hæred.* Atqui, quoties maior factus comprobat, id quod geſſit in minori ætate ceſſat reſtitutio, vt dictum eſt in *§.præced.* Ergo non eſt in hac ſpecie reſtituendus minor.

Ratio decidendi. Interim hoc caſu ſpectandum eſt. Non quaſi finis & perfectio negotij ſpectari non debeat, (alioqui pugnaret hic §.cum ſuperiore,) ſed ad excluſionem eius quod factum eſt, poſt completam maiorem ætatem, quia id non tam ad finiendum, & perficiendum negotium pertinet, quàm ad conſequentias finiti iam & perfecti negotij. Nec enim is qui iam hæres eſt, & nomine & effectu, ſiue per aditionem, ſiue per immixtionem ob id magis hæres eſt, quod debitum hæreditarium, aut perſoluerit, aut exegerit poſtea cùm is qui ſemel hæres fuit, ſicuti non poteſt deſinere hæres eſſe, *l.ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtitut. leg. ait prætor.7. §.ſed quòd Papinianus hoc tit.* Ita nec magis fieri hæres. Et hæc optima diſtinctio eſt, quam olim Irnerius attulit, & Cuiacius probauit. An negotium perfectum fuerit in minori ætate an in maiori, vt poſteriore caſu ceſſet reſtitutio priore non item. Aliud exemplum affert Accurſ. ad §. *præced.* Si minor promiſerit aliquid ſub conditione, quæ facto eo maiore impleta ſit: non enim ob id minùs reſtituetur, ſcilicet, quia non per conditionis implementum læſus eſt, ſed per contractum, ex cuius interpoſiti die fuit obligatus ad præſtandum id quod promiſit, ſi quando conditio euenerit, *leg.qui balneum 9.leg.potior.11.qui potior.in pig.hab.* Vnde eſt quòd in contractibus conditionalibus ſpectatur tempus contractus, non autem euenientis conditionis, *l.ſi filiusfamilias 78.de verb.oblig.* Sed non ſatis accommodatum eſt exem-

plum hoc ad rem noſtram, quia in hac ſpecie minor factus maior nihil gerit ſi ponas caſualem fuiſſe conditionem, quæ non ex promiſſoris facto penderet. Alioqui ſi ex eius facto penderet, & is maior factus id feciſſet per quod conditio impleretur non putarem eum reſtituendum. Finge promiſſa fuiſſe à minore 100. ſi capitolium aſcenderet, poſtea verò cùm maior iam factus eſſet capitolium aſcendiſſe. Accommodatius exemplum eſt, quod de negotio poſt maiorem ætatem perfecto affert idem Accurſ. ex *leg. 3. §. vlt. de SC. Macedon.* Si quis minor ſtipulatus ſit pecuniam creditam fortaſſis à filiofamilias, vel ab inope, eique maior factus pecuniam numerauerit. Non enim poterit reſtitui, quia verum eſt hoc caſu eum comprobaſſe in maiore ætate quod fecerat in minore. Nam licèt vnus contractus ſit, iſque ſtipulationis non pecuniæ creditæ, ſtipulatio autem interpoſita ſit in minori ætate, pecunia tamen numeratur ad implendam ſtipulationem, *l. ſi ita fuero 6. §. 1. & l. ſeq. de nouat.* & ideò verum eſt impleri hoc caſu, perficique contractum poſt maiorem ætatem, *leg. 9. §. ſed quod prætor ait ſupr. quod met. cauſ.* Ac proinde amitti beneficium reſtitutionis, quæ alioquin competeret, *leg. verùm 11. §. vlt. inf. hoc tit. vt & in l. liberis 7. §. 1. de liber. cauſ.* iung. *l. ſi filius 30. inf. hoc tit. leg. poſt diem 7. de leg. commiſſ.*

a *Et ſi alienam adiit hæreditatem.* Notandus eſt hic locus quo probatur ſuum hæredem, cùm patri ſuccedit non iam alienam, id eſt, patris, quàm ſuam hæreditatem acquirere nec tam patri, quàm ſibi ipſi ſuccedere. Adeò vt nec hæreditas vlla hoc caſu eſſe intelligatur, *leg. in ſuis 1. de liber. & poſt.* Tantum abeſt, vt aliqua ſit aliena. Venit enim filius ad bona penè propria cùm patri ſuccedit, *leg. 1. §. largius de ſucceſſ. edict.* Alienam hæreditatem adire dicitur, quæ delata ei eſt ab extraneo, quo nomine ſignificantur omnes extra patrem aut auum paternum, in cuius morientis poteſtate fuerit filius vel nepos, primúmque gradum in familia tenuerit quod ad cauſam ſuccedendi, *l. ſcripto 7. vnd. lib. leg. ſi filiusf. 33. de teſtam. milit.*

3 ¶ Minorem autem vigintiquinque annis natu, videndum, an etiam diem natalis ſui adhuc dicimus, ante horam, qua natus eſt: vt, ſi captus ſit, reſtituatur. Et, cùm nondum compleuerit, ita erit dicendum [b]: vt à momento in momentum tempus ſpectetur. Proinde & ſi biſſexto natus eſt [c]: ſiue priore, ſiue poſteriore die, Celſus ſcripſit, nihil referre: nam id biduum pro vno habetur, & poſterior dies Kalendarum intercalatur.

Ad §. 3. Minore.

Verba ſunt edicti prætoris. *Minore quàm 25. annis l. 1. §. edicit ſuprà.* & ita Accurſ. niſi ex Pandectis Florentin. & cum Cuiacio legas, *Minorem autem 25. annis natu videndum, an etiam die natalis ſui,* &c.

b *Et ita erit dicendum.* Rat. dub. Annus ceptus habetur pro cõpleto, *l. ad rempubl. 8. de muner. & honor. l. qui filium 74. §. Fabius ad SC. Treb.* Ergo non eſt neceſſe, vt vlt. hora anni nouiſſimi ſit completa, vt neq; cùm agitur de danda puberi factione teſtamenti, *l. a qua ætate 5. qui teſtam. fac. poſſ.* Aut de danda maiori annis 20. facultate manumittendi, *l. 1. de manumiſ.* Iam minorem annis viginti non eſſe eum qui ſupremum diem agit anni viceſimi. Sic & in ſpecie, *l. ſi in annos 49. de Cod. & dem. l. anniculus 132. & ſeq. de verb. ſignif. l. in vſucap. 6. de vſucap. l. penult. in princ. de diuerſ. temp. præſcript.*

Ratio decid. In fauorabilibus annus aut dies ceptus habetur pro completo, vt in honoribus, *d. l. ad rempub.* In reſtitutione fideicommiſſi ex iudicio defuncti facienda, *dict. §. Fabius,* in danda libertate *d. l. 1. de manumiſ. & in* vſucapione, *d. l. pen.* Ergo ſi fauor perſonæ vel cauſæ exigat, vt annus aut dies ceptus non habeatur pro completo aliud dicendum erit, vt in propoſito tractatu de reſtitutionibus minorum. Reſtitutio enim minoris eſt fauorabilis, cùm nitatur æquitate naturali, *l. 1. ſuprà.* Si autem annus aut dies ceptus haberetur pro completo tantò citiùs minor amitteret beneficium reſtitutionis. In odioſis cuiuſmodi eſt præſcriptio actionis aliud eſt, *l. in omnibus temporalibus 6. de oblig. & act. item in excuſatione à tutela, d. §. Fabius in fin.*

c *Proinde & ſi biſſexto natus.* Ratio dubit. Annus Romanus non conſtat niſi ex 365. diebus, *l. 4. §. Stichus ſi heredi, de ſtatulib. l. ita vulnerat. 51. verſ. æſtimatio ad leg. Aquil.* Dies autem more Romano incipit à media nocte, & durat vſque ad mediam noctem ſequentem, *leg. more Rom. 8. de fer.* Ergo qui natus eſt 6. Cal. Martias, & contrahit anno viceſimo quinto poſteriore biſſexti die non poteſt videri minor contraxiſſe cùm contraxerit treceteſimo & ſexageſimo die.

Ratio dec. Id biduum pro vno die habetur & poſterior dies intercalatur, *l. cùm biſſext. 98. de verb. ſignif.* Vbi extat ea ipſa ſententia Celſi quæ hîc refertur.

4 ¶ Sed vtrùm ſolis patribusfamil. an etiam filiisfam. ſuccurri debeat, videndum Mouet dubitationem, quod, ſi quis dixerit etiam filiisfamil. in re peculiari ſubueniendum efficiet, vt per eos etiam maioribus ſubueniatur, id eſt, patribus eorum: quod nequaquam fuit prætori propoſitum: prætor enim minoribus auxilium promiſit, non maioribus. ¶ Ego autem veriſſimam arbitror ſententiam exiſtimantium, filiumfamiliàs minorem annis in integrum reſtitui poſſe ex his ſolis cauſis, quæ ipſius interſint: putà ſi ſit obligatus. Proinde ſi iuſſu patris [a] obligatus ſit pater vtique poterit in ſolidum conueniri [b] filius autem (cùm & ipſe poſſit vel in poteſtate manèns conueniri: vel etiam emancipatus, vel exhæredatus, in id quod facere poteſt [c]: & quidem in poteſtate manens etiam inuito patre [d] ex condemnatione conueniri [e]) auxilium impetrare debebit, ſi ipſe conueniatur. ¶ Sed an hoc auxilium patri quoque proſit [f], vt ſolet interdum fideiuſſori eius prodeſſe [g], videamus. Et non puto profuturum [h]. Si igitur filius conueniatur, poſtulet auxilium: ſi patrem conueniat creditor, auxilium ceſſat, excepta mutui datione [i]: in hac enim, ſi iuſſu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuuatur. Proinde & ſi ſine iuſſu patris contraxit & captus eſt: ſiquidem pater de peculio conueniatur, filius non erit reſtituendus: ſi filius conueniatur poterit reſtitui. Nec eo mouemur, quaſi interſit filij peculium habere. Magis enim patris quam filij intereſt: licèt aliquo caſu [k] ad filium peculium ſpectet: vt putà ſi patris eius bona à fiſco propter debitum [l] occupata ſunt: nam peculium ei ex conſtitutione Claudij ſeparatur.

Ad §. 4. Sed vtrùm.

Ratio dubitandi. Si quis dixerit etiam filiisfamilias in re peculiari ſubueniri, efficiet vt per eos etiam maioribus ſubueniatur, id eſt, patribus eorũ quod nequaquam

fuit

fuit prætoris propoſitum. Prætor enim minoribus auxilium promiſit, non maioribus, *l.1.§.apparet, ſuprà hoc tit.l.cum mandat.23.infr.eod.*

Ratio decidendi. Non eſt reſtituendus filiusfamilias minor in re peculiari ſi eius nihil intereſſit, ſed ſolius patris, Peculium enim magis patris eſt quàm filij vt dicitur in hoc §. *& in l patri 27.inf.hoc tit.* Sed poteſt etiam filij intereſſe, putà ſi ſit ipſe obligatus, Obligatur autem tam ex contractibus quàm ex delictis, *l.tam ex contr.57. de iud.* Denique ex omnibus cauſis, *l.filiusf.49.de obl.& act.* præterquam in Macedoniano, *l.1.de SC.Maced. & ex voto l.2.§ vota de pollicit.* Ergo ſi ſit aliquando obligatus reſtitui in integrum poterit. Nec perſona patris, cui non vult prætor ſubuenire, quia maior eſt, nocere debet filio minori, cui edictum prætoris opem pollicetur extra cauſam peculiarem ſi filius contrahat non eſt dubitandum quin poſſit reſtitui cùm eo caſu ceſſet ratio dubitandi quam hic affert Vlpian.

a *Proinde ſi iuſſu patris.* Ratio dubitandi. Cum iuſſu & mandatu patris filiosfamilias contrahit pater ipſe contrahere videtur. Nihil enim refert an per te quid facias, an alij mandes vt faciat, *l.5.§.geſſiſſe de admin.tutor.* Ergo cùm mandatu patris filiusfamil. res patris adminiſtrat, non debet habere beneficium reſtitutionis, non magis quàm ſi alius ei mandaſſet, quoniam eo modo maiori ſuccurretur. *l.cum mandat.23.infr.hoc tit.*

Ratio decidendi. Multum intereſt an pater mandet, an iubeat filio vt contrahat de re peculiari, an vt de re quæ ſit merè paterna. Priore caſu locum habet quod hîc Vlpianus ſcribit reſtituendum eſſe filium, tanquam cuius proprio nomine intereſſit, cùm ſit proprio nomine obligatus ex eaque cauſa conueniri poſſit proprio nomine & inuito patre in ſolidum, *leg. ſi quis cum filiofamil as 44. de peculio.* Poſteriore verò id obtinet quod ſcriptum eſt in *dicta leg.* cùm mandatu non eſſe dandam filio reſtitutionem, qui ſcilicet non tanquam filius obligatus eſt proprio nomine, ſed tanquam procurator patris, ac proinde non tam filio quàm patri reſtitutio prodeſſet contra propoſitum prætoris. Nec mouet quod etiam peculium ſit patris. Nam ita eſt patris, vt tamen ſic etiam filij, quamvis ſit patris magis quàm filij. Cùm igitur non ſit merè paternum meritò alia conſtituitur ratio filijfamilias contrahentis de re peculiari, alia contrahentis de bonis merè paternis. Obſeruandum autem eſt in toto hoc §. agi de peculio profectitio, non de aduentitio, nec de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi. Caue tamen ne dicas cum Cuiacio filiumfamilias non obligari ex procuratione rerum paternarum ſuſcepta mandatu patris eámque rationem eſſe ob quam reſtitui non poteſt, ex *dict.l.cum mandatu.* Nam imò verò obligatur, quamvis non niſi quaſi procurator, & ideò reſtitui poteſt & debet ſi ex euentu damnum paſſurus ſit, putà ſi quod præſtiterit ſeruare à patre non poſſit, qui fortè non eſt ſoluendo, *d.l.cùm mandatu.* Regulariter tamen non reſtituitur, non quòd non obligetur, ſed quia eo modo maiori potius conſuleretur, cuius damno rem cedere neceſſe eſt, vt lex ait. Hic tamen verſiculus mihi valde ſuſpectus eſt, vt & omnia quæ ſequuntur vſque ad *verſ.nec eo mouemur, vt infra.* dicam.

b *Pater vtique poterit in ſolidum conueniri.* Ratio dubitandi. Qui cum filiofamil contrahit, duos habet obligatos, filiumfamilias in ſolidum, patrem verò de peculio duntaxat, *l.ſi quis cum filiofam.44.de pecul.* Ergo pater in ſolidum conueniri non poteſt ex contractu filij, ſed tantùm ad finem peculij.

Ratio decidendi. Regulariter quidem id verum eſt, ſed fallit cùm filius contraxit iuſſu patris, *leg.1.& tot.tit.* Quod iuſſu & aliis nonnullis caſibus, de quibus dicemus, *inf.ad tit.de peculio.*

c *In id quod facere poteſt.* Intellige cum Accurſio de filio poſt contractum emancipato aut exhæredato. Nam qui in poteſtate manſit, conueniri poteſt in ſolidum tam viuo quàm mortuo patre, *d.l.ſi quis 44.de pecul.* Præterquam ſi patris hæreditate abſtinuerit, *l.2.l.ſi ex alio 9. C.quod cum eo qui in al. poteſt.l.2.in fin.infr.eod.l.ſi dubitet 10.§.vlt.de fideiuſſ.*

d *Inuito patre.* Ratio dubit. Non poteſt iudicium conſiſtere cum filiofamilias ſine voluntate patris, *l.vlt.§.1. verſ.neceſſitate, C.de bon.quæ lib.* Ergo quæri non poteſt, vt inuito patre conueniatur filiusfamilias.

Ratio dec. Conſenſum patris exigit Iuſtin. at ius vetus non exigebat cum poſſet filiusf. etiam contra patrem agere vt in caſu, *l.cogi 16.§.ſi pater & l.ſemper.50.ad SC. Treb.* Quantò magis extraneus qui cum filiofamil. contraxerat agere poterat contra filium ſiue ignorante, ſiue etiam inuito patre? Alioqui nunquam conſenſurus eſſet pater cuius nihil intereſſet filium ſiue habentem peculium, ſiue non habentem nunquam conueniri, nunquam condemnari arg. *l.inter ſtipul 83.§.1.de verb.oblig.* Denique cùm iudicium reddatur in inuitum, vt Paulus eo loco ſcribit, poteſt quidem admitti, vt non debeat licere filio agere ſine conſenſu patris, ſed vt ſimiliter non poſſit filiusfamilias ab extraneo conueniri, niſi patre conſentiente admitti nullomodo poteſt. Iniquum enim eſſet eum qui cum patre non cõtraxerit expectare patris voluntatem, arg. *l.3.ex quib.cauſ.in poſ.eat.* Hoc verò Cuiacius non intellexit, qui Accurſium ſecutus putat ideò iudicium hic conſiſtere cum filiofamilias etiam inuito patre, quia iuſſu & voluntate patris erat filius obligatus. Quaſi verò non poſſit, & in ſolidum, & inuito patre ſimiliter conueniri filiusfam. in poteſtate manens, qui abſente & ignorante patre ſe obligauit. Quod ſanè falſum eſt. Generalis eſt enim hæc ſententia nec ad filiũ, qui patris iuſſu contraxit coarctanda. Nam quantò minùs iuſſu patris filiusfam. cõtraxit tantò magis & in ſolidũ & inuito etiam patre conueniri poteſt. Et verò quo iure aut prætextu poſſet requiri conſenſus patris qui nec pro ſeipſo diſſentire poteſt quominus etiam in ſolidum aut ſaltem de peculio ex contractu filij conueniri poſſit?

e *Ex condemnatione conueniri.* Ratio dubit. Inutilis eſt actio quam debitoris excludit inopia, *l.nam & nullam 6. ſupr.d dol.* Atqui filiusfam. nulla bona in ciuitate habet, *l.lex Cornel.28.ad fin.de vulg.& pupil.ſubſtit.* Quia quidquid acquirit ſibi, patri acquirit, adeo, vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona filij cõſiſtat, *leg. placet 79.de acq.hered.l.1.ſi à parent.quis man.* Ergo non poteſt filiusfamilias ex condemnatione conueniri.

Ratio decidendi. Poteſt quidem ex condemnatione conueniri, ſed non ab eo exigi, quoniam exactio differtur in id tempus quo filius habeat bona *d.l.ſi dubit.10. §.vlt.* aliàs *l.filiusfamil.de fideiuſſ.* Sic & in ſpecie, *leg. in leg.40.ad l.Aquil.*

f *Sed an hoc auxilium patri quoque proſit.* [illegible] eſt, An ex perſona filij poſſit pater in integrum reſtitui quomodo fideiuſſor minoris ex perſona ipſius minoris interdum reſtituitur. Alioqui certum eſt reſtitutionem à principali debitore impetratam eius fideiuſſori nunquam prodeſſe niſi & ipſe reſtituatur, *l.in cauſa 13.infr.eod. & ita rectè Accurſ.ex l. exceptiones 7.§.1.de except.* Qui tamen locus parum ad rem facit. De hac quæſtione dicam latiùs infrà ad verſ.*excepta mutui datione.*

g *Vt ſolet interdum fideiuſſori eius prodeſſe.* Ita loquitur Vlpianus quoniam adhibenda diſtinctio eſt. An fideiuſſor interuenerit pro minore ſimpliciter, id eſt tanquam pro alio quolibet etiam maiore, An verò contemplatione iuris prætorij, vt dicam ad *d.l.in cauſa.* Contra quam Accurſius & Cuiacius hic ſententiam qui aliter diſtinguunt.

h *Et non puto profuturum.* Ratio dubit. Solet eadem eſſe ratio patris & fideiuſſoris. *l.cum filiusf 40.in princ.de de verb. oblig.* Atqui beneficium reſtitutionis minoris prodeſt fideiuſſori ſaltem quibuſdam caſibus, vt proximè dictum eſt. Ergo debet prodeſſe & patri.

Ratio decid. Pater non fideiuſſor filij eſt, ſed debitor

ipſe proprio nomine, quamvis non niſi quatenus eſt in peculio. Ideóque nullum regreſſum habet pater contra filium quomodo habet fideiuſſor contra reum, quomodo bene hic Accurſius notat. Quanquam non videtur ille aſſecutus illud ipſum quod nos volumus patrem obligari proprio nomine & æquè principaliter atque filius ipſe qui contrahit obligatur. Subinde enim quæri qui fieri poſſit vt filio per in integrum reſtitutionem liberato, ipſe quoque pater ſicut & fideiuſſor incontinenti non liberetur? argum. *leg. cùm principaliter* 178. *de reg. iur.* Nec quidquam habet quod reſpondeat, niſi hoc vnum, Per reſtitutionem in integrum à principali debitore impetratam non tolli obligationem ipſo iure, ſed tantùm exceptionem induci, quod certè verum eſt & aptari commodè poteſt quæſtioni propoſitæ de fideiuſſore, ſed non quæſtioni de patre. Debuit enim dicere patris obligationem eſſe æquè principalem non acceſſoriam ad obligationem filij. Sanè quod idem Accurſius quærit cur ſubuenierit patri ob abſentiam filij potiùs quàm ob ætatem ex *leg. cùm quidam* 30. *de acquir. hered.* Ridiculum eſt. Ibi enim reſtituitur pater non à prætore, ſed à conſulibus ex decreto Imperatoris & propter abſentiam ſuam, non filij.

i *Excepta mutui datione.* Non conuenit exceptio hæc ei quæ proximè præcedit, *ſi patrem conueniat creditor, auxilium ceſſat.* Itaque Accurſius eam refert ad articulum præcedentem. *Si igitur filius conueniatur poſtulet auxilium.* Nec diſſentit Cuiacius qui putat hunc vnum eſſe caſum quo filiusfam. minor ex ſuo contractu non reſtituitur, videlicet, inquit, ſi mutuam pecuniam iuſſu patris acceperit: quod & ſignificari putat, *leg.* 2. *Codice, de filiofamil. minor.* in illis verbis, *nec iuſſu eius, nec contra Senatuſconſultum contractum eſt.* Et rationem affert quod eatenus ſaltem viſum ſit ſubleuandos eſſe creditores, qui aliàs Senatuſconſulto Macedoniano ſatis opprimebantur. Ego tamen non poſſum hoc concoquere qui video, minorem ex omnibus ſuis contractibus reſtitui, ſiue mutuam pecuniam acceperit, *leg. ait prætor.* 7. *circa princ. infrà hoc titulo*, ſiue dederit etiam contra Senatuſconſultum, *lege verum* 11. *§. vltim. eod.* Nec quod minor idem filiusfamilias ſit, nocere ei debet quoties ipſius intereſt, id eſt, ſi ſic proprio nomine obligatus, vt ſcriptum eſt in hoc §. Rurſus etiamſi filiusfamilias iuſſu patris mutuam pecuniam acceperit, non eò minùs tamen iuuandus eſt, ſi ipſe ex ea cauſa proprio nomine conueniatur, etiam ſi ex cauſa aliqua peculiari contraxerit. De proprio enim patrimonio & in rem propriam contraxiſſe intelligitur filiusfamilias, qui de re ad peculium pertinente contraxit. Quidni ergo reſtituetur? Etſi cùm filius de re non peculiari contraxit minorem dubitationem res habet quin poſſit reſtitui, quia hoc caſu verendum non eſt ne eius reſtitutio proſit patri. Fateor filium qui iuſſu & mandatu patris mutuam pecuniam accepit, non ex cauſa peculij, ſed pro rerum paternarum adminiſtratione non habere reſtitutionem, qui non tam ipſe quàm pater eius contraxiſſe intelligitur, aut ipſe pro patre. Ne quidquam intereſt filij habituri regreſſum contra patrem, aut ſaltem contra res paternas, ſi modò pater ſit ſoluendo, vt ſuprà diximus ex *dicta leg. cùm mandato.* Et ita intelligo quod ſcriptum, eſt in *d. l.* 2. Aut ſi mauis de filio, qui vt Accurſius loquitur, nudum miniſterium præbuerit patri, vt in ſpecie, *l. ſi ex contract.* 4. *C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed non poteſt ea interpretatio accommodari ad hunc locum, in quo tractatur de filiofamilias qui contraxerit ex cauſa peculiari, ac proinde qui non ex contractu patris, ſed ex ſuo, nec de re merè paterna, ſed de ea quæ etiam ſit ſua ſe obligauerit in ſolidum ſine vlla ſpe regreſſus contra patrem.

Nulla enim ratio eſt cur non poſſit hîc reſtitui in integrum. Nec ſolùm ſi conueniatur vt textus noſter ait: ſed & priùs quàm conueniatur, quia vt poſſit reſtitui, ſufficit quod poſſit conueniri. Alioqui reſtitutio in integrum nunquam proponeretur niſi per viam exceptionis, cùm tamen certum ſit poſſe illam proponi etiam per viam actionis, *l. metum* 9. *§. ſed quod prætor ait, ſuprà. quod met. cauſ.* Déque ea reſtitutionis proponendæ ratione prætorem in omnibus edicti partibus ſenſiſſe, quibus ſe aut iudicium daturum pollicetur, aut animaduerſurum. Idque eſt quod hic Vlpian. ſcribit *putà ſi ſit obligatus*, & paulò poſt *Filius autem cùm & ipſe*, &c. *poſſit ex condemnatione conueniri, auxilium impetrare debebit.* Ergo vt dicam quod ſentio totus hic verſiculus: *Excepta mutui datione: in hac enim ſi iuſſu patris mutuam pecuniam acceperit non iuuatur.* Ineptitius eſt ex gloſſa alicuius interpretis quem leges ſuprà citatæ, nec ab eo ſatis intellectæ feſellerunt. Niſi quis probabilius putet Tribonianum in hoc quoque §. vt alibi tam ſæpè violentas Vlp. manus intuliſſe. Nam ab initio verſ. *proinde ſi iuſſu patris:* vſque ad verſ. *nec eo mouemur.* Nihil video præter diſtinctiones quaſdam & clauſulas Triboniano more, id eſt, ſatis malè concinnatas. Quid enim ad Vlpiani tractatum pertinebat monere: patrem cuius iuſſu filius contraxit in ſolidum teneri? Quid rurſus teneri filium in id quod facere poteſt confuſis tribus illis caſibus, ſiue in poteſtate manſerit, ſiue emancipatus fuerit, ſiue exheredatus: cùm tamen primo caſu in ſolidum teneatur, vt ſuprà probauimus. Quid præterea attinebat ita ſcribere, *& quidem in poteſtate manens etiam inuito patre?* Quaſi verò non etiam & multò magis conueniri poſſit, inuito patre filius emancipatus vel exheredatus in id nimirum quod facere poteſt. Ad hæc. Quid illud eſt dicere, *Cùm & ipſe filius poſſit conueniri auxilium impetret ſi conueniatur.* Nam ſi bona eſt, vt eſt ratio illa, propter quam filio ſuccurri debeat quod poſſit ipſe conueniri, quid neceſſe eſt vt conueniatur? Hoc verò ſemel dicto an non planè inſulſa eſt, quæ ſequitur eiuſdem dicti inculcatio. *Si igitur filius conueniatur poſtulet auxilium, ſi patrem conueniat creditor auxilium ceſſat.* Sed & quidni conuento etiam patre dabimus filio reſtitutionem: non quidem vt ea reſtitutio proſit patri, ſed vt proſit filio qui ipſe poteſt conueniri? An eò minùs condemnari poteſt filius proprio nomine, & in ſolidum quod pater ipſe de peculio cōueniatur? Cur ergo mota contra patrem actio auferet filio auxilium reſtitutionis? Nam & è contrario ſi filius conueniatur in ſolidum, nec fortè velit reſtitui, non eò minùs pater reſtitui poterit, etiam inuito filio adeóque tametſi nondum conueniatur: quia ſufficit periculum ne cōueniatur poſteà, cùm teneatur de peculio, *l. patri* 27. *hoc tit.* Iam dixi quàm ineptè ſubiectus ſit iſte verſiculus, *excepta mutui datione*, ſed ille multò ineptiùs qui ſequitur, *Proinde etſi ſine iuſſu patris.* Nam ſi verum eſt quod priùs dixerat Vlpianus, & de quo dubitari non oportet, toties reſtituendum eſſe filium ex cauſa peculiari quoties ipſius intereſt, vt putà ſi ſit ipſe obligatus quid intereſt filij volentis reſtitui an pater de peculio conueniatur necne? An ob id minùs obligatus eſt filius quòd nondum ipſe conueniatur aut quod pater eius conueniatur de peculio? Denique pro illis verbis *ſi filius conueniatur poterit reſtitui*, debuerat potius ſcribi, *ſi filius poſſit conueniri erit reſtituendus.* An non enim maius periculum eſt filij, qui quandoque poteſt conueniri in ſolidum, priùs etiam quàm conueniatur quàm patris qui non tenetur, niſi de peculio, *dicta lege patri* 27. Sed quod omnium maximè me mouet illud eſt, quòd ſequens verſiculus, *nec eo mouemur*, quem nos Vlpiani eſſe admittimus neceſſariò referendus eſt ad verſic. *Ego autem veriſſimam arbitror ſententiā exiſtimantium.* Nam cùm dixiſſet Vlpian. filiumfam. minorem in integrum reſtitui poſſe ex iis ſolis cauſis, quæ ipſius intereſſunt (ſi tamē latina ac non potiùs Tribonianea hæc locutio eſt.) Putà ſi ſit obligatus & conſequenter ex aliis cauſis reſtitui non poſſe. Reſpondendum fuit ad obiectionem quæ ſuadere videbatur dandam filiofamilias minori reſtitutionem in omni caſu quo tractetur de peculio:

peculio: quòd nimirum omni caſu intereſt filij peculium habere, etiãſi non ſit ipſe obligatus. Ad quam obiectionem reſpondetur iis verbis, *Magis enim patris quàm filij intereſt.* Quæ ratio non probat filium reſtituendum eſſe quoties ipſius intereſt, vt putà ſi ſit obligatus, de quo tamen ſolo agitur in iis quæ immediatè præcedunt: ſed è contrario non eſſe reſtituendum filium ſi non ſit ipſe obligatus, aut ſi non aliter probet ſua intereſſe. Loquitur autem Vlpianus in numero plurali, *nec commouemur*: quia non ſuam dumtaxat, ſed & aliorum opinionem retulerat idem exiſtimantium: quod facilè quilibet aſſequeretur, ſi omnia illa quæ nos Triboniano adſcribimus interpoſita non eſſent. Penè omiſi quod intexta quæſtio illa, *sed an hoc auxilium patri quoque proſit*, &c. non niſi ineptè & falsò intexta fuit. Nam præter id quod nihil ſimile habet cauſa fideiuſſoris qui alienæ acceſſit obligationi cum cauſa patris qui proprio nomine tenetur de peculio, adeóque ex proprio facto licèt ex contractu filij conueniatur, quia ea eius voluntate videtur contraxiſſe filius cui peculium pater dedit (quæ ratio ſola fuit dandæ in patrem actionis de peculio) iam Vlpianus ſatis dixerat, contra quàm Tribonianus velit nunquam poſſe filium minorem reſtitui in integrum, quin eius reſtitutio proſit patri. Ea namque ſola erat ratio dubitandi propter quam videbatur non eſſe permittendum, vt filiusfamilias minor ea cauſa peculiari reſtitueretur. Nempe quod ita poſito iure neceſſarium erat euenire, vt contra propoſitum prætoris maioribus quoque ſuccurreretur. Et verò cùm pater non teneatur actione de peculio niſi ex contractu filij (ex propriis ſiquidem contractibus in ſolidum tenetur,) quæro qui fieri poſſit vt ex eo contractu filij pater conueniatur, qui iam reſciſſus ſit per in integrum reſtitutionem? Sed & cùm non alia ratione patri permittatur, vt pro filio petat omnimodo reſtitutionem quam ex propria perſona petere non poſſet, niſi quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur, vt ſcriptum eſt, in *d.l. patri* 27. *infr.* Vt nimirum liberetur ab eo periculo pater reſciſſo per reſtitutionem contractu filij, quantò magis dicendum eſt reſtitutionem à filio impetratam prodeſſe patri?

Illud ſane verum eſt quod fortaſſe Tribonianus voluit dicere patrem qui ſit maior non eſſe reſtituendum in integrum ex perſona filij minoris ſcilicet ſi nomine ſuo non nomine filij petat reſtitutionem. Quomodo fideiuſſor minoris poteſt reſtitui aduerſus contractum dolo aduerſarij interpoſitum etiamſi minor ipſe nolit reſtitui. *l.* 2. vbi Accurſius, *Cod. de fideiuſſ. minor. leg. minor.* 51. *de procurat. leg. exceptiones* 7. *de except. leg. ex perſona* 32. *de fideiuſſ.* & arg. *l. ſi poſt mortem* 10. §. *fin. de bon. poſſeſſ. contra tabul.* Sed illud non æquè verum patri non prodeſſe reſtitutionem filij. Prodeſt enim omnimodo omnique caſu. Nec diſtinguo an iuſſu patris filius contraxerit an non iuſſu quomodo diſtinguit Cuiacius. Etſi enim qui contrahit cum filio habente iuſſum patris cum ipſo patre quodammodo contrahere videtur, vt ait *l.* 1. *quod iuſſu.* Verum tamen eſt contractum eſſe ſolius filij perinde atque ſi ſine iuſſu patris contraxiſſet, *d. l. ſi quis cum filiofam.* 44. *de pecul.* & actionem quod iuſſu non tam propriam eſſe actionem, quàm adiectionem quandam actionis de peculio, vt & actio de in rem verſo quod iam olim Iuriſconſultes ſenſit ab Accurſio noſtro relatus & probatus, ad §. *vltim. inſt. quod cum eo.* Ex eodem namque edicto naſcuntur tres illæ actiones. De peculio, de in rem verſo & quod iuſſu, *leg.* 1. §. 1. *de pecul.* Nam nec actio quod iuſſu datur in ſolidum abſolutè (in quo pleraque errant.) Sed quatenus duntaxat iuſſum eſt ſicuti nec de in rem verſo niſi quatenus verſum eſt. Itaque ſi filius iuſſus à patre mutua accipere quinquaginta acceperit centum ex quibus verſa ſint tantùm triginta in rem patris, nec niſi viginti quinque ſint in peculio pater non viginti quinque debebit non triginta non centum, ſed quinquaginta, qui tamen centum vtique deberet ſi ipſe contraxiſſet. Accurſium etiamſi poneres iuſſum à patre filium vt mutua acciperet centum & ita teneri patrem in ſolidum ad tota centum præſtanda, non eò minùs tamen verum eſſet contractum eſſe filij, alioqui non teneretur filius proprio nomine, ſed tantùm vel quaſi procurator ſi ex mandato contraxiſſet, vt in *d.l. cum mandato* 13. *hoc tit.* vel nullo modo ſi tanquam nudus miniſter vt in ſpecie, *d. l. ſi ex contractu* 4. *Cod. quod cum eo qui in al.* Atqui tenetur proprio nomine & in ſolidum ſicut & pater, nec tamen tanquam correus debendi quia ex contractu alieno nemo fit correus debendi præſertim cùm pater ſemper teneatur aut quatenus iuſſit aut quatenus in rem eius verſum eſt aut quatenus eſt in peculio: nunquam in ſolidum abſolutè: Filius verò in ſolidum quandiu in patris poteſtate aut patris hæres eſt. In quantum verò facere poteſt ſi emancipatus aut exhæredatus aut abſtentus filius proponatur, *l.* 2. *l. ſi ex alio* 9. *eod.* Omni ergo caſu fatendum eſt patrem etiam qui iuſſit conueniri ex contractu filij & conſequenter reſciſſo contractu per reſtitutionem filio conceſſam fieri nullo modo poſſe vt ex contractu pater aut de peculio aut de in rem verſo aut quod iuſſu conueniatur. Quomodo enim poſſet ex contractu reſciſſo per eum qui ipſe contraxiſſet dari actio in eum qui non contraxiſſet? In ſumma, vnica actio eſt de peculio & quod iuſſu, licèt alias easque diuerſas habeat condemnationes vt de actione de peculio & de in rem verſo ſcribit Iuſtinianus, in § *præterea inſt. eod.* Nam & actioni quod iuſſu ſimilis eſt actio de in rem verſo in eo quod vtraque competit contra patrem vel dominum directo vt ait Iuſtinianus, in §. *vltim. eod.* id eſt, proprio nomine non tanquam in eum qui alieno nomine ſit obligatus. Sed id non efficit quin ex alieno contractu naſcatur obligatio quæ proinde non poteſt ſubſiſtere niſi quandiu contractus ipſe ſubſiſtit, qui porrò ſi reſcindatur per reſtitutionem conceſſam filio non poteſt quantum ad patrem haberi pro integro & non reſciſſo. Fateor patris obligationem adeóque actionem quæ in eum quod iuſſu aut de peculio competit durare etiam ſublata obligatione filij: putà ſi filius vnico patre deceſſerit, vt in *l. antep. de SC. Maced.* Quando verò cùm etiam fideiuſſoris obligatio quæ acceſſoria eſt poſſit ſubſiſtere ſine principali, ſiue fideiuſſor debitorem hominem occiderit, ſiue debitor ſine hærede deceſſerit, *l. ſine harede* 32. *in princip. de admin. tutor. leg. Stichum* 95. §. 1. *in fin. de ſolut.* Sed nego patris obligationem aut actionem quæ in eum competit etiamſi iuſſerit poſſe durare ſublato & reſciſſo contractu filij non magis quàm fideiuſſoriam ſublato & reſciſſo contractu cui fideiuſſor acceſſit. niſi cùm fideiuſſor interuenit contemplatione iuris prætorij & ob hoc ipſum vt tantò magis teneretur ſi contractus minoris, beneficio ætatis reſcinderetur, vt dicam ad *l. in cauſa* 13. *infr. eod.* Quæ diſtinctio non poteſt adhiberi in patre, cuius ſcilicet perſona in contractu filij non interuenit ne tum cùm iuſſit. Aliud enim eſt iubere quod fit à patre tanquam à patre, aliud verò fideiubere quod fit à patre tanquam ab extraneo, *l.* 1. §. *quid ergo infr. quod iuſſu.* Sed & faciliùs eſt vt reſciſſo contractu principali nihilominus fideiuſſor teneatur, quàm vt pater reſciſſo contractu filij: quia fideiuſſor ex proprio contractu propriaque promiſſione tenetur. Pater verò etiam qui iuſſit non niſi ex contractu filij, vt probauimus. In quo probando longiores nos eſſe neceſſe fuit, quoniam & noua & magni momenti eſt hæc noſtra interpretatio vt nemo non videt.

k *Licet aliquo caſu.* Ratio dubitandi. Inſpiciendum, eſt id quod poteſt euenire, *l. verum* 11. §. *ſi locupleti verſ. ſed hæc res infr. hoc tit. leg. ſi quis domum* 9. §. 1. *verſ. quia hoc euenire poſſe proſpicere debuit infr. locat.* Ergo cùm aliquo caſu poſſit euenire vt peculium ſit ſolius filij & ſeparetur

paretur à patrimonio patris dicendum eſt dandam omnimodo reſtitutionem filio ex cauſa peculiari licèt non ſit ipſe obligatus.

Ratio decidendi. Aduentitij caſus non ſunt computandi, *l. Iulianus 6. qui & à quib. man.* & caſum aduerſámque fortunam hominis liberi præſertim patris expectari à filio neque ciuile neque naturale eſt, *leg. inter ſtipulantem 83. §. ſacram. verſ. homo liber. de verb. obligat.*

l *Propter debitum pecuniarium.* Aliud ergo eſt ſi propter delictum patris bona eius à fiſco occupata ſint.

Ratio dubitandi. Non debet ex delicto patris filius grauari, *l. ſi quis ſuo 33. §. 1. C. de inoff. teſt.* Ergo non minùs debet peculium ſeparari filio ſi patris bona occupata ſint à fiſco propter delictum, quàm ſi propter debitum pecuniarium.

R. dec. Separatio hæc fit eo beneficio & indulgentia imperatoris qui hoc fauore dignum putauit filium debitoris, non etiam filium delinquentis. Nemo enim fauore dignus eſt ob id quod improbum patrem habeat, ſi nec odio. Cùm ergo deterioris conditionis conſtituitur filius delinquentis, non odio patris grauatur, ſed tantùm aufertur ei beneficium quo alioqui dignus eſſet ſi patrē haberet miſerum quidem & ære alieno oppreſſum, ſed tamen probum. Itaque miror quod ex hoc loco noſtri inferunt peculium filij non publicari publicatis bonis patris. Publicatio enim non fit niſi ex cauſa præcedentis delicti, niſi fortè legerunt illi, *delictum* hoc loco non *debitum*, nam & dictio *pecuniarium*, quæ adeſt in vulgata editione, deeſt in Florentina.

5 ¶ Ego etiam filiamfamilias [m] in dote captam, dum patri conſentit ſtipulanti, dotem non ſtatim [n], quàm dedit: vel adhibenti aliquem, qui dotem ſtipularetur, puto reſtituendam, quoniam dos ipſius filiæ proprium patrimonium eſt.

Ad §. 5. Ego etiam.

m *Ego etiam filiamfamilias.* Ratio dubitandi. Dos profectitia communis eſt patri & filiæ: aut ſaltem actio de dote, *l. 2. §. 1. l. ſi cùm dotem 22. in principio, & §. eo autem tempore ſoluto matrimon.* Et mortua in matrimonio filia dos profectitia ad patrem reuertitur, *leg. dos à patre 4. Cod. eodem l. iure ſuccurſum 6. de iure dotium.* Ergo ſi permittatur filiæ vt petat reſtitutionem in integrum pro dote profectitia, eueniat ſimiliter vt ea reſtitutio proſit patri contra propoſitum prætoris qui non id egit vt ſuccurreret maioribus, ſed vt minoribus, ſicuti ſcriptum eſt in initio §. præcedentis.

Ratio decidendi. Dos proprium filiæ patrimonium eſt, *l. pater 14. in princip. ad leg. Falcid. l. 4. de collat. l. vlt. de collatio. dot.* Ergo non poteſt denegari reſtitutio filiæfamilias minori, ſi capta ſit in dote. Nec quòd ea dos ad patrem peruenire aliquo caſu poſſit, nocere interim filiæ debet, cùm aduentitij caſus non ſint computandi, *leg. Iulianus 6. qui & à quibus man.* abominabiles verò multò minùs, *l. inter ſtipulantem 83. de ſacram. verſ. liber homo, de verbor. obligat.* Qualis ille eſt vt filia ante patrem moriatur, *leg. cùm tale 72. in princip. de condic. & demonſtr. l. Iulianus 26. ad fin. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. d. leg. iure ſuccurſum leg. ſcripto 7. in fin. vnde libert.* aut maritus ante vxorem. Datur enim dos eo voto vt perpetuò ſit penes maritum, *lege 1. de iur. dot.*

n *Non ſtatim.* Id eſt, *ex interuallo.* Pater enim qui dotem dat pro filia, poteſt incontinenti quas vult leges & conditiones adiicere, ſed ex interuallo non poteſt, *leg. cùm à ſocero 7. C. de iur. dot. l. vnic. §. accedit. & §. & hoc C. de rei vxor. act. l. cùm dos 7. in fin. de pact. dot. l. quoties 29. ſolut. matr.* Conſequenter læditur filia, cùm poſt ius ſibi acquiſitum conſentit patri ſiue ſtipulanti dotem ſiue adhibenti extraneum ſtipulatorem ex interuallo, quia ita fit deterior ipſius conditio: & idcirco neceſſarium eſt auxilium reſtitutionis filiæ, nec denegandam, quoniam ætas meretur reſtitutionem.

Ratio dubitandi. Pactum per quod fit deterior conditio dotis, non valet ipſo iure, *l. Atiliciniis 17. de pact. dot.* Ergo nec quidquam valebit hoc de quo agimus, quo filia conſentit patri ex interuallo dotem ſtipulanti aut extraneum ad ſtipulandum exhibenti. Atqui cùm non valet conuentio iure communi & ordinario, ceſſat auxilium reſtitutionis quod eſt extraordinarium, quia minor ipſo iure munitus eſt, *leg. in cauſa 16. in princ. infr. eod.* Ergo non eſt quod in hac ſpecie tractemus de filiafamilias reſtituenda.

Ratio decidendi. Prohibita ſunt huiuſmodi pacta inter virum & vxorem, *l. licèt 18. de pact. dot.* ſed non inter ſocerum & generum, præſertim ſtipulatione interueniente. Ei námque ſemper reſtituenda dos eſt qui ſibi fuit ſtipulatus ſiue incontinenti ſiue ex interuallo ſtipulatio interpoſita ſit, *l. poſt dotem 40. ſolut. matrim.* ſi cum Cuiacio legas quomodo legendum eſt, *ſine filiæ voluntate.* Quod enim ſine filiæ voluntate ſtipulatus eſt pater dotem ſibi reddi, non facit ne actio ex ſtipulatu patri competat, ſed tantùm vt ſi ex ea ſtipulatione agere pater volet viua, aut ignorante filia, exceptione ſubmouendus ſit, ne alioqui maritus & patri eidémque ſtipulatori, & filiæ quæ non conſenſit vtrique in ſolidum condemnetur, quod euidenter iniquum eſſet. Cæterùm ſi filia conſentiat, poteſt pater deteriorem facere dotis conditionem ſtipulando eam ſibi etiam ex interuallo, nec vlla exceptione repellitur, *d. l. quoties 29. ſol. matr. l. aliud eſt 19. de pact. dot.* vbi ob hanc cauſam legendum puto *vel* pro *&* in illis verbis, *ſi patri filia hæres extitiſſet, & interueniente ea pactum conuentum fuerit.* Alterutrum enim ſufficit vt pactum patris quis dotem longiore quàm ſtatuto legibus tempore reddi voluit, filiæ quoque noceat, nimirum vt vel filia hæres extiterit patri, vel ei malè paciſcenti conſenſerit. Sed hoc accipi debet cum illa exceptione, niſi filia ſit minor annis vigintiquinque, & in hoc ipſo læſa quod patri conſenſerit, tunc enim reſtituenda eſt in integrum aduerſus eiuſmodi conſenſum, contra quem tamen non reſtitueretur déque ex hac neque ex alia vlla parte edicti ſi eſſet maior. Sed contra quem reſtituetur? An contra patrem? Ita putat Cuiac. exiſtimans ita obtinuiſſe iure vetere vt filiusfamilias poſſet reſtitui contra patrem, non quidem ei capite edicti de dolo, ſed ex iſto de minoribus, ex *l. patris 27. §. vlt. infr. hoc titul.* vbi quod additur, *niſi quadam perſonæ ſpeciali lege excepta ſunt*, ait eſſe Triboniani reſpicientis ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem, in *lege vltim. Codic. qui & aduerſus quos in integrum reſtitut. non poſſeſſ.* quæ primùm induxit vt neque liberis contra patronum reſtitutio hæc indulgeatur. Sed ego contrà puto. Primùm quia nullo caſu potuit olim eſſe lis inter patrem & liberos in poteſtate conſtitutos, niſi ex cauſa caſtrenſis peculij, *lege lis nulla 4. de iudiciis.* Nempe propter ius patriæ poteſtatis quod impediebat & impedit etiam hodie ne pater contra filium agere poſſet non magis quàm contra ſeipſum, *leg. ne cum filiofamilias 16. de furt. lege Imperator 50. ad Senatuſconſult. Trebell. lege ſine emancipatis 17. Cod. de donation.* Nec ſeparanda eſt cauſa dotis à cæteris, quomodo eam ſeparat Cuiac. vt faciat ſimilem peculio caſtrenſi. Nam in peculio caſtrenſi filiusfamilias habetur pro patrefamilias, *leg. 2. de Senatuſconſ. Maced.* non etiam filiafamilias in dote vt conſtat ex *lege Pomponius Philadelphus 35. famil. erciſcund.* de cuius ſententia contra receptiſſimum omnium interpretum errorem ſcripſi, *7. coniect. 12.* Itaque quod Iuſtin.

conſtituit

conſtituit, in *dict. l. vlt. Cod. qui & aduerſ. quos*, vt non ſint reſtituendi liberi contra patrem non magis quàm liberti contra patronum, cùm aliam rationem non habeat quàm reuerentiam parentibus vt & patronis debitam ad alios liberos pertinere non poteſt quàm ad emancipatos. Vt nec edictum de in ius vocando, quo prohibentur liberi ne parentes ius vocent ſine venia prætoris. Nam qui in poteſtate ſunt iure magis poteſtatis quàm præcepto prætoris impediuntur ne id facere poſſint, inquit Vlpianus in *l. adoptiuum 8. de in ius vocand.* vbi excipit ſolam cauſam caſtrenſis peculij non etiam dotis. Sed & falſum illud eſt quod addit Cuiacius non potuiſſe olim liberos reſtitui contra parentes ex capite de dolo. Etſi enim non poterant ita reſtitui vt agerent de dolo: poterant tamen ita reſtitui vt agerent in factum ſi modo eſſent emancipati vt conſtat, ex *l. ſi ſuperſtite 5. §. ſanè Cod. de dol.* quod hodie ſine dubio correctum eſt, per *d. l. vlt.* quæ non de ſola minorum reſtitutione loquitur, ſed generaliter de qualibet. Abſit ergo vt dicamus cum Cuiacio in ſpecie huius §. permittendum filiæ vt litiget de dote contra patrem. An igitur reſtituenda erit contra maritum? vt vult Accurſius. Atqui nihil illa geſſit cum marito qui promittendo dotem patri ex interuallo ſibi ſtipulanti non cum muliere contraxit ſed cum patre, quamuis illa ſtipulanti patri conſenſerit. Nam & idem eſſet etiamſi conſenſiſſet patri ante vel poſt ſtipulationem abſente quoque aut ignorante marito. Porrò inauditum eſt vt aduerſus alium minor reſtituatur quàm cum quo contraxit, *l. 1. §. prat. edicit l. ait prat. 7. in pr. infr. h. t.* Sed neque æquitas, qua reſtitutiones omnes nituntur vllo modo patitur vt in hac ſpecie mulier contra maritũ reſtituitur. Ad quid enim poſſet reſtitui niſi ad hoc vt maritum haberet obligatum, ſi ea vel inuita vel ignorante dotẽ patri ſolueret? Atqui non poteſt recuſare maritus quominus totam dotem ſoli patri etiam contradicente filia cogatur ſoluere cum patri filia conſenſit nec habet vllam doli exceptionem contra patrem. Ergo neceſſe erit maritum & patri & vxori ſoluere quod iniquiſſimum eſſe ſupra diximus. Nam quod Accurſius tentat ſimiliter dandam marito reſtitutionem contra ſocerum ne maritus cogatur duobus ſoluere, adhuc magis ridiculum eſt. Neque enim captus eſt maritus qui dotem ſoli patri ſtipulanti promiſit cùm nihil eius intereſſit ſi filia conſenſerit. Et quamuis eius intereſſet quoniam tamen colore reſtitueretur ſi neque dolus patris neque minor ætas mariti interuenerit. Nec ad rem facit, *l. 1. Cod. de repud.* quam vnam Accurſius adducit. Hoc enim tantum ait, indotatam mulierem eſſe non oportere. Quæ res non facit vt eò minùs cogatur maritus ſoli patri dotem reſtituere quam ei ſoli ſtipulanti promiſit ex filiæ voluntate. Quòd ſi cum Accurſio dicas reſtituendam filiam contra maritum vt ſe reponat in obligationem ne hoc quidem feram. Nulla enim obligatio eſt mariti de dote reſtituenda quamdiu durat matrimonium cùm eo voto dos detur vt perpetuò ſit penes maritum, *l. 1. de iur. dot.* Nec incipit obligatio niſi ſoluto demum matrimonio quo tempore incipit etiam actio rei vxoriæ. Neque ſimilis eſt hic tractatus ei quod dici ſolet de reſtituenda contra priorem debitorem actione qui per interceſſionem mulieris fuerat liberatus, ſi poſtea mulieri ex Velleiano ſubueniatur, *l. quamuis 8. §. ſi mulier §. quanquam & paſſim. ad ſenatuſconſultum Velleian.* Ibi enim præceſſit aliqua obligatio quæ reſtitui poſſit à prætore vt & in ſpecie, *l. 4. de condict. cauſ. dat.* Id eſt, cùm acceptilatio facta fuit. At cùm filia minor 25. annis conſenſit patri dotem ſibi ex interuallo ſtipulanti nulla præceſſit obligatio mariti quæ contra eum reſtitui vel debeat vel poſſit. Quid ergo dicemus? Hoc vnum quod vt puto hactenus nemo dixit reſtituendam eſſe filiam contra patrem, ſed ita tamen vt ex hac cauſa non litiget cum patre. Nec enim expeditur hæc reſtitutio vt cæteræ vi actionis & per iudicium ſed officio & cognitione ſola prætoris, *l. in cauſa 13. l. quod ſi minori 24. §. vlt. hoc tit.* Quam cognitionem prætoriam implorare filia poteſt contra patrem ſaluo iure patriæ poteſtatis vt euenit cùm filiofamilias hæreditatem reſtituere rogatus eſt pater qui aut hæreditatem adire non vult, aut res hæreditarias in fraudem fideicommiſſi diſſipat. Cogitur enim per prætorem ſtatim hæreditatem reſtituere, *l. cogi 16. §. ſi pater l. Imperator 50. ad ſenatuſconſultum Trebell.* Quidni verò, cùm etiam ſeruus cui libertas & hæreditas fideicommiſſaria relicta eſt habeat per ſe aditum ad prætorem vt eandem prætoris cognitionem aduerſus dominum implorare poſſit, *lege mulier 21. §. non eſt dubitandum eodem titulo.* Idque ita eſſe apparet etiam ex eo quod ſequitur in hac lege reſtituendum eſſe minorem aduerſus adrogatorem ſi eum adrogator deceperit. Nam & æquè adrogatus eſt in poteſtate ſui adrogatoris nec contra eum ſtare in iudicio poteſt, *lege adoptiuum 8. de in ius vocand.* Sed reſtituitur minor contra adrogatorem vt & filia de qua agimus contra patrem naturalem & legitimum cognitione prætoria non actionis iure.

a *Quoniam dos proprium ipſius filiæ patrimonium eſt.* Intellige in comparatione patris, non etiam mariti. Dos enim in bonis mariti eſt, quamvis ſit mulieris. *l. quamvis 75. de iur. dot.* & vt alibi ſcripſi, mulier eſt domina dotis & rerum dotalium iure Quiritium, maritus verò eſt dominus bonitarius qui & ideò mulieri præfertur in quæſtione dominij. *lege doce 9. Codice de rei vindic. §. 1. inſtit. quibus alienar. licet.* Tametſi longè aliter Iuſtinianus conſtituerit, in *lege in rebus 30. Codice de iure dotium* vbi facit è contrario mulierem dominam bonitariam, maritum verò non niſi quiritiarium. Sed quod ad patrem pertinet aliud eſt. Dos enim à patris bonis abſceſſiſſe & in filiæ bonis eſſe intelligitur, *l. pater 14. ad leg. Falcidiam lege filium 4. de collatione bonorum l. 1. §. vltima de collatione dotium lege in eum 16. de religioſ. l. cùm dos ſeptima de pactis dotali.* Vnde eſt, quòd nec poteſt eam pater exigere ſine filiæ voluntate, *lege 2. §. primo & paſſim ſoluto matrimonio, lege Titia, 34. § qui in vita de legatis ſecund. lege qui hominem 34. §. ſi gener. de ſolutionibus*, ſed & nouo iure ſiue poteſtatis, ſiue conuentionis iure dos profectitia ad patrem redierit cogitur pater eã filiæ releuare, *Auth. ſed quamvis, C. de rei vxor. act.* nec filiæ exhæredatæ dotem auferre poteſt, §. videamus. *l. vn. C. de rei vxor. act.* An verò vſque adeò dos proprium filiæ patrimonium eſt, vt in dote inſtitui à patre filia non poſſit? Ita puto, quamvis Accurſius, Bartolus & alij vulgò aliter ſentiant, contra quos videnda ſunt quæ ſcripſimus in *Error. 2. Decad. 53. de Error. pragmat.*

6 ¶ Si quis minor vigintiquinque annis adrogatum ſe dedit, & in ipſa adrogatione ſe circumuentum dicat: (finge enim à prædone eum hominem locupletem adrogatum) dico deberi eum audiri in integrum ſe reſtituentem a.

Ad §. 6. Si quis minor.

Ratio dubitandi. Res non capit reſtitutionem cùm ſtatum mutat, *l. ſi ex cauſa 9. §. Papinian. infr. hoc tit.* Vnde eſt quod aduerſus libertatem aut ſeruitutem reſtitutio dari non poteſt, vt ſcriptum eſt, in *d. §. Papinianus & in §. vlt. eiuſd. legis & l. eleganter 7. ſupr. titul. prox.* Atqui adrogatus ſtatum mutat: fit enim ex filiofamilias paterfamilias, & cum capite transfert familiam ſuam bonáque omnia in familiam adrogatoris, *l. qui ex liberis 51. §. teſtamenta de bonor. poſſ. ſecund. tab.* & omnis capitis diminutio ſtatus mutatio eſt, *l. 1. de cap. minut.* Ergo non

non poteſt reſtitui adrogatus contra adrogatorem. Præſertim cùm nec inter eos lis eſſe poſſit obſtante iure patriæ poteſtatis, *l.4.infr.de iudic.*

Ratio decidendi. Mutatio ſtatus publici non capit reſtitutionem, quæ mutatio contingit per mediam & maximam capitis diminutionem, quia tunc nullæ poſſunt eſſe prætoris partes, qui non niſi inter ciues Romanos cognoſcit, & recurrendum neceſſariò eſt ad poteſtatem principis, ſi quis aduerſus amiſſam libertatem aut ciuitatem reſtitui velit, *l.ſi mercid.59.de condic.& deman. l.1.& tot.tit. C. de ſent. & paſſ.& reſtit.* ſed mutatio quæ per adrogationem contingit non eſt eiuſmodi. Aufert enim familiam duntaxat non libertatem, nec ciuitatem. Ideóque dicitur contingere ſaluo ſtatu, *lege prima §.capitis infr. ad SC.Tertyl.* Alioqui dicendum erit reſtitutionem in integrum nullo caſu fieri poſſe, cùm reſtitutio quælibet ad hoc detur, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, *l.quod ſi minor 24.§.reſtitutio infr.hoc tit.* atque ita in neceſſarium antecedens præſupponat aliquam ſtatus mutationem, vt benè hîc Cuiacius argumentatur. Nihil ergo impedit quominus reſtitui poſſit adrogatus contra adrogatorem, ſed ex hoc tantùm capite, non etiam ex aliis: quia ex hoc capite fit reſtitutio ſola cognitione prætoria, non per viam actionis quæ inter patrem & filium exerceri certè non poſſet, vt dixi ad §.præced. Fit autem reſtitutio in integrum hoc caſu, non ita vt adrogatus reponatur à prætore ipſo in priſtinum ſtatum & habeatur pro non adrogato, ſed ita vt iubeatur adrogator eum emancipare, cauſa tamen prius cognita, id eſt, ſi probauerit, minor ſibi expedire non redigi in poteſtatem adrogatoris, *l.nonnunquam 32.& ſeq. ſupr. de adopt.* Putà ſi minor locuples adrogatus ſit à prædone: quod & hodie locum habere poteſt, quamvis bona adrogati non tranſeant in familiam adrogatoris, niſi vno caſu poſt Iuſtinian. conſtitutionem, in *l. pen.C. de adopt.* de qua in *§. nunc autem inſtitut. de acquiſ. per arrogat.* Nec diſtinguemus an adrogatio facta ſit puberis an pupilli. Etſi enim adrogatio pupilli hoc proprium quòd non fit ſine decreto prætoris, *l.ſi paterfamilias 15. §.in adrogationibus, l.nec ei 17.§.1.& l.ſeq.eod. tit.* decreti tamen auctoritas non impedit reſtitutionem probata quandoque læſione, ſed facit tantùm vt actus ipſo iure teneat, ſitque neceſſaria reſtitutio ad eum reſcindendum *l.etſi præſes 5.l.ſiquidem 11.C.de prædi.minor.*

a *In integrum ſe reſtituemem.* Rectius in victoriano exemplari *reſtitui valentem.* Nemo enim ſeipſum reſtituere poteſt, ſed tantùm petere reſtitutionem ab eo qui reſtitutionis concedendæ ius habet, ſiue prætor ille ſit, ſiue alius.

7 ¶ Si quid minori fuerit filiofamilias legatum poſt mortem patris, vel fideicommiſſum relictum: & captus eſt, fortè dum conſentit patri paciſcenti, ne legatum peteretur: poteſt dici, in integrum reſtituendum: quoniam ipſius intereſt propter ſpem legati, quod ei poſt mortem patris competit. Sed & ſi ei legatum ſit aliquid, quod perſonæ eius cohæret, putà ius militiæ: dicendum eſt poſſe eum reſtitui in integrum: interfuit enim eius non capi, cùm hanc patri non acquireret, ſed ipſe haberet.

Ad §.7. Si quid minori.

Ratio dubitandi. Legatum aut fideicommiſſum datum filio poſt mortem patris, non tantum in diem, ſed etiam ſub conditione datum intelligitur ſi filius ſuperſtes erit patri, quia dies incertus pro conditione habetur in teſtamentis, *l.dies incertus 75.de cond.& deman.* Atqui legatum aut fideicommiſſum conditionale repudiari non poteſt: Et cùm repudiatur, nihil agitur, quia prius eſt vt quid competat quàm vt poſſit repudiari. Non competit autem conditionale legatum aut fideicommiſſum priuſquam conditio extiterit, *l.ſi ita ſit ſcriptum 45. §.ſi ſub condit.de legat.2.* Ergo ſi ante conditionis euentum filiusfamilias legatum aut fideicommiſſum ſi poſt mortem patris relictum repudiauerit, déque non petendo pactum cum hærede fecerit, non ideò reſtitui in integrum poteſt, quia non fuit læſus nihil agendo, ſatiſque ipſo iure munitus eſt, *l.in cauſa 16.in princ. infr.hoc tit.* Multò minùs ſi non ipſe pactus ſit, ſed tantùm paciſcenti patri conſenſerit.

Ratio decidendi. Aliud eſt repudiare legatum vel fideicommiſſum conditionale, quod ſanè ante conditionis euentum fieri non poteſt, *d.§.ſi ſub conditione.* Aliud verò paciſci de legato aut fideicommiſſo conditionali, cuius conditio nondum venerit, quod vtique fieri poteſt, *l.1.C.de pact.l.de fideicommiſſo 11.C.de tranſact.* Ratio diuerſitatis eſt, non quia in repudiatione factum vnius tantùm interueniat, in pacto autem factum duorum, vt ſolet docere Bart. Sed quia repudiatio præſupponit delationem ſicut & acquiſitio, *l.is qui heres 13.l.ſi poteſt 18.de acq. hered.l.delata 151.de verb.ſignific.* Pactum verò non delationem neceſſariò præſupponit, ſed ſpem tantùm futuræ delationis, quia ſpes etiam in pactum deduci poteſt & in quemlibet contractum, *leg.pactum 46.ſup. de pact.l. Nam hoc modo 11.de hered.vel act. vend.l. ſpem futuræ act.3.C.de don.* & cuilibet permiſſum eſt ſui iuris perſecutionem & ſpem futuræ actionis deteriorem conſtituere, *d.l.pactum 46.ſupr.de pact.*

b *Poſt mortem patris.* Quæ enim purè filijfamilias relinquebantur hoc iure patri acquirebantur per filios ita vt ne quidem momento temporis conſiſteret acquiſitio in perſona liberorum, *leg.placet 79.de acq.hered.l.1. ſi quis à par.man.* & ideò ſolebant qui filiisfam. conſultum volebant iis relinquere in tempus mortis patris aut ſi aliter effecti eſſent ſui iuris, *leg.quidam cùm filiumfam. 46.de hered.inſtit.leg.mater 93. iunct.l. duos 70.de cond. & demonſt.* Hodie nihil hoc neceſſe eſt, quia filiusfamilias acquirit hodie ſibi ex omnibus cauſis præterquam ex peculio profectitio etiam inuito patre cui ſola vſusfructus acquiritur, *l.cùm oportet.l.6.vlt.C.de bon. quæ liber.*

c *Propter ſpem legati.* Ratio dubitandi. Licèt cuilibet non ſolùm iuris ſui perſecutionem, ſed etiam ſpem futuræ perceptionis pacto deteriorem conſtituere, *d.l. pactum 46.ſupr.de pact.l.pen.C.eod.* Ergo non læditur minor qui ſpem percipiendi legati remittit. Nec enim læditur is qui iure communi vtitur, *l.vlt.C.de in integr. reſtit.min.* Conſequenter non eſt reſtituendus, præſertim cùm læſionem quæ dat cauſam reſtitutioni certam eſſe oporteat, qualis tamen nulla eſſe poteſt in ea re quæ ex futuro euentu pendet, *l.de fideicommiſſo 11.C.de tranſact.l.ſi pater puella 12.C.de inoff.teſtam. l. ſi ex pactione 14.l.alea 23. C.de vſur.*

Ratio decidendi. Minor, qui ſpem futuri legati remittit, facit quidem id quod iure communi facere cuique licet, ſed non facit quod prudens paterfamilias & maior faceret aut facere deberet: Ideóque læſus dicitur & tanquam læſus reſtituitur, *l.minor.ſi in id 48.§.vlt.inf. hac titul.* Pactum enim fit gratis liberaliter & animo donandi & conſequenter perdendi. Donare autem quæ perdere eſt, *l. filiusfamilias 7. de donat.* In eóque differt à tranſactione, *l.1.ſupr.de tranſact.* quæ non fit niſi aliquo viciſſim accepto vel retento, *l.tranſactio 38.C.eod.* Sed contra quem reſtituetur minor hoc caſu? An contra patrem, vt in §§.præcedentibus? An potiùs contra hæredem? vtique contra hæredem, quia nec à patre, ſed

ab

ab eo qui cum patre pactus eſt de non petendo deceptus fuiſſe intelligitur. Nec ad patrem aliquid lucri ex hoc pacto peruenit quod poſſit ille filio reſtituto reddere. Quod in ſuperioribus ſpeciebus diuerſum eſt. Quid ſi hic minor non fuiſſet. Non reſtitueretur ob id ſolùm, quod patri conſentiendo læſus eſſet vt hic locus probat optimè contra pragmaticos noſtros qui ex ſola patris præſentis reuerentialem metum inducunt vt ex læſione qualibet iuncta cum metu reuerentiali eliciant iuſtam cauſam dandæ filio quantumlibet maiori reſtitutionis in integrum, ex *leg. 1. §. quæ oneranda quar. rer. act. non dat.* qui tamen locus ad rem non facit, vt alibi oſtendimus.

d *Sed etſi ei legatum ſit aliquid.* Non repetit Vlpianus quod in præcedente ſpecie adiecerat, *poſt mortem patris*, quia ſcilicet non fuit verendum teſtatori ne legatum filiofamilias relictum quod ipſius perſonæ cohærere[e] per eam acquireretur patri. Quæ enim cohærent perſonæ non tranſeunt à filio in patrem, vt nec à ſeruo in dominum, *l. qui hæredi 44. de cond. & demonſtr.* Eiuſmodi eſt legatum militiæ. Eſt enim omnino perſonale. Cùm militia ſit officium eorum qui in aliqua ſchola inter ſtatutos relati ſunt ex quo ſalaria & commoda à principe conſequuntur, vt Cuiac. hìc definit. Etſi video Accurſium aliam rationem afferre quòd legatum militiæ cenſeatur eſſe caſtrenſis peculij: ſed malè. Poteſt enim fieri vt vis militiæ legetur non militi quòd cùm ſit proculdubio caſtrenſis peculij eſſe non poteſt. Militem enim eſſe oportet eum qui peculium caſtrenſe habere velit. Recta igitur ratio illa eſt quam Vlpianus affert quod legatum perſonæ cohæreat.

8 ¶ Et ſi hæres ſit inſtitutus, *ſi à patre in diebus centum*[e] *ſit emancipatus*: mox patrem debuerit certiorare, nec fecerit, cùm poſſet: qui eum emancipaſſet, ſi cognouiſſet[f]: dicendum erit, poſſe eum reſtitui in integrum parato patre eum emancipare[g].

Ad §. 8. Et ſi hæres.

Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit nec ſentire videtur, *l. quod quis 203. de reg. iur.* Atqui in propoſita ſpecie non ab alio minor læſus eſt quàm à ſeipſo, cùm ſuæ tantùm negligentiæ imputare debeat quòd patrem cùm poſſet & deberet non certiorauerit qui eum fuerat emancipaturus, ſi cognouiſſet, non eſt igitur reſtituendus.

Ratio decidendi. Minor dignus eſt cui ſuccurratur non tantùm cùm ab aliis læditur & decipitur, ſed etiam cùm facilitate ſua nimia vèl inconſulta negligentia damnum aliquod incurrit, quia hæc omnia vitio & lubrico ætatis fieri intelliguntur. Itaque non poteſt in minore locum habere regula, *dict. leg. quod quis*, quia aduerſus culpam ſuam, quæ tamen excuſabilis negligentiæ modum non excedat nec ad dolum proximè accedat minor reſtituitur. Sublata verò per reſtitutionem obiectione culpæ damni emergentis ratio ſe exerens facit vt reſtitutionem iuſtè impetratam fuiſſe appareat.

e *In diebus centum.* Quæ erat vulgaris formula veteris cretionis de qua Vlpian. in *tit. 22. qui hæred. inſtit. poſſ.* & Impp. in *l. cretionum 27. C. de iur. delib.* vide *l. ſi Titio 22. §. 1. quand. dies legat.*

f *Qui eum emancipaſſet ſi cognouiſſet.* Aliud ergo dicendum eſſet ſi conſtaret, quod pater quamuis de inſtitutionis conditione certior factus eum emancipaturus non fuiſſet, & ita bene Accurſ. ex *l. antep. quibus ex cauſ. maior.* Id enim eſt quod Vlpianus hìc ſcribit poſſe filium reſtitui in integrum, *parato patre eum emancipare.* Alioqui nihil intereſt filij quod patrem non certiorauerit, ſi pater etiam certioratus eum non fuerat emancipaturus. Non quod etiam hoc caſu minor damnum non ſentiat qui omnimodo hæreditatis ſibi ſub conditione delatæ iacturam facit: ſed quia non ſentit ob ætatis ſuæ fragilitatem, at potius ob patris ſeueriorem minúſque facilem & beneuolam in ſe voluntatem, quæ non iuſta eſt cauſa dandæ reſtitutionis ex hac edicti parte de minoribus. Nam nec pater filium emancipare vnquam cogitur, cùm patria poteſtas inæſtimabilis res ſit, *leg. filiusfamilias 114. §. ſed etſi liberos de legat. 1. niſi in caſu l. ſi ius legatum 92. de cond. & demon. & l. nonnunquam 32. & ſeq. ſupr. de adopt. l. vlt. ſi à par. quis manum.*

g *Parato patre eum emancipare.* Id eſt, ſi paratus ſit pater eum emancipare nunc cùm petit filius reſtitutionem, Præſumptio enim eſt in præteritum, eum qui nunc vult filium emancipare æquè fuiſſe citiùs emancipaturum, ſi id è re filij eſſe citiùs cognouiſſet, niſi aduerſarius probet contrarium. Ei namque probatio incumbit qui voluntatem mutatam eſſe dicit, *l. eum qui 22. de probat.* Sed quid ſi pater deceſſerit ante petitam reſtitutionem, vt iam emancipare filium non poſſit? An eo minus filius reſtituetur? & cùm ſui iuris factus ſit per mortem patris, æquè ac per emancipationem, non puto morte patris impediri reſtitutionem, ſi modò filius probet patrem, ſi ſciuiſſet fuiſſe emancipaturum. Hoc enim caſu cùm nulla ſit præſumptio pro filio probationis onus ad ipſum pertinet, in eo præſertim quod fundamentum eſt intentionis ipſius, vulgat. *leg. aſſeueratio 10. Cod. de non numer. pecun. ſa leg. act. 23. C. de probat. l. 2. eod.*

9 ¶ Pomponius adiicit, ex his cauſis, ex quibus in re peculiari filiifamilias reſtituuntur, poſſe & patrem, quaſi hæredem nomine filij, poſt obitum eius, impetrare cognitionem.

¶ Si autem filiusfamilias ſit, qui caſtrenſe peculium habeat: proculdubio ex his, quæ ad caſtrenſe peculium ſpectant, in integrum reſtituendus erit, quaſi in proprio patrimonio captus.

Ad §. 9. Pomponius.

Ratio dubitandi. Mortuo filiofamilias qui contraxerat ex cauſa peculiari nulla ſupereſt obligatio filijfamilias, neque naturalis, neq; ciuilis, cùm ea quæ viuo ipſo fuerat eius morte finita ſit, quia non habet hæredem iure pandectarum. Adeò nec vt eius obligationis & actionis nomine quæ contra eum competit, fideiuſſor accipi poſſit, *l. creditorem 18. infr. de SC. Maced. l. qui contra 11. de fideiuſſ.* Ergo nec fieri poteſt, vt ex quibus cauſis filijfamilias in re peculiari reſtituantur, poſſit & pater quaſi hæres nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionem prætoriam: præſertim cùm nec quidquam fieri poſſit nomine defuncti qui nec hæredem habet, nec hæreditatem vllam quæ ipſius perſonam repræſentet, ſiquidem is qui defunctus eſt iam ipſe nullus eſt.

Ratio decidendi. Longè alia eſt huius loci ſententia quàm vulgo creditur, nec eam aut Accurſius aut Cuiacius aut quiſquam alius benè percepit: quia locus mendoſus eſt, & delenda ſunt verba illa, *poſt obitum eius*, quæ ſententiam Vlpiani & Pomponij fecerunt inexplicabilem: & quæ credibile eſt, addita eſſe ab imperito interprete

prete

prete exiſtimante præcedentia illa, *quaſi hæredem*, perinde accipienda eſſe ac ſi ſcriptum eſſet, *quaſi ſucceſſorem*, cùm tamen dixerit hoc loco Pomponius *hæredem* pro *domino*, quomodo veteres loquebantur, teſte Iuſtin. in §. *fin. inſtit. de hæred. qual. & diff.* & Tryphonino, in *l. de hæreditate* 19. § *pater de captiu. & poſtl.* Scripſi fuſiſſimè *lib. 3. coniect. c.* 5. In ſumma ſenſus eſt diſtinguendum eſſe peculium profectitium à caſtrenſi, cùm quæritur de reſtitutione in integrum aduerſus contractum à filiofamilias celebratum, ſi peculium ſit profectitium, non ſolùm poſſe filium reſtitui proprio nomine, ſed etiam patrem, & quidem viuo adeóque inuito filio. Non quidem proprio nomine, cùm & ipſe maior ſit & non contraxerit, quamuis proprio nomine de peculio teneatur, ſed tanquam hæredem & dominum peculij: quia peculium profectitium, licet ſit vtriuſque, patris nimirum & filij, *l. filiusfamilias* 21. *de damn. infect.* Magis tamen eſt patris §. *ſed vtrum ſupr. hanc leg.* Si vero peculium ſit caſtrenſe ſolum filium reſtituendum eſſe quaſi in proprio patrimonio læſum, non etiam patrem nomine filij: quia in peculio caſtrenſi filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *lege 2. de SC. Maced.* nec in eo quidquam iuris pater habet, ſiue viuo, ſiue mortuo filio: niſi cùm filius teſtamentum fecit quod aditione confirmatum ſit. *l. 2. de caſtrenſ. pecul. l. ſi ſeruus communis* 18. *de ſtipulat. ſeruor. l. ſi filiusfamilias* 18. *ad l. falcid.* Et malè Cuiacius in caſtrenſi peculio, ait patrem ſuccedere quodammodo quaſi hæredem poſt mortem filij poteſtati. Id enim non minus falſum eſt, vt apparet ex locis ſupradictis, quàm quod vulgares interpretes volunt. In profectitio vel aduentitio peculio patrem poſt obitum filij ſuccedere quaſi hæredem: quo tamen abſurdius nihil dici poſſe idem Cuiacius fatetur & veriſſimum eſt. Non enim alius filiusfamilias, quàm miles ſucceſſorem habere Vlpiani temporibus potuit, *leg. non ſolùm* 6. in illis verbis *ſiue filiusfamilias miles ſucceſſor. ſupr. de in integrum reſtitutione.* Et tamen poſſet quis pro interpretibus afferre, quod idem Vlpian. noſter ſcribit, in *l. ſi ſtatulibera* 6. §. *ſi filiusfamilias de ſtatulib.* Statuliberum qui poſt mortem filijfamilias inſtitutæ pecuniam dedit patri quam implendæ conditionis cauſa filio dare iuſſus erat, perinde liberum fieri, atque ſi filio dediſſet quaſi dederit hæredi hæredis. Sed hæc verba ita ſunt interpretanda, non quaſi pater poſt filij mortem dici vllomodo poſſit hæredis hæres, ſed vt quod in hæredis hærede conſtitutum eſt, de pecunia etiam hæredis hæredi danda, *l. ſeruus ſi hæredi* 34. *eod. tit.* idem multò magis in perſona patris admittendum ſit quippe qui plus iuris habeat in peculio quàm ſi eſſet hæres filij, vel ob hoc ipſum quod fuit ille hæres & dominus, vt peculij, ita & hæreditatis filio acquiſitæ etiam viuo adhuc filio.

10 ¶ Seruus autem minor annis vigintiquinque nullomodo reſtitui poterit: quoniam domini perſona ſpectatur, qui ſibi debebit imputare, cur minori rem commiſit. Quare & ſi per impuberem [a] contraxerit, idem erit dicendum: vt & Marcellus libro ſecundo digeſtorum ſcribit ¶ Et ſi fortè libera [b] peculij adminiſtratio minori ſeruo ſit conceſſa, maior domin⁹ ex hac cauſa nō reſtituetur.

Ad §. 10. Seruus autem.

R. dub. Hanc reſtitutionem in integrum prætor edicto ſuo pollicetur ſecutus naturalem æquitatem, *l. 1. ſup. hoc tit.* Atqui naturalis æquitas communis eſt ſeruis & liberis hominibus, ideóque tam illi, quàm hi obligantur naturaliter, *l. nec ſeruus* 41. *de pecul.* quia obligatio naturalis illa eſt, quæ ſolo naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur, *l. Stichum aut Pamphil.* 95. §. *naturalis de ſol.* Ergo non minus ſerui quàm cæteri minores ex hoc edicto reſtituendi ſunt. Nam & naturali iure certum eſt omnes homines pares & æquales eſſe, nullamque differentiam inter liberos & ſeruos, *l. quod attinet* 32. *de regul. iur.*

R. dec. Non tantùm iure ciuili, ſed etiam prætorio, adeóque extra ordinem ſerui pro nullis computantur, *l. nullomodo* 7. *ad l. Cornel. de falſ. l. qui teſtamento* 20. §. *ſeruus quoque qui teſt. fac. poſſ.* Ergo non poſſunt in integrū reſtitui, adeóque nec lædi, cùm non entis nullæ ſint qualitates, *l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. tit. prox.* Et quamuis prætor in hac edicti parte, vt & in ceteris ſequatur naturalem æquitatem, perſonam tamen aliquam requirit, cui naturalis illa æquitas aptari poſſit. Denique latius patet æquitatis naturalis quàm edicti prætorij poteſtas. Æquitas enim naturalis tota pendet à natura. Edictum verò prætoris etſi naturalem potiſſimum æquitatem propoſitam habet, tamen habet neſcio quid; commune cum iure ciuili à quo non in totum abhorret, ſicut nec in totum ei deſeruit. Adeò vt & prætor cuſtos iuris ciuilis dicatur & ius prætorium viua vox iuris ciuilis, *leg. nam & ipſum* 8. *ſupr. de iuſt. & iur.* Iure autem ciuili certum eſt ſeruos pro nullis haberi, imò & quadrupedibus comparari, *l. 2. ad l. Aquil.* niſi quatenus ex dominorum perſona æſtimantur, vt in factione teſtamenti, *l. non minus* 31. *de hæred. inſtit.* & in contractibus omnibus iure ciuili, ſiue inductis, ſiue confirmatis.

a *Quare etſi per impuberem.* R. dub. Pupillus ſiue mutuam pecuniam accipiendo, ſiue ſtipulanti promittendo ne quidem iure naturali obligatur, *l. quod pupillus* 41. *de condit. ind. deb. l. pupillus* 59. *de oblig. & act.* Ergo nec per ipſum alius obligari poteſt. Ita demum enim per alium obligari poſſumus, ſi is qui adhibetur quod agit intelligat, vnde eſt quod ſi cum impubere filiofamilias vel ſeruo contractum ſit non tenetur dominus vel pater ne quidem de peculio, niſi quatenus peculium locupletius factum eſt, *l. 1. §. ſi cum impubere de pecul.*

R. dec. Non tam pupillus qui contraxit quàm is qui ſeruo rem commiſit intelligitur contraxiſſe: qui proinde imputare ſibi debet cur impuberi rem commiſerit: nec videtur damnum ſentire quod ipſe ex ſua culpa ſentit, *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Ob idque nec reſtituendus eſt tanquam qui probare non poſſit ſe læſum, niſi minor etiam ipſe proponatur, vt dixi ad §. *etſi hæres ſup. l. verum* 9. *cum præced. de inſtit. act.*

b *Et ſi fortè libera.* R. dub. Is cui libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt, non tam aliena quàm ſua voluntate omnia gerere intelligitur, *l. procurator cui* 58. *de procur.* Ergo non eo minus reſtitui dominus debet quaſi facta ſint omnia ex ipſius voluntate.

R. dec. Quodcunque gerit ſeruus etiam cui libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt voluntate domini gerere intelligendus eſt, vt ex Africano ſubijcitur, in *l. ſeq.* & illa etiam quæ dominus fortaſſe non faceret ſi præſens eſſet. Dum ne is qui liberam habet adminiſtrationem rem ſibi commiſſam perdat, *l. filiusfamilias* 7. *de donat.* Ergo ſi dominus ſit maior non poteſt reſtitui aduerſus id quod à ſeruo minore geſtum eſt, non magis quàm ſi dominus ipſe idémque maior geſſiſſet, *leg. cum mand.* 23. *infr. hoc t.* Nihil ergo intereſt an peculij adminiſtrationem ſimpliciter an verò liberā ſeruus habuerit.

4. AFRICANVS lib. 7. Quæſtionum.

ETenim quodcunque ſeruus ita gerit, voluntate domini gerere intelligendus eſt, & magis hoc apparebit, ſi aut de inſtitoria actione quæratur [c], aut ſi proponatur maiorem annis XXV. negotium aliquod gerendum minori mandaſſe [d], & illum in ea re deceptum eſſe.

Ad

Ad l. Et enim quodcunque. 4.

R. decidendi eſt ad propoſitam, in *§. vlt. l. præcedentis quæſtionem* vbi dixi veram rationem dubitandi.

c *Si aut de inſtitoria actione quæratur.* Pupillus namque inſtitor obligat perſonam quæ ipſum præpoſuit: cùm ſibi debeat imputare is qui pupillum præpoſuit, *leg. ſed & ſi quis 7. §. vlt. de inſt. act.*

d *Negotium aliquod gerendum minori mandaſſe.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *d. l. cum mandatu 23. infr. eodem* vbi dicam.

5. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SI tamen is ſeruus fuit, cui fideicommiſſaria libertas debebatur præſens: & fuit captus, cùm ei mora ei ſit: poterit dici prætorem ei ſuccurrere oportere.

Ad l. Si tamen ſeruus. 5.

Ratio dubitandi. Fideicommiſſorum tuitio pertinet ad prætorem fideicommiſſarium, de quo in *§. 1. inſtit. de codicill.* Atqui ſerui pro nullis habentur etiam iure prætorio, vt dixi ad *§. vlt. l. 3. ſup. ex l. qui teſtamento 20. §. ſeruus quoque qui teſtam. facer. poſſ. l. nullo modo 7. ad leg. Corne. de fals.* Ergo non magis ſuccurrendum eſt ſeruo, cui fideicommiſſaria libertas præſens debebatur ſi in re moram paſſus ſit, quàm cæteris ſeruis minoribus quibus ſuccurri non oportere, proximè diximus ad *§. vlt. d. l. 3. ſupra.*

R. dec. Etiam ſeruus per ſe aditum habet ad prætorem, vt petat libertatem propter ſpem libertatis, *l. mulier 22. §. non eſt dubitandum ad SC. Trebell.* Ergo ſi captus ſit in eo quod moram libertatis in reipſa paſſus fuit (minoribus enim mora fit in reipſa quoties non ſoluitur quod iis debetur, etiam citra interpellationem *l. in minorum 3. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt, l. Titia 87. §. vſuras de legat. 2.*) reſtituendus eſt, ſed per viam actionis, quia non poteſt lis eſſe inter ſeruum & dominum, *l. 4. in fin. de iudic.* at cognitio prætoria, vt diximus ad *l. 3. § ego etiam ſupr. hoc tit.*

e *Prætorem ei ſuccurrere oportere.* Rat. dub. Seruus cui mora facta eſt reipſa in præſtanda libertate hoc ipſo fit liber, ſi verum eſt quod Accurſius ad hunc locum notat, ex *l. cùm libertatem 3. C. de fideicom. libert.* vbi dicitur eos qui poſt moram præſtandæ libertatis factam nati ſunt videri natos, non modò liberos, ſed etiam ingenuos. Quomodo enim & liberi & ingenui nati eſſent ex ea quæ ancilla remanſiſſet. Siquidem partus ſequitur ventrem, *l. & ſeruorum §. iure gentium, l. Arethuſa 15. & paſ. de ſtat. homin.* Ergo non decipitur qui tantò citiùs & ſine facto vllo conſequitur libertatem.

R. dec. Falſum eſt quod putat Accurſius. Manumitti enim neceſſariò debet hic ſeruus, vt liber fiat, *leg. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2.* & conſequenter ſi proponas ancillam cui mora ſit ſerui, ſunt re vera quotquot ex ea naſcuntur ipſo iure. Ideoque ſuccurri oportuit, vt ait Imp. in *dict. leg. cùm libertatem.* Non quidem ipſis ſeruis aut ancillis quibus ſatis conſulitur per manumiſſionem quandoque ab hærede faciendam: ſed eorum liberis, vt qui nati ſunt re vera ſerui, pro liberis tamen & ingenuis cenſeantur. Nam quod ſimili ei placuit omnia quæ medio tempore ſeruus acquiſiuit dum dominus moratur ei præſtare libertatem eidem poſtea reſtitui oportere non fit ex humanitate, ſed optima iuris ratione, quoniam qui moram paſſus eſt in libertate, in hæreditate quoque moram paſſus intelligitur, vt ea lex ait, & *leg. ſi cui legat. 92. in fin. de condic. & demonſtr.*

6. IDEM lib. 10. ad Edictum.

MInoribus xxv. annis ſubuenitur in integrum reſtitutionem, non ſolùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur: ſed etiam cùm interſit ipſorum, litibus, & ſumptibus non vexari.

Ad l. Minoribus. 6.

R. dub. Nihil videtur intereſſe minoris qui litem habet cùm ſi bonam litem habeat obtenturus ſit ſumptus & expenſas litis, *leg. eum quem temerè 77. de iudic. leg. qui ſolidum 78. de legat. 2. l. terminato 3. C. de fruct. lit. & expenſ.* Qui enim habet actionem rem ipſam habere videtur, *l. is qui actionem 15. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Lis nulla eſt ſine vexatione. Intereſt autem cuiuſque nô vexari litibus aut aliis moleſtiis, *leg. 4. ad SC. Trebell. leg. cum lege 41. de recept. qui arbitr.* nec cogendus eſt quiſquam dicere cur litibus & moleſtiis nolit implicari, *d. l. 4. in fin. leg. ſi in teſtamento 22. §. vltim. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Sed & aliud litis incommodum eſt, quod etiam qui bonam litem habet multos ſumptus de ſuo prorogare cogitur, *leg. ſumptus 53. ſupr. de pact.* quorum ſumptuum integra reſtitutio nunquam fit, ne tum quidem cùm aduerſarius ad expenſas condemnatur. Et quamvis reſtitutum iri certum eſſet, quod tamen in dubio euentu poſitum eſt, *l. quod debetur 51. de pecul.* adhuc tamen intereſſet minoris non prorogaſſe ſumptus, potius quàm prorogatos repetere. *l. 3. de compenſ.* Denique laudandum eſt propoſitum minoris & alterius cuiuſlibet lites execrantis, *l. 4. §. 1. de alienat. iud. mut. cauſ.* Vnde etiam eſt quod dicimus intereſſe vtriuſque partis vt quamprimum lis expediatur, *l. 1. C. de admin. tutor.*

7. IDEM lib. 11. ad Edictum.

AIt prætor, *Geſtum eſſe dicetur. Geſtum* ſic accipitur, qualiter: ſiue contractus ſit, ſiue quid aliud contigit [a].

1 ¶ Proinde ſi emit aliquid [b], ſi vendidit, ſi ſocietatem coiit, ſi mutuam pecuniam accepit, & captus eſt, ei ſuccurretur.

2 ¶ Sed & ſi ei pecunia [c] à debitore paterno ſoluta ſit: vel proprio, & hanc perdidit [d]: dicendum eſt ei ſubueniri, quaſi geſtum ſit cum eo. Et ideò ſi minor conueniat debitorem [e], adhibere debet curatores [f], vt ei ſoluatur pecunia: cæterùm non ei compelletur ſoluere [g]. Sed hodie ſolet pecunia [h] in ædem deponi: (vt Pomponius libro viceſimooctauo ſcribit) ne vel debitor vltra vſuras oneretur [i], vel creditor minor perdat pecuniam [k]: aut curatoribus ſolui, ſi ſunt [l]. Permittitur etiam ex conſtitutione [m] principum debitori, compellere adoleſcentem ad petendos ſibi curatores. Quid tamen, ſi prætor decernat [n] ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus, & ſoluerit? an poſſit eſſe ſecurus, dubitari poteſt. Puto autem, ſi allegans minorem eſſe, compulſus ſit ad

ſolutionem,nihil ei imputandum, niſi fortè,quaſi aduerſus iniuriam [o], appellandum quis ei putet. Sed credo prætorem,hanc minorem in integrum reſtitui volentem,auditurum non eſſe [p].

Ad l. Ait prætor 7.

Rat.dub.Quædam aguntur, quædam geruntur,quædam contrahuntur. Actum generale verbum eſt,ſiue re, ſiue verbis quid agatur, contractum verò dicimus vltro citróque obligationem: geſtum verò rem ſignificat ſine verbis factam, *leg. Labeo libro primo 19. de verb. ſignific.* Ergo cùm geſti appellatio minùs latè pateat, quàm etiam quod actum alterutrum fatendum videtur, aut non comprehendi hoc edicto quidquid & qualitercunque à minore actum ſit, ſiue contractum, ſiue quid aliud actum ſit: vel meliùs ſcripturum fuiſſe prætorem ſi ſcripſiſſet, *Actum* pro eo quod ſcripſit *geſtum*, quomodo idem Vlpianus noſter prætorem reprehendit quaſi minùs rectè verba edicti conceperit, in *lege ait prætor 5. de re iud.*

Ratio decidendi. Licèt inter geſta facta,vel acta videatur eſſe ſubtilis quædam differentia, attamen καταχρηστικῶς & abuſiue nihil inter factum & geſtum intereſt, *l. licèt 58.eod. tit.de verb.ſignific.* Eodémque verbo geſtorum tanquam generali vſus eſt etiam prætor in edicto. Quæ in *fraud. cred. l.1. §.vltim. quæ in fraud.cred.* Vnde & edictum hoc generale appellatur,in *l.neceſſariis 57. de acq. hæred.*

a *Siue quid aliud contigerit.* Intellige quod minor ipſe geſſerit.Alioqui ſi damnum paſſus ſit minor ob rem aliquam quæ fato, vt noſtri loquuntur, aut caſu fortuito contigerit non reſtituitur: vt nec ſi damnum patiatur ob id quod ab alio ſine ipſo factum eſt,vt in ſpecie, *leg. verum 11.§.ex facto & §. ſciendum inf. hoc tit.*

b *Proinde etſi emit aliquid.* Ratio dubitandi. Non reſtituitur minor neque læditur, cùm iure communi vtitur, *l.vlt.C.de integr.reſtit.min.* nec enim capitur qui ius publicum ſequitur,*l.nihil conſenſui 116.§.1.de reg.iur.* Atqui in contractibus emptionis, venditionis, locationis & conductionis, licèt contrahentibus naturaliter ſe in pretio inuicem decipere dummodò abſit dolus malus, *l.in cauſa 16.§.idem Pomponius infr. hoc tit. l.item ſi pretio 22.§.vlt. & l. ſeq.de locat.* aut niſi læſio excedat duplum,*l.2.l.ſi voluntate 8. C. de reſcind.vend.* Ergo minor ex hac cauſa reſtituendus non eſt.

Rat.dec.Ius commune illud eſt inter maiores, non etiam ſi cum minore contractum proponatur. Semper enim creditur minor facilitate ſua deceptus & ob lubricum ætatis potius quam aduerſarij induſtria ſuperatus: denique non ita fuiſſe contracturus ſi maior fuiſſet, ac quod eſt ferè conſequens prudentior, *l.minor 48.§.vlt. infr.hoc tit.*

c *Sed etſi ei pecunia.* Ratio dubitandi.Larga eſt differentia inter eum qui pecuniam à ſe debitam ſoluit minori eidémque vero creditori, & eum qui aliter contrahit cum minore.Nam contrahere cum minore,puta ei vendere aut ab eo emere, aut pecuniã ei credere non eſt neceſſe: At pecuniam quæ debetur ſoluere debitori eſt neceſſe,*l.quod ſi minor 24.§.reſtitutio inf.h.t.* Cúmque ad id poſſit adigi auctoritate etiam prætoris,cuius eſt actionem dare,an non abſurdum & iniquum eſt eum quem prætor vel inuitum ſoluere cogat impunè non ſoluere? *leg. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraud. cred.* Ergo non eſt danda minori reſtitutio contra debitorem qui bona fide ſoluit quod minori debuit. Quid enim eſt quod huic poſſis imputare? An fortè quod ſoluendo liberè ac vltro bonam fidem agnouerit? An quòd ſoluere maluerit quam litigare? Imò viri boni eſt à ſeipſo exigere,*leg. quoties 9.§. & generaliter cum ſeqq. ſeipſum interpellare leg. ſi pupilli 6. §. vltim. de negot. geſt.* Denique lites execrari, *leg.4.§.1 de alien.iud.mut.cauſ.*& non expectare vt conueniatur, cùm actiones non niſi in perfidos ſint comparatæ, vt ait Theoph. *inſtit. de act. in princip.*

R.dec. Minor qui à debitore ſuo pecuniam accipit, etiam ſine curatore ſi modo curatorem non habeat, liberat debitorem & conſequenter amittit actionem quam aduerſus eum habebat.Et quamvis pro actione acceperit pecuniam,in qua emolumentum actionis conſiſtit non eò minùs tamen ab initio ipſo læſus intelligitur,id eſt, priùs etiam quàm pecuniam perdiderit: quia rem fragilem & caducam qualis eſt pecunia, accepit pro actione quam ita paratam habebat in debitorem vt non facilè perire poſſet,arg.*l.verum 11.§.ſi locupleti.verſ.ſed hæc res infr.hoc tit.* læditur autem minor hoc caſu, non quidem à debitore ſoluente, ſed à ſeipſo & ſua facilitate quod ſufficit ad reſtitutionem, *leg.1.ſup.de reſt.in integr. l.3.§.etſi hæres ſupr.hoc tit.*Cúmque hoc ipſum ſciret debitor aut ſcire deberet imputari ei poteſt cur in ſolutione non adhibuerit curatorem aut iudicem. Nimirum ſi minor acceptam pecuniam perdiderit. Nam quandiu eam ſaluam habet, aut quod effectu idem eſt ſi eam in rem ſuam conuerterit, nullus reſtitutioni locus eſſe poteſt,ne alioqui minor ſimul habeat pecuniam & actionem,quod eſſet iniquum. Siquidem nec in pupilli,nedum in minoris perſona vnquam ferendum eſt, vt cum alterius iactura locupletetur, *leg.naturaliter 13.§.vlt. & l.ſeq.de condict.indeb. l.ſi fundus 16.§.1.de reb.eor.qui ſub tutel.l.vtere 14.C.de præd.minor.l.idem ſeruandum 72. de legat.2.*

d *Et hanc perdidit.* R.dub. Qui bona fide contraxit ob ea quæ poſteà acciderunt damnum pati non debet, *l.ſi mulier 11.& l.bona fide 27.ad SC.Velleian.*neque eſſe curioſus,in quam rem pecunia impendatur,arg. *leg. doli 19.in fin.de nouat.* Nec ſi cum minore contraxerit,quia non euentus damni reſtitutionem indulget,ſed minoris inconſulta facilitas, *l.verum 11.§.item non reſtituitur infr.hoc tit.* Ergo quamvis minor acceptam pecuniam perdiderit,nihilo magis reſtitui debet aduerſus,debitorem qui bona fide ſoluit.

Ratio decidendi. Qui ſoluit pecuniam minori proſpicere poteſt & debet poſſe fieri facilè vt minor acceptam pecuniam malè perdat, vel ob ſolum lubricum ætatis & inconſultam ſuam facilitatem,poſteáque ex ea cauſa impetret reſtitutionem vt proximè diximus. Proinde ſibi debet imputare cur non expectauerit, vt conueniretur. Quia cùm non poſſit minor agere ſine auctoritate curatoris, *l.1. C.qui pet. tutor. vel cur.* cogitur ad agendum accipere curatorem quo accepto poſteà ſolui minori tutò curatore auctore poteſt. Nec videbitur debitor dolo malo quidquam feciſſe, coacto minore litem inſtituere ad ſuum conſequendum,cùm fraudem potiùs excluſerit,argum. *leg. cùm pater 77. §. antep. de lege 2. l.Iulianus 42. ad l.ſi pupillus verſ.neque enim de acq.hær.*

e *Si debitorem conueniat minor.* Supple quod vtique facere cogetur,vt ſolutionem extorqueat à debitore ſi debitor in eo perſtet vt nolit vltrò ſoluere.

f *Adhibere debet curatorem.* R.dub.Inuitus minor non accipit curatorem prætetquam in litem, *§.item inuiti inſtit.de curat.* Non ergo ſolutionis accipiendæ gratia,cùm ſolutio fieri ſine lite poſſit.

Ratio decidendi.Hic locus poteſt intelligi tam de minore curatorem habente quàm de non habente. Si minor habet curatorem & conueniat debitorem, etiam extra iudicium adhibere debet curatorem, vt accipiat eo authore ſolutionem. Et hoc caſu non datur inuito curator,ſed qui iam curatorem habet auctoritatem ipſius adhibet inuitus id poſtulante debitore cuius intereſt ſic fieri ſolutionem vt ex ea ſequatur liberatio ſine metu reſtitutionis. Si verò curatorem non habeat

beat quem adhibere poſſit prudentis debitoris erit recuſare ſolutionem, vt inuitus minor ſi eam vrgere volet, cogatur litem inſtituere, & ex ea cauſa in neceſſarium antecedens petere ſibi curatorem. Ita fiet vt inuito curator detur ad litem non ad ſolutionem accipiendam: & tamen proſit ea datio etiam ad cauſam accipiendæ ſolutionis. Idque eſt quod ſignificat Vlpianus iis verbis. *Cæterùm non ei compelletur ſoluere.* Quis enim iudex aut patiatur minorem ſtare in iudicio ſine curatore, aut debitorem cogat minori ſoluere non adhibita tutoris auctoritate? Dices puberem etiam qui curatorem habet ſine curatore ſuo obligari, *l. puberes* 101. *de verb. obl.* Quidni ergo ſolutionem accipiendo longè magis liberat debitorem etiam non interueniente curatore? Reſpondeo, etiamſi curator minoris non interuenerit, tamen obligari eum ipſo iure, ſed ita tamen vt poſſit reſtitui in integrum ex hoc edicto. Neque tamen ſi ſolutionem accipiat ſine curatore ſuo liberare debitorem, quoniam ea res non ad perſonam minoris pertinet, vt obligatio concontracta per promiſſionem, ſed ad cauſam adminiſtrationis quæ tota curatori commiſſa eſt, non etiam perſonæ minoris. Inde namque eſt quod dicimus. Minorem qui curatorem habet æquiparari pupillo in iis quæ adminiſtrationem ſpectant non etiam in cæteris, *l. ſi curatorem habens* 3. *C. de in integr. reſt. min.* Sed ſi minor curatorem nullum habeat, nihil intereſt an ſtipulanti promittat an ſolutionem accipiat. Nam & ſe obligat & debitorem liberat ipſo iure, ſed aduerſus vtrumque geſtum reſtituitur ſi læſus probetur.

h *Sed hodie ſolet pecunia.* R. dub. Obſignare non eſt ſoluere, nec obſignatio vim habet ſolutionis, niſi eo demum caſu quo creditor fuerit in mora accipiendæ ſolutionis. *l. acceptam* 19. *C. de vſur. l. obſignatione* 6. *C. de ſolut.* Nihil ergo prodeſt minoris debitori obſignare pecuniam quam prius minori non obtulerit, præſertim ſi eam accipere minor ſit paratus.

Ratio decidendi. Obſignationis remedium neceſſarium eſt vt liberetur debitor, quoties per creditorem ſtat ne ſolutio ei fieri poſſit, *l. nec creditores* 10. *l. vltim. C. de pign. act.* In propoſito autem etiam ſi minor paratum ſe dicat accipere. ſolutionem tamen per eum ſtat quominus ei ſolui poſſit, quandiu non adhibet curatorem quo auctore ei fiat ſolutio. Cùm enim dicimus alicui ſolui poſſe vel non poſſe, non tam ad factum numerationis reſpicimus, quàm ad ius liberationis quæ ex numeratione ſequi debet, nec quiſquam cogendus eſt ei ſoluere, cui ſoluendo non liberetur ipſo iure, vel liberetur quidem ipſo iure, ſed cum metu reſtitutionis. Ergo quaſi ſtet per minorem qui non facit quod facere debeat ad accipiendam ſolutionem quoties non adhibet curatorem, permittendum eſt eius debitori vt pecuniam in æde ſacra deponat, vel in alio loco tuto, atque ita liberetur, & ipſo iure & ſine metu reſtitutionis, *l. fideiuſſor qui minori* 64. *de fideiuſſ.* dummodo declaret paratum ſe eſſe, vt eam pecuniam minor quandocunque recipiat, ſi tamen adhibeat curatorem. Hoc enim addendum eſt vt obſignatio ſit pro ſolutione.

i *Ne debitor vltra oneretur vſuris.* Rat. dub. Sola obligatio ſufficit ad conſtituendum creditorem in mora quoties per eum ſtat ne ei ſoluatur. Nec enim mora vlla eſt debitoris qui non habet cui ſoluat. Aut ſi qua mora, ea inculpata eſt, *l. pecunia* 8. §. 1. *l. cùm quidam* 17. §. *ſi pupillo de vſur.* non eſt igitur neceſſaria obſignatio.

R. dub. Ad ſiſtendum curſum vſurarum, quæ non niſi ex mora debentur ſufficit ſola oblatio, tum quoque cùm debitor in mora fuit: quia purgatur mora per oblationem & poſterior ſemper nocet, *leg. qui decem* 72. *de ſolut.* Sed ſi vſuræ ex conuentione debeantur, quomodo ſemper deberi eas neceſſe eſt cùm agatur de pecunia credita, *l.* 3. *C. de vſur. l. Titius* 24. *de præſcr. verb.* nihil prodeſt oblatio niſi ſecuta obſignatione, quia oblatio nunquam vim ſolutionis obtinet. Quod autem iure obligationis debetur neceſſario ſoluendum eſt, vel liberatio poſſit contingere, quia non niſi ſolutione tollitur obligatio, aut aliquo ex iis modis qui ſolutioni æquipolleant, *l. pen. C. de ſolut.* In eamque rem textus eſt elegans, qui vtramque diſtinctionis huius partem probat, in *l. ſi per te non ſtat.* 9. *C. de vſur.* In cuius ſpecie cùm minores vſuræ ex conuentione ſimpliciter deberentur, maiores verò ita demum ſi in minoribus ſoluendis mora fieret, lex contenta eſt ſola oblatione ad hoc vt maiores non exigantur, requirit autem obſignationem ad hoc vt ne minores quidem debeantur. Aliam inter vſuras quæ ex conuentione, & eas quæ ex mora debentur differentiam obſeruauimus in interpretatione, *l. qui Romæ* 122. *in princ. de verb. obl.* 1. *conject. c.* 1.

k *Vel creditor minor perdit pecuniam.* R. dub. Vnaquæque res perit domino & periculo domini, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *de reg. iur.* Atqui minor ſolutionem accipiendo factus eſt dominus, ideòque omnium liberatus eſt debitor ipſo iure qui ei ſoluit, cùm in ſolis pupillis ita conſtitutum ſit vt eis ſolui non poſſit, quia nec alienare quidquam poſſunt: ſolutionem verò accipiendo alienant & amittunt debitorem, §. *at ex contrario inſtit. quib. al. licet.* quod in minoribus non ita eſt quibus prædiorum alienatio interdicta eſt, etſi cùm habent curatorem, *l.* 3. *C. de in integr. reſt. min.* Ergo ſi minor acceptam à debitore pecuniam perdidit, non debitori nocere id oportet, ſed minori.

Ratio decidendi. Perit quidem pecunia minori tanquam domino. Sed ob hoc ipſum reſtituendus minor, quia læditur cum amittit pecuniam. Imò & iam inde cùm ſolutionem accipit & liberat debitorem: quia hoc ipſo incurrit periculum perdendæ pecuniæ amiſſa iam actione quæ nulla ei amplius ſupereſt contra liberatum debitorem. Ergo iuſta hæc cauſa eſt petendæ reſtitutionis.

l *Aut creditoribus ſolui ſi ſint.* Rat. dub. Etiam aduerſus ſolutionem minori curatore auctore, vel ipſi curatori factam datur minori reſtitutio, *l.* 1. *C. aduerſ. ſolut. & tot. t. ſi tutor. vel cur. interu.* Ergo nihil prorſus intereſt an debitor minoris ſoluat minori an ipſi curatori.

Ratio decidendi. Falſum eſt quod vulgo creditur adaduerſus ſolutionem curatori aut minori curatore auctore factam poſſe dari reſtitutionem in integrum. Quid enim poteſt imputari ei qui ſoluit adhibito curatore? Nec quidquam in iure certius eſt quàm ex ſolutione tutori vel curatori facta liberationem ipſo iure contingere, *l. Lucius* 46. §. *tutela de admin. & peric. tut. l. quòd ſi forte* 10. §. 1. *& pen. de ſolut.* Imò & ex ſolutione facta creditori tutoris, ipſo tutore delegante, *l. pupilli* 96. *de ſolut.* Nec enim malè contrahitur cum tutoribus, *leg.* 4. *in fin. de empt.* Idque hic etiam locus probat. Nam cùm Vlpianus non dubitet quin rectè ſoluatur curatori minoris, dubitat tamen poſteà an ſecutus ſit is qui ſoluit ſine curatore iuſſu tamen iudicis, & tamen concludit ſecurum eſſe, nec timere reſtitutionem. Quantò minùs ergo timebit is qui ſoluit curatori? Nec pugnat *dict. leg.* 1. *Codic. ſi aduerſ. ſolut.* Non enim illius loci ſenſus is eſt quem vulgò putant, vt tutor qui ſoluit curatori quod ex tutelæ cauſa debuit, poſſit inquietari à minore per reſtitutionem ad hoc vt quod iam ſoluit cogatur iterum ſoluere, ſed hic potius vt quamvis ea ſolutione videatur conſecutus liberationem, non tantum pro ſoluta quantitate, ſed etiam pro omni cauſa & debito tutelæ, poſſit tamen minor implorare reſtitutionem cauſa cognita ſi probet malè redditas tutelæ rationes & amplius ſibi deberi ex cauſa tutelæ quàm ſolutum fuerit curatori. Quod nos pluribus explicauimus 17. *coniect.* 13. vbi etiam refutauimus totam illam diſtinctionem Accurſij quam hic ponit de plena pleniori & pleniſſima liberatione. Quam tamen diſtinctionem Curacio quoque in omnibus ferè probari video & admiror. Sanè in aliis cauſis

datur minori reſtitutio, etiamſi curator interuenerit: & ſi decretum interueniſſet, quia per eiuſmodi reſtitutionem poteſt tam qui cum minore contraxit quàm minor ipſe indemnis ſeruari, quod in ſolutione curatori facta non contingeret, vt dicemus ad *verſ. quid tamen infr. hac lege.*

m *Permittitur etiam conſtitutione.* Ratio dub. Inuito non datur curator & non petenti præter quam in litem, *§.item inuiti.inſtit. de curat.* Ergo non eſt compellendus minor vt accipiat curatorem ad accipiendam ſolutionem.

Ratio decidendi. Ideò nimirum ſic loquuntur conſtitutiones, non vt dicant inuito minori & non petenti dandum eſſe curatorem, ſed compellendum minorem ad petendum ſibi curatorem. Ita fit vt curator detur petenti, ſed tamen inuitus petere compellatur: non quidem præciſa coactione ſed cauſatiua, vt loquuntur, id eſt, ſi ſolutionem à debitore accipere volet. Nam ſi malit acquiri liberationem debitori per obligationem quod vnicum iuris auxilium ſupereſt debitori audiendus erit neque cogendus vt curatorem inuitus petat, nôn magis quàm vt accipiat inuitus. Et ita locus hic accipiendus eſt, non quomodo ab Accurſio qui vult cogi poſſe minorem captis pignoribus, vt velit petere & habere curatorem.

n *Quid tamen ſi prætor decernat.* Ratio dubitandi. Decretum prætoris non ſolet impedire in integrum reſtitutionem minoris, putà ſi minor rem ſuam immobilem vendiderit cum decreto, *l. ſi quidem* 11. *Codic. de præd. minor.* ergo nec in propoſita ſpecie poteſt aduerſus metum reſtitutionis ſecurus eſſe is qui ex prætoris decreto ſoluit minori, ſi poſtea minor pecuniam perdiderit. Hoc enim neceſſariò adiiciendum eſt vt aliqua ſit læſio minoris, quæ locum poſſit facere reſtitutioni.

Rat. dec. Qui iuſſu prætoris aliquid facit, non videtur dolo malo nec culpa facere, qui ſcilicet neceſſe habet parêre, *l. non videtur* 167. §. 1. *l. is damnum dat.* 169. *de reg. iur.* Et iuſſus iudicis facere ſolet licitum, quod aliàs eſſet illicitum, vt pluribus legibus & exemplis probat hîc Accurſius. Denique eum quem prætor ipſe cogat ſoluere abſurdum eſt impunè non ſoluere, *leg. quod autem* 6. *§. apud Labeonem quæ in fraud. cred.* Et ſemper optimum & tutiſſimum conſilium eſt per magiſtratum facere illa etiam quæ alioqui facere debeas, *l. ſi ſtipulatus* 81. *in fin. de ſolut. l. ei apud quem* 5. §. 1. *de poſ.* Nec ſimile eſt quòd ſi minor fundum vendiderit interpoſito decreto, non eo minùs prætor eum reſtituit, *d. l. ſi quidem.* Ea namque reſtitutio ſic fit, vt vnuſquiſque ius ſuum recipiat & reddatur pretium emptori, qui fundum ipſum cogitur minori reddere, *l. quod ſi minor* 24. *§. reſtitutio l. patri* 27. *§. ſi pecuniam l. minor annis* 40. §. 1. *l. tutor.* 47. §. 1. *infr. eod.* At in propoſito ſi daretur reſtitutio minori aduerſus ſolutionem ei prætore iubente factam pecuniæ poſtea deperditæ in damno remaneret is quem prætor ſoluere coëgiſſet quod eſſet iniquum, *dict. §. apud Labeonem.* Adde quod venditionem aut aliam alienationem prædiorum minoris, prætor dumtaxat permittit, non etiam iubet. At nos tractamus de ſolutione quam ille non modò permiſerit, ſed etiam iuſſerit fieri minori ſine curatore, vt hîc benè Accurſius. Nam & ei qui minoris debitor eſt, neceſſe eſt vt ſoluat minori, ſed vt fundum minoris emat quis aut aliter ſibi acquirat etiam cum decreto nunquam eſt neceſſe, vt ſuprà diximus, ex *l. quòd ſi minor* 24. *§. reſtitutio infr. hoc tit.*

o *Niſi fortè quaſi aduerſus iniuriam.* Ratio dubitandi. Iniuria per prætorem vel per iudicem facta debitori minoris non debet minorem contingere. Multóque æquius eſt manere eam penes illum, cui facta fuit quàm ad alium transferri, *l. ſi per imprudentiam* 51. *infr. de euict. l. exceptiones* 67. *de fideiuſſor.* Ergo ſi prætor debitori minoris iniuriam fecit in eo quod iuſſit illum ſoluere minori qui non adhibito curatore non debet ea iniuria nocere minori, qui poſtea pecuniam perdidit, quominus aduerſus ſolutionem ſibi abſque curatore factam reſtitui poſſit, cùm poſſit imputari debitori, cur aduerſus eam iniuriam prætoris non appellauerit ad præfectum vrbis, vt in *l. Æmilius* 41. qui veriſimiliter vtrique parti melius conſuluiſſet, curatorémque adhiberi iuſſiſſet.

Ratio decidendi. Is quo poſtulante & vrgente iniuria facta eſt alicui per magiſtratum aut iudicem, nunquam poteſt imputare ei cur iniuriam paſſus eſt, nec appellauerit. Ipſe enim feciſſe iniuriam videtur, & factum iudicis, vt dici ſolet, eſt factum patris, *leg. ſi ob cauſam* 53. *Cod. de euict. leg.* 1. *Cod. ſi in cauſ. iud. pign. capt.* Nec quiſquam poteſt alteri obiicere factum aut non factum id ex quo vel facto vel non facto lucrum ipſe ſenſerit, *leg. ſi extraneus* 33. *leg. cum in fundo,* 78. *§. quod ſi mulier. de iure dot.* Multò minus autem imputari poteſt ei qui iubenti prætori paruit, quamuis dici poſſit non habuiſſe neceſſe parere illum qui potuit appellare. Sed cùm appellatio iniquitatis ſententiæ querelam contineat, laudanda eſt à prætore potius quàm puniendo verecundia eius qui à prætore noluit appellare, argum. *leg. præfecti* 17. *hoc tit.* iunct. *leg.* 4. §. 1. *de alien. iud. mut. cauſ.* Nemo enim cogitur appellare, *leg. Herennius* 63. §. 1. *de euiction.*

p *Auditurum non eſſe.* Ergo hoc caſu concludit Vlpianus nullomodo reſtitutionem competere: vt proinde mirer quod vult Cuiacius liberationem de qua in hoc §. agitur, & ſecuritatem debitoris qui vel curatori minoris ſoluerit ſine decreto, vel minori ipſi ex decreto ſine curatore minùs perfectam minúſque plenam eſſe. Nam imò verò eſt pleniſſima & vtraque extra periculum reſtitutionis, vt & illa quæ debitori acquiritur per obligationem, *leg. fideiuſſor. quæ minori* 64. *de fideiuſſ.* Et quòd idem putat pleniſſimam eſſe illam demum ſecuritatem quæ à Iuſtin. prodita eſt, in *l. ſancimus* 25. *C. de admin. tut.* id eſt, inquit ille, ſi tutori vel curatori & prætereà ex decreto ſolutum ſit, ridiculum eſt. Nec enim illa Iuſtin. conſtitutio loquitur de ſolutione in qua duæ iſtæ ſolemnitates interuenerint, auctoritas ſcilicet tutoris vel curatoris, & decretum prætoris: ſed de ſolutione facta ex ſolius iudicis auctoritate, *creatione tutorum & curatorum cum omni præcedente cautela*, vt habent prima legis verba, hoc eſt, vt ego interpretor ablatiuos illos abſolutos Tribonianeos, dum proceditur ad creationem tutorum vel curatorum cum diligenti inquiſitione, cuius inquiſitionis adhibendæ neceſſitas facit plerunque vt tutoris vel curatoris datio in longiorem diem proferatur: ac proinde loquitur conſtitutio de eo caſu quo nullus adhuc ſit tutor vel curator, cuius auctoritas in ſolutione poſſit interuenire. Et ob eam nimirum cauſam fuit neceſſaria conſtitutio fauore debitoris, vt ſi fortè haberet interim pecuniam in numerato, cuius amittendæ caſum aliquem & periculum vereretur, non cogeretur in obligatione remanere, ſed poſſet æquè tutò non ſolùm minori, ſed etiam pupillo ſoluere, atque ſi ſolueret tutori vel curatori. Quæ ſolutionis faciendæ & liberationis acquirendæ ratio fuit incognita toto iure vetere & ante Iuſtinian. Nam quod hîc ſcriptum eſt de prætore iubente ſolui minori non adhibito curatore, ad eum caſum non pertinet quo expectetur tutor vel curator, & interim velit debitor ſoluere: quin potius ad illum caſum quo minoris debitor iuſſus ſit ſoluere non adhibito curatore quem volebat adhiberi. Alioqui quonam colore poſſet ei permitti appellare à decreto illo quaſi aduerſus iniuriam prætoris ſi prætor nihil niſi ad eius petitionem decreuiſſet? Cæterùm nihil neceſſe fuit nouum ius à Iuſtin. conſtitui ad hoc vt pupilli vel minoris debitor poſſet tutò ſoluere & ſoluendo conſequi liberationem: cùm parata & expedita eſſet ratio ſoluendo tutori ipſi aut curatori aut pupillo ipſi

tutore

tutore auctore, vel minori curatore auctore. Niſi fortè putamus eam Iuſtiniani mentem fuiſſe vt ad veterem ſolemnitatem adderet nouam in odium eius qui vel pupilli vel minoris debitor eſſet, ne tam facilè liberaretur per ſolutionem, nec aliter quàm ſi iudicis auctoritas intercederet. Sed non ita eſt. Nam imò verò lata fuit ea conſtitutio fauore debitorum pupilli vel minoris, vt ſi parati eſſent ſoluere, poſſent liberari eo caſu quo antea non poterant, & quidem tutò ac ſine metu reſtitutionis, etiamſi neque pupillus tutorem adhuc haberet, neque minor curatorem. Quod ab interpretibus non eſt animaduerſum, qui verba illa priora legis: quæ nos ponderamus, quaſi ſuperuacanea reliquerunt & neglexerunt. Quid ergo ſi debitorem, qui pupillo nondum habenti tutorem, vel minori nondum habenti curatorem ſoluit non interueniente iudice, atque ita contra formam legis Iuſtinianeæ datus poſtea tutor vel curator velit abſoluere & liberare? An conualeſcit ſolutio propter ſuperuenientem tutoris vel curatoris auctoritatem? Minimè, niſi quantum ad ſolutionem redituum vel penſionum, vel vſurarum 100. ſolidos non excedentium, *d. l. 25. in fin.* iunct. *l. conſtit. 27. C. eod.* (Sic enim Iuſtin. intelligo, vt qui ex his cauſis ſoluit pupillo non habenti tutorem ita demum liberetur ſi datus poſtea tutor eum abſoluat & liberet, ex §. *nunc admonendi. Inſt. quib. al. lic.* Certum enim eſt ſolutionem ſoli pupillo factam vel vnius nummi nunquam poſſe parere liberationem, *l. pupillo 15. de ſolut.* licèt in minore curatorem non habente ſit ſecus, vt ſupr. dixi.) Quia noluit Iuſtinianus eſſe in poteſtate tutoris aut curatoris irritam facere poteſtatem conſtitutionis in caſibus non exceptis, nec rationem vllam haberi ſolutionis perperam factæ & contra leges, non magis quàm ſi ſolutio nulla præceſſiſſet: quo caſu nemo diceret in poteſtate tutoris vel curatoris forè vt debitorem qui nunquam ſoluiſſet liberarent. Tutori enim & curatori ſolutionem accipere permiſſum eſt, non etiam pupilli minoriſve debitorem nihil ſoluentem vltrò ac liberaliter liberare. Et hoc nimirum eſt quod ait Iuſtinianus in dicto §. *nunc admon. ita licere tutori, vel curatori debitorem pupillarem ſoluere,* &c. quæ verba peruersè admodum pleríque ſic accipiunt, ac ſi ſcriptum eſſet è contrario, *ita demum licere debitori pupillari, vt ſoluat tutori vel curatori.* Atque hoc modo efficiunt, vt non aliter poſſit liberari debitor pupillaris, vel minoris ſoluendo tutori vel curatori, quàm ſi prætereà iudicem adhibeat: cùm tamen loquatur Iuſtin. *toto eo* §. de ſolutione facta ſine tutoris authoritate, qua ſcilicet interueniente nihil noui conſtituitur, vt nec conſtituendum fuit de iudice adhibendo. Idque apertiſſimè probant verba illa quæ ſequuntur apud Iuſtinianum, *nihilominus condemnabitur, quia temerè ſine tutoris auctoritate & non ſecundùm noſtram diſpoſitionem ſoluerit,* vt intelligamus eo demum caſu condemnandum debitorem, quo ſoluerit temerè. Soluiſſe autem temerè videri tum demum cùm neque tutorem adhibuit, neque iudicem. Alterutrum igitur adhibitum fuiſſe ſufficeret. Denique cùm Iuſtinianus in eo §. referat eam ipſam conſtitutionem quæ eſt, in *dicta leg. ſancimus 25. Codic. de adminiſtratione tutorum,* quamvis erratum ſit in inſcriptione, dubitari non poteſt quin locus Inſtitutionum interpretandus ſit ſecundùm legem Codicis, id eſt, de ſolutione facta pupillo vel minori nondum habenti tutorem aut curatorem, & eo tempore quo tutoris vel curatoris alicuius creatio expectabatur, quod & probant verba illa conſtitutionis, *ad eos ſolutionem facere. Eos*, namque intelligit pupillos vel adultos ipſos non autem tutores eorum vel curatores. Item quod in leg. fine ſcriptum eſt, *ſolutionem facere & ſe liberare deſiderat*, oſtendit ſatis tractare Iuſtinianum de debitore qui feſtinet ſoluere eo tempore quo adhuc nemo eſt qui ſolutionem ab eo vigere poſſit, non de debitore qui à tutore vel curatore ipſo vigeatur. Hoc enim caſu iuri veteri ſtandum eſt. In ſumma dixit Iuſtin. in *d. §. admonendi ſoluere*, non pro *numerare* ſed pro *abſoluere & liberare*, *ſcripſi 17. conject. c. 3.*

3 ¶ Non ſolùm autem in his ei ſuccurritur, ſed etiam *in interuentionibus* [a] vt putà ſi fideiuſſorio nomine ſe, vel ſuam obligauit. Pomponius autem videtur acquieſcere diſtinguentibus [b], arbiter ad fideiuſſores probandos conſtitutus eum probauit, an verò ipſe aduerſarius? mihi autem ſemper ſuccurrendum videtur, ſi minor ſit, & ſe circumuentum doceat.

Ad §. 3. Non ſolùm autem in his.

a *Etiam in interuentionibus.* Ratio dub. Qui fideiuſſorio tantum nomine vel ſe vel rem ſuam obligauit ſi quid ex ea cauſa damni paſſus ſit regreſſum habet aduerſus reum principalem pro quo interceſſit ſiue ex ſtipulatu actio illa ſit ſiue mandati ſiue etiam negotiorum geſtorum ſi fideiubendi mandatum nullum interuenerit, *leg. ex mandato 10. §. 1. & paſſ. mandat.* Vnde eſt quod dici ſolet cùm fideiuſſor conuenitur videri per conſequentias reum ipſum conueniri, *leg. ſi quis reum 5. de liber. l. leg. cùm lex 46. de fideiuſſ.* Ergo nihil videtur intereſſe fideiuſſoris eo ſaltem caſu, quo reus ſit ſoluendo cùm is qui actionem bonam & efficacem habet pro indemnitate conſequenda, tam indemnitatem ipſam habere videatur, *leg. is qui actionem 11. de reg. iur.* Proinde non videtur ex cauſa reſtituendus fideiuſſor quamvis minor non magis quàm ſi maioris procurator fuiſſet, quo vtique caſu non reſtitueretur niſi is à quo mandatum accepiſſet ſoluendo non eſſet, *l. cùm mandatu 23. infr. hoc tit.*

Rat. decid. Fideiuſſor licèt pro alio ſe obligauerit tamen proprio nomine & obligatur & conuenitur in quo maximè differt à procuratore qui ſiue aduerſarium ſiue ſeipſum obligat alij contrahit non ſibi. Ex qua differentia aliæ complures naſcuntur inter fideiuſſorem & procuratorem, & illa imprimis quod fideiuſſor exceptiones, ſi quas habet, non ſolùm ex ſua perſona, ſed etiam ex perſona rei inuito quoque reo ipſo proponere poteſt, *leg. ex perſona 37. de fideiuſſ.* ſi modò non perſonæ ſed rei cohæreant, *leg. exceptiones 7. §. rei autem de except. leg. ult. ſup. de pact.* Procurator autem nihil poteſt facere inuito eo cuius procurator eſt ſiue agat ſiue conueniatur, *leg. ſi procurator 28. ſupr. de procur.* Item illa quæ ad rem noſtram magis pertinet, quod ſi maioris procurator minor in integrum reſtitueretur aduerſus contractum ſuum ea reſtitutio prodeſſet maiori obligato ex contractu procuratoris quod eſſet contra propoſitum prætoris, *d. l. cùm mandatu & leg. 3. §. ſed vtrum ſupr. hoc tit.* At quamvis fideiuſſor tanquam minor reſtituatur in integrum aduerſus propriam obligationem ea tamen reſtitutio non prodeſt maiori quippe qui ex proprio contractu propria quoque obligatione & actione tenetur quæ tantùm abeſt vt à fideiuſſoris obligatione pendeat, vt à contrario ſit obligatio hæc principalis, fideiuſſoria verò non niſi acceſſoria, *l. 1. 2. 3. & ſequentib. & paſſim de fideiuſſ.* Nec quòd minor qui pro maiore fideiuſſit regreſſum habeat contra reum principalem impedire poteſt reſtitutionem. Intereſt enim minoris non ſoluere potiùs, quàm ſolutum repetere, *l. ſi ſtipulatus 15. eo t. l. 3. de compenſat.* Nec ob id ſolum qui obligatur aut actionem pati cogitur quod poſtea ſit recepturus ab alio quidquid præſtiterit, *leg. nemo ideò 171. de reg. iur.* Quod de fideiuſſore minore diximus idem

idem de mandatore, conſtitutore, expromiſſore dictum intelligi debet. Sunt enim iſti omnes interuentores & eorum obligatio ſicut fideiuſſoris, propria ſingulorum & tamen acceſſoria ad principalem obligationem.

b *Pomponius autem videtur acquieſcere diſtinguentibus.* R. dub. Cum arbiter ad fideiuſſores probandos conſtitutus (ſolet enim arbiter ex hac conſtitui, *l. arbit. 9. & ſeq. ſup. qui ſatiſd. cog.* probauit perſonam minoris ad fideiuſſionem accedentis tanquam idonei non poteſt minor dicere ſe læſum fuiſſe ab aduerſario qui nihil fecit. Ergo diſtinguendum eſt cum Pomp. an minor probatus ſit ab arbitro an ab aduerſario: vt poſteriore caſu poſſit reſtitui, priore non item. Maximè cum potuerit querela ad competentem iudicem deferri, vt ait *l. ſi ab arb. 10. qui ſat. cog.*

R. dec. Minor vt ex hoc edicto reſtituatur non illud neceſſariò allegare & probare debet ſe læſum ab aduerſario, ſed ſufficit vt doceat ſe quoquo modo læſum etiã ſua facilitate nullo aduerſarij facto interueniente, *leg. 1. ſup. de reſt. in integ. l. 3. §. etſi her. ſup. h. t. vbi dixi.* Facilitas autem minoris ad fideiuſſionem accedentis & quæ ex ea facilitate inducitur læſio & captio nimis euidens eſt, cum ex fideiuſſione lucrum nullum poſſit accidere minori, damnum poſſit. Tritum enim eſt & non minùs verum quàm vetus verbum, *ſpondes? præſto noxa eſt*, niſi ponas minorem fideiuſſiſſe in rẽ ſuam, quia tunc pro reo principali habetur, *leg. de die 8. §. 1. qui ſatiſd. cogant. iunct. l. ſed ſi fideiuſſor 24. ſup. de pact. l. 3. §. Iulianus. de pecul.* Aut principali debitori ſucceſſiſſe ſiue in ſolidum ſiue pro parte, quia pro qua parte ſucceſſit tenetur non ex obligatione fideiuſſoria quippe quæ ſublata ſit per confuſionem, *l. debitori 50. de fideiuſſ.* ſed tanquam hæres maioris quo caſu reſtitui non poteſt, *l. 1. in fi. C. de filiofam. min. vulg. l. ſi ab eo. 7. C. de negot. geſt.* Idque ſiue pro patre ſiue pro extraneo minor fideiuſſerit, vt bene contra Placentinum diſputauit Accurſius ad *l. 3. §. ſed vtrum.* in verb. *poterit reſtitui. ſup. hoc tit.*

c *Et ſe circumuentum doceat.* Docet autẽ hoc ipſo quod oſtendit ſe non in rem ſuam, ſed pro alio fideiuſſiſſe. Niſi ponas habuiſſe illum in mano indemnitatem putà ſi pro quanta pecunia fideiuſſit tantã pecuniam ab eo pro quo fideiuſſit acceperit ante fideiuſſionẽ aut pro pecunia rem aliquã quaſi in ſolutũ. Hoc enim caſu nemo dixerit læſum fuiſſe minorem ob id quod pro alio quantumuis extraneo & in rem alienam fideiuſſerit cùm ſit ſecurus.

4 ¶ Sed & *in iudiciis* ſubuenitur: ſiue, dum agit: ſiue, dum conuenitur, captus ſit.

Ad §. 4. Sed & in iudiciis.

Ratio dubitandi. In iudiciis quaſi contrahitur, vul. *l. 3. §. idem ſcribit. de pecul.* Idque non ex voluntate, ſed ex neceſſitate, quia iudicium redditur in inuitum, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* ergo non tam facilè ſubueniendum eſt minori iudicio, ſiue agat, ſiue conueniatur: atque reſtitueretur contra obligationem conuentionalem, *l. properandum 13. §. vlt. C. de iud. vbi Iuſtinian.* vt pupillus vel minor in iudicio læſus per culpam aut negligentiam tutoris aut curatoris non poſſit reſtitui contra id quod in iudicio factum eſt, ſi modò tutor vel curator ſit ſoluendo, cùm tamen in cæteris cauſis nõ eò minùs ſubueniatur pupillo vel minori, quòd tutor aut curator interuenerit, *l. 1. & 2. C. ſi tut. vel cur. interu.*

Ratio decidendi. Magna quidem eſt auctoritas Iudiciorum, ſed non tanta vt non maior ratio haberi debeat ætatis, ne minor qui in iudicio læſus eſt moretur in damno, *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. rem iud.* Tantò enim faciliùs eſt vt in iudiciis minor lædatur, quantò difficiliùs etiam maiori & prudenti patrifamilias cauere, ne quid in iudicio damni incurrat, aut propter imperitiam iudicis, aut propter aduerſarij tergiuerſationẽ, ſiue agat quis, ſiue conueniatur. Minor autem hoc amplius læditur plerumque ſua facilitate aut negligentia, *l. minor autem 18. §. 1. infr. h. tit. l. 2. C. ſentent. reſcind. non poſſe.* Quòd ſi à tutore vel curatore indemnis ſeruari pupillus minórve poſſit iuſtiſſimè placuit Iuſtiniano, in *d. l. properandum §. vlt.* vt actionem eo nomine habere debeat contra tutorem vel curatorem, cuius negligentia interuenit: non etiam reſtitutionem, niſi vno illo caſu quo tutor vel curator ſoluendo non ſit. Et ita ſecundùm illam Iuſtiniani conſtitutionem hic locus intelligi debet.

5 ¶ Sed etſi hæreditatem minor adiit minùs lucroſam [a]: ſuccurritur ei, *vt ſe poſsit abſtinere*: nam & hic acceptus eſt. Idem & in bonorum poſſeſſione [b], vel alia ſucceſſione.

¶ Non ſolùm autem filius, qui ſe miſcuit paternæ hæreditati, ſed &, ſi aliquis ſit ex neceſſariis [c], minor annis ſimili modo reſtitutionem impetrabit, veluti ſi ſeruus ſit cum libertate inſtitutus: dicendum enim erit, ſi ſe miſcuit, poſſe ei ſubueniri ætatis beneficio *vt habeat bonorum ſuorum ſeparationem.*

¶ Planè qui poſt aditam [a] hæreditatem reſtituitur, debet præſtare, ſi quid ex hæreditate in rem eius peruenit, nec petit per ætatis imbecillitatem.

Ad §. 5. Sed etſi hæreditatem.

R. dub. Non reſtituitur minor in iis quæ non capiunt reſtitutionem, etiamſi captus fuerit & læſus *l. ſi ex cauſa 9. §. pen. inf. hoc t.* Atqui cùm quis hæreditatem ſiue lucroſam, ſiue damnoſam adiit fieri non poteſt vt deſinat vnquam hæres eſſe, quoniam qui ſemel hæres fuit, ſemper hæres eſſe perſeuerat, *l. ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtit.* & quemadmodum prætor non poteſt dare ius & & nomen hæredis, ita neque admittere, *§. quos autem inſtit. de ben. poſſ.* Ergo non poteſt minor aduerſus aditam hæreditatem reſtitui vt liceat abſtinere: ſera enim repudiatio eſt iuris iam acquiſiti, *l. 1. §. decretalis, de ſucceſſ. edict.* Præſertim cùm prætoris propoſitum illud ſit in dando beneficio abſtentionis, vt liberos ab oneribus hæreditatis non ſponte ſuſceptis liberet, *l. ſi filius 12. de vulg. & pup.* non vt eos quibus poteſt imputari, cur temerè damnoſam & ſuſceptam hæreditatem adierint quã adire non cogebantur, *l. nec emere 36. C. de iur. delib.*

R. dec. Non poteſt quidem is qui ſemel hæres fuit deſinere hæres eſſe, ſed tamen poteſt beneficio prætoris aſſequi, vt non habeatur loco hæredis, nempe per beneficium abſtinendi. Eum namque qui ſe abſtinuit non habet prætor hæredis loco, *l. ſi filius 12. de interrog. in iur. fac.* ſiue abſtenſio facta ſit ex edicto citra decretum prætoris, vt euenit in ſuis hæredibus qui nunquam ſe immiſcuerunt, *l. ei qui ſe non miſcuit 12. de acq. hær.* ſiue per in integrum reſtitutionem cauſa cognita & decreto prætoris interueniente, *l. neceſſar. 57. eo. t. & §. quod Pap. infr. h. l.* Indéque eſt quòd prætor dat reſtitutionem in integrum aduerſus aditionem non vt repudietur hæreditas quæ fuit adita, ſed vt ab hæreditate abſtineatur. Repudiamus enim delata & nondum acquiſita, *§. decretalis l. 4. C. de repud. vel abſt. hær.* Abſtinemus autem noſtris & iam acquiſitis. Itaque quamuis abſtinere proprium ſit ſuorum hæredum, repudiare verò extraneorum, ſicut & ſui hæredes dicuntur ſe immiſcere, extranei verò adire aut gerere pro hærede, *d. l. neceſſarius l. enim bonis 87. de acq.*

acquir. hered. Tamen abſtinere dicuntur, & quidem propriè etiam extranei quoties reſtituuntur aduerſus aditionem hæreditatis, *leg. etſi ex modica 6. §. ſed etſi per in integr. infrà de bon. libert. leg. 1. §. ſi quis adita, ad Senatuſc. Tertyll.*

a *Hereditatem minùs lucroſam.* Ratio dubitandi. Non poteſt videri læſus minor qui hæreditatem adit quantulamcunque lucroſam, licèt ſit minùs lucroſa. Nullum enim damnum in lucro quantumvis minimo eſſe poteſt. Et quod dici ſolet ſubueniri, minoribus etiam in lucro, *§. hodie infrà, hac lege.* Non hunc ſenſum habet, quaſi pro læſo habendus ſit minor, qui paruum aliquod lucrum ſenſit, cùm maius aliud ſentire non poſſet, ſed vt is demum reſtituatur, qui alicuius lucri aut etiam maioribus lucri faciendi occaſionem amiſerit: quod dici non poteſt de eo qui hæreditatem lucroſam quidem, ſed minùs lucroſam adiit, nullum enim iſte aut damnum incurrit, aut lucrum amittit.

Ratio decidendi. Damnoſam hæreditatem dixit hîc Vlpianus non quidem pro damnoſa, ſed pro ea quæ ſit minùs euidenter lucroſa, & vt vno verbo dicam quæ ſit ſuſpecta. Sufficit enim ſuſpectam eſſe hæreditatem, vt aduerſus aditionem reſtitui poſſit minor. Siquidem eius intereſt, nec litibus, nec ſumptibus vexari *leg. prox. ſuprà.* Vt plurimum autem etiam opulentæ hæreditates ſuſpectæ ſunt propter periculum latentis æris alieni, aut metu negotiorum quibus implicari nolunt, *leg. ſi hæreditatem 32. infrà mandat. leg. ſi in teſtamento 25. in fin. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Quam ob cauſam ſolet dici generaliter non eſſe præſcribendum hæredi inſtituto cur metuat adire hæreditatem vel cur nolit. cùm variæ ſint hominum voluntates, *leg. 4. ad SC. Treb.* Et idcirco probabilius arbitror minorem qui reſtitui velit aduerſus aditionem hæreditatis non eſſe cogendum probare, quòd hæreditas reuera plus habeat incommodi quàm commodi tametſi hoc iure vtamur teſte Guid. Pap. *quæſt. 145.* Sed ſufficeret vt dicat ſibi ſuſpectam eſſe hæreditatem licèt nec de vno vel minimo debito appareat ſi modo nihil in ea hæreditate dolo malo feciſſe probetur. Idque probare ſoleo ex hoc potiſſimum, Vlpiani loco, qui non exigit, vt hæreditas probetur damnoſa, ſed tantùm vt minùs lucroſa: quod vtique probatur ſatis hoc ipſo quòd dicitur ſuſpecta.

a *Idem eſt & in bonorum poſſeſſione.* Ratio dubit. Bonorum poſſeſſor non fit hæres, quoniam, vt ſuprà dixi prætor hæredem facere non poteſt, *§. quos autem inſtitut. de bon. poſſ.* Ergo non eſt neceſſe, vt aduerſus agnitam bonorum poſſeſſionem minor in integrum reſtituatur, cùm non eò magis hæres ſit.

Ratio decidendi. Bonorum poſſeſſor quamvis non ſit hæres, in omnibus tamen habetur per prætorem hæredis loco perindéque ac hæres tenetur ad omne æs alienum, & ad vniuerſa onera hæreditaria, *leg. 1. ſ. 3. de bon. poſſ. leg. prætor. 117. de reg. iur.* Perinde igitur indiget reſtitutione vt à periculo damnóque quod in petenda bonorum poſſeſſione ſubiit liberetur. Idem dictum putà de fideicommiſſario vniuerſali. Nam & is loco hæredis eſt §. reſtituto, *inſtitut. de fidei-com. hæred.* Cùm in eum tranſeant omnia iura hæreditaria actiua & paſſiua, *leg. 1. 2. & 4. leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Trebell.* Idque ſignificant vltima illa verba huius, *§. vel alia ſucceſſione,* vt bene Accurſ. explicat ex *leg. filius-familias 5. quod cum eo qui in al. poteſt.* Addit aliud exemplum de eo cui bona ſunt addicta libertatum conſeruandarum cauſa. Rectè. Nam & hic eiande quaſi hæres eſt, *§. penultim. inſtitut. de eo cui libert. cauſ. bon. add.* Sed quod addit aliud exemplum in eo qui occupauit bona peculiaria filij vel ſerui quaſi & is hæres eſſe videatur ex *leg. 3. §. Pompon. aduerſ. ſupra, hoc tit.* hoc verò malè vt docuimus, *ſupr. ad illum locum.*

c *Sed etſi aliquis ſit ex neceſſariis.* Ratio dubitandi. Neceſſarius hæres ille dicitur qui vtique & omnimodo hæres cogitur ſiue velit ſiue nolit, *§. 1. inſt. de hæred. qual. & diff.* Ac proinde qui hæres eſt ipſo iure etiam citra vllam geſtionem pro hærede aut immixtionem, *l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* Nulla igitur ratio eſt reſtitutionis concedendæ neceſſariis hæredibus.

Ratio decidendi. Neceſſariis hæredibus licèt ſint hæredes ipſo iure datum nihilominus eſt beneficium à prætore per quod iis ſuccurritur. Et ſuis quidem beneficium abſtentionis ex edicto. Iis verò qui non ſui ſed neceſſarij tantum ſunt beneficium ſeparationis ex alia edicti parte, *leg. ei qui 12. leg. neceſſarius 57. de acquir. hæred. leg. 1. §. vltim. de ſeparat.* Verumque ſine reſtitutione & aduerſus ſolum iuris rigorem, ſed ita demum ſi ſola iuris poteſtate ſint hæredes non etiam ſi factum ipſorum aliquod interuenerit, id eſt, ſi ſui ſe non immiſcuerint aut ſi ſerui hæredes inſtituti bona patroni non attigerint. Nam facto eorum interueniente cùm ipſorum voluntas ad poteſtatem iuris acceſſerit indigni ſunt quibus ſuccurratur niſi ætatis fauor iis patrocinetur: quo caſu neceſſaria eſt reſtitutio ex hoc edicto *dicta leg. neceſſarius.* Nempe ſi ſint puberes: nam ſi ſint impuberes poſſunt etiam poſt immixtionem ſe abſtinere vltrò, & ſine ope reſtitutionis, *dicta leg. neceſſarius.* Adeóque quamvis ſe immiſcuerint tutore auctore. Tametſi Accurſius noſter hic contra ſentiat, & malè vt conſtat ex *leg. pen. de auctor. tutor. lege ex contractu 44. de re iudic. leg. impuberibus 11. de acquir. hæred.* In qua lege quod dicitur Impuberibus liberis abſtinendi poteſtatem fieri *omnimodo,* ſic accipiendum eſt, vt fiat indiſtinctè non ſolùm ſi ſe non immiſcuerint ad differentiam eius quod de puberibus additur in eadem lege, ſed etiam ſi ſe immiſcuerint: & rurſus ſiue immiſcuerint ſe tutore auctore ſiue abſque tutore. Vt planè ridiculum ſit quod Pomponium eo loco dixiſſe ſomniat Accurſius *puberes pro maioribus 25. annis:* impuberes verò pro minoribus. Dices pro Accurſio falſam igitur fore legis ſententiam, cum puberibus dummodo minores ſint prætor det beneficium abſtentionis per in integrum reſtitutionem etſi ſe immiſcuerint, *dicta leg. neceſſarius & leg. ſi minor. 6 t. eod. tit.* Hoc enim ſanè eſt, quod Accurſium fefellit. Sed facilis reſponſio eſt intelligendum Pomponium eo loco de mero abſtinendi beneficio, quod habent ſui hæredes ex edicto prætoris mortui non adito prætore viuo. Non autem de beneficio abſtinendi, quod indulgetur à prætore viuo ex decreto, & cauſa cognita per in integrum reſtitutionem. Hoc enim per immixtionem non amittitur, quomodo illud de quo priùs diximus, & de quo etiam agitur in *leg. ei qui 12. eod. tit.* Eſt autem elegans illa differentia inter beneficium abſtentionis & ſeparationis, quod qui beneficium abſtentionis impetrauit ſiue ex edicto ſiue ex decreto, is non habetur pro hærede à prætore, *lege ſi filius 12. de iniuſt. rupt. irrit. fac. teſt.* Quantum ad hoc, vt à creditoribus hæreditariis, & à legatariis conueniri non poſſit, *dicta leg. neceſſarius.* (In cæteris enim omnibus quæ ad ipſius incommodum non ſpectant habetur pro hærede etiam quod ad prætorem, *lege filius 41. eod. leg. ita tamen 27. § ſi pater filium ad Senatuſ. Conſulti. Trebell.*) Qui autem impetrauit ſeparationem ſicut ipſo iure manet hæres ita & hæredis loco habetur à prætore vt creditoribus & legatariis omnibus teneatur, ſed hactenus tamen quatenus ferunt facultates quas à patrono accepit non etiam ſi quid aliunde ſibi quæſiuerit. Hoc enim ſeparandum eſt à cæteris bonis. Indéque nimirum dictum eſt beneficium ſeparationis, *dicta leg. neceſſarius, in fin. & dicta leg. 1. §. vltim. de ſeparat.* Denique filij pudori parcitur, vt patris potiùs quàm filij bona væneant, *leg. paterfamilias 58. de reb. auct. iud. poſſ. al. leg. 13. de priuil. cred.* Quia patri magis imputari poteſt, qui ipſe æs alienum contraxit quàm filio qui hæreditariis oneribus non ſponte ſuſceptis obligatus reperitur ſola iuris poteſtate, *lege ſi filius 12. de vulg. & pupill.* At non parcitur pudori ſerui qui libertatem cum hæredi-

tate

tate ex domini ſui teſtamento conſecutus eſt, quia nec pudorem vllum haberet ſi non à domino tantum beneficium quantum libertatis eſt accepiſſet. Parcitur tamen eius bonis quamdiu vetum eſt eum patroni bona non attigiſſe. Vbi attigit neceſſaria eſt ei reſtitutio ad impetrandam ſeparationem ſi fuit minor annis xxv. pubes tamen. Nam ſi ſit impubes non video cur hac parte deterioris conditionis ſit aut eſſe debeat quàm ſuus, cui impuberi dandum eſſe diximus beneficium abſtentionis etiam poſt immixtionem tutore quoque auctore factam. Nec enim fauore ſuitatis ita conſtitutũ, eſt in ſuo impubere, ſed fauore ætatis. Alioquin idem priuilegium puberibus quoque ſuis dari debuiſſet. Porro fauor quidem ætatis diſcernit puberes ab impuberibus, ſed non ingenuos à libertis. Et alius Accurſij noſtri error ille eſt, quod putat ſuo hæredi puberi dari à prætore reſtitutionem ad hoc vt hæres eſſe deſinat. Seruo autem cum libertate inſtituto ad hoc tantùm vt ſeparatio fiat, non vt hæreditatem repudiet. Nam neque ſuo hæredi datur reſtitutio, vt vel ſuus hæres eſſe deſinat, vel hæreditatem repudiet, cùm non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, quamvis ſe abſtinentem etiam iure ſuo, *leg. cùm quaſi 30. §. ſed & ſi ſuus de fideicommiſſ. libert.* Sed tantùm vt habeatur à prætore pro non hærede quod ad ſubeunda onera hæreditaria, vt diximus. Etſi autem non idem obtinet in ſeruo hærede cum libertate inſtituto, qui etiam poſt impetratam ſeparationem beneficio reſtitutionis habetur pro hærede apud prætorem, id tamen non ob id fit, quòd minor ætas in neceſſario hærede, tantùm minùs ſit fauorabilis quàm in eo qui præterea eſt ſuus, ſed quoniam nulla quoque reſtitutione impetrata idem iuris eſſet ſi neque ſuus ſe immiſcuiſſet, neque libertus bona patroni attigiſſet. Haberet enim vterque beneficium, ille abſtentionis, hic ſeparationis, & quidem ſuo iure ſine auxilio reſtitutionis, ſed diuerſo effectu, quia plenius eſt, beneficium abſtentionis, quàm ſeparationis ob eam rationem quam ſupra attulimus. Nemo autem dixerit beneficium quod per in integrum reſtitutionem ætatis fauore redditur plenius eſſe debere quàm eſſet antea cùm amittebatur.

a *Planè qui poſt aditam.* Ratio dubitandi. Reſtitutio ita fieri debet, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, *leg. quòd ſi minor. 24. §. reſtitutio, infrà hoc tit. leg. vnic. Codic. de reput. in ind. in integr. &c.* Ergo quiſquis poſt aditam hæréditatem reſtituitur, præſtare debet quidquid ex ea hæreditate ad ipſum peruenit non adhibita illa diſtinctione quam Vlpian. hîc adhibet. An ex eo quod ad minorem peruenerat, aliquid perierit per imbecillitatem ætatis, an nihil. Nec enim talis diſtinctio adhiberi poteſt citra iniuriam inſtitutorum aut hæredum legitimorum ad quos hæreditas peruenire debet, aut etiam creditorum & legatariorum, quibus ex bonis hæreditariis ſatisfieri oportet ſi permittatur minori abſtinere per in integrum reſtitutionem ab ea hæreditate, quam maiori ex parte iam profligauerit. Tunc enim res non ſolum integra eſſe deſiit, ſed nec poteſt redintegrari: quo caſu non datur reſtitutio, *leg. quòd ſi minor. 24. §. Scæuola, infr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Non videtur ad minorem peruenisse, quod non durat peruentum, ſicut nec verſum, quod non durat verſum, vt dixi ad *leg. videamus 17. ſuprà, quod met. cauſ.* Scilicet ſi per ſolam ætatis imbecillitatem factum ſit, vt deſierit habere minor, quod ab initio habuit. Sola enim ætas illa eſt, quæ hoc priuilegium meretur. Ergo reſtitutus aduerſus aditionem minor non aliud debet reddere quam, quod ad eum ita peruenit, vt non perierit per imbecillitatem ætatis. Cùm enim minor inconſultò damnoſam hæreditatem adiit, & multas ex ea res æquè inconſultò, & citra dolum malum perdidit, nõ tam aduerſus aditionem hæreditatis, quàm aduerſus inconſultam facilitatem ſuam reſtituitur, & proinde non minùs contra profligationem, quàm contra ipſam aditionem. Vtrumque enim damnum ex eadem facilitate proficiſcitur: & ſatis eſt ad indulgendam reſtitutionem, quod minor nullum ex hæreditate lucrum retineat, *d. l. vnic.* Aliud ergo erit ſi minoris dolus aliquis interuenerit in profliganda hæreditate, *leg. ſi ex cauſa 9. §. nunc videndum, infr. hoc tit.* Aut ſi dolo eius factum ſit quominus ad eum ex hæreditate perueniret, *d. l. vnic. C. de reput. in ind. in integr.*

6 ❡ Hodie certo iure vtimur, *vt & in lucro* minoribus ſuccurritur.

Ad §. 6. Hodie certo iure.

Ratio dubitandi. Non fit pauperior qui lucri occaſionem amittit, ſed tantùm is qui patrimonium ſuum diminuit. Aliud enim patrimonij diminutionem pati, aliud verò non acquirere, *leg. quod autem 6. quæ in fraud. cre.* Vt & aliud eſt fieri pauperiorem, aliud non locupletiorem, *leg. 5. §. conceſſa de don. int. vir. & vx. leg. Proculus 26. de damn. inf. ect.* Ergo nulla ratio eſt, cur minoribus ſubueniatur in lucro quibus ſatis eſſe debet ſi damnum nullum patiantur. Semper enim minùs fauorabilis eſt cauſa illius qui certat de lucro captando, quàm eius qui de damno vitando, *d. l. quod autem. §. ſimili modo dicimus.* Nec tam pro bonis proprijs quàm pro alienis videtur reſtitui minor qui in lucro reſtituitur, id eſt, ob id ſolùm quod acquirendi occaſione vſus non ſit. Nam quod acquirere poſſumus, quandiu tamen acquiſitum non eſt extra bona noſtra eſt, *l. Iul ſtu. 42. de acq. rer. dom.* Cùm interim ſit alterius: quod autem alterius eſt, meum eſſe non poſſit, *l. rectè dicimus 25. de ver. ſig.*

Ratio decidendi. Fuit quidem hoc aliquando inter veteres controuerſum, vt hic ipſe locus indicat. Sed hodie certo iure vtimur etiam in lucro ſubueniri minoribus oportere, *l. cum quidam 17. §. ſi pupillo, infrà de vſur.* Fauore nimirum ætatis quæ facit, vt cum in cæteris partibus edicti, nemo reſtituatur niſi aduerſus damnum (omnes enim damnum exigunt, vt diximus ad duos titulos ſuperiores) minori tamen danda ſit reſtitutio aduerſus propriam facilitatem, *l. 1. ſupr. de in integ. reſt.* Quæ facilitas inconſulta non aliam cauſam habet quàm lubricum ætatis. Ex eadem verò facilitate fit vt minor, & damnum rei ſuæ incurrat, & occaſionem rei alienæ acquirendæ amittat, quam non amitteret, is quem maior ætas prudentiorem feciſſet, argum. *leg. minor. 48. §. vlt. infra, hoc tit.* Denique vt reſtituendus ſit minor ſufficit eius intereſſe quoquo modo. Intereſſe autem videtur non tantùm ſi quid ei abſit, ſed etiam ſi quid lucrari potuit, *l. ſi commiſſa 13. rem rat. hab.* Vnde noſtri colligunt diſtinctionem illam duplicis intereſſe, vt loquuntur, lucri ceſſantis, & damni emergentis.

7 ❡ Pomponius quoque libro vigeſimo octauo ſcribit.

ET ſi ſine dolo cuiuſquam legatum repudiauerit [a], vel in optionis legato captus ſit [b], dum elegit deteriorem: vel ſi duas res promiſerit, illam aut illam [c], & pretioſiorem dederit, debere ſubueniri: & ſubueniendum eſt.

Ad §. 7. Pomponius quoque.

Ratio dubitandi. Legatum acquiritur quidem etiam ignoranti, ſed non inuito, ideóque repudiari etiam à maiore poteſt dummodo totum repudietur, *leg. legatarius 38.*

rimi 38. de leg. 2. *iunct. leg. cùm pater 77. §. ſurdo, de leg.* 2. Ergo non læditur minor qui legatum repudiat, quod agnoſcere non cogebatur etiamſi maior fuiſſet, *l. ſi tibi homo 86. §. cum ſeruus de leg.* 1.

Ratio decidendi. Poteſt quidem qui maior annis legatum ſi velit repudiare, ſed vix eſt vt repudiet quia legatum non poteſt non eſſe lucroſum, *leg. ſi hæreditatem 32. infrà mandat. ſiue quòd ſit donatio. leg. legatum eſt donatio 39. de leg.* 2. Siue quòd nemo legati nomine onerari poſſit ne quidem per fideicommiſſum in plus quàm ex legato acceperit, *leg. filiusfamil. 114. §. apud Marcellum de leg.* 1. *leg. 1. §. ſi is qui ad SC. Trebell.* Læditur ergo minor cùm legatum repudiat, quoniam id facit quod maiores poſſunt quidem, ſed non ſolent facere, *leg. minor. 48. §. final. hoc tit.*

a *Legatum repudiauerit.* Quod ergo ſi minor hæreditatem non legatum repudiauerit? Idem erit. Nam aduerſus repudiationem hæreditatis reſtitui minor poteſt, vt eam adeat, *§. reſtitutus, infrà hoc titul. leg. 1. & 2. Cod. ſi vt omiſſ. hæred.* Sed adhibita tamen diſtinctione, *ſi hæreditas probetur lucroſa nec vlla modo ſuſpecta.* Quæ diſtinctio non adhibetur in legato, quipp e quod ſemper lucroſum eſt, *dicta leg. 32. mandat.* Et ita Cuiacius hic ſentit. Sed ego contra. Quia ſicuti aduerſus agnitionem hæreditatis quantumcunque lucroſæ reſtituendus eſt minor ſi eam ſibi ſuſpectam dicat cùm non ſit cogendus, vt probet ac ne quidem vt alleget quibus ex cauſis ſuſpectam eam habeat, vt dixi ad *§. non ſolum, ex leg. ſi in teſtamento 12. in fin. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. & leg. 4. ad SC. Trebell.* Ita nec præſcribendum eſt hæredi cur velit eſſe hæres quantumlibet damnoſa hæreditas eſſe videatur. Tanti enim hæreditas eſt, quanti eam hæres æſtimat, vt & de legato ſcriptum eſt, in *leg. imperator 70. §. ſi centum. de leg.* 2. Et idonea fit hoc ipſo quòd inuenit hæredem, *leg. libertus 36. de bon. libert.* vt & cùm inuenit emptorem, *l. 3. ad leg. Falcid. leg. qua dotis 33. ſolut. matr.* Sed cur addit Pomponius *ſi ſine dolo malo cuiuſquam.* An quia ſi dolus malus interueniſſet alterius danda eſſet reſtitutio minori ex edicto de dolo non ex capite iſto de minoribus? Minimè. Nam quo caſu maiori neceſſaria eſt actio de dolo ſufficit minori vt ex hac parte edicti poſſit reſtitui, *leg. quidam debitor 38. ſuprà de dolo, lege Diuus Pius 6 in fin. ſuprà de in integ. reſtit.* Sed vt intelligamus reſtituendum eſſe minorem non ſolùm ſi alterius dolo deceptus ſit, ſed & ſi propria ſua facilitate ſine alterius cuiuſquam dolo.

b *Vel in optionis legata captus ſit.* Ratio dubitandi. Non capitur legatarius optionis etiamſi eligat deteriorem. Legata enim optione tam in legato eſt, qui peſſimus quàm qui optimus. Si modò eum legatarius optet præſertim cùm fieri variis ex cauſis poſſit, vt interſit aliquando legatarij eum habere qui peſſimus videatur. Alioqui non legata optio, ſed optimus quiſque ſemper legatus intelligeretur quod falſum eſt, *leg. 2. & paſſ. de opt. legat.* Sed & legata optione certum eſt optandi facultatem primo actu conſumi, vt dixi ad *leg. ſi quis affirmauit 9. §. 1. ſuprà, tit. prox.* Ergo etiamſi minor elegerit deteriorem non eſt reſtituendus.

Ratio decidendi. Non eſt reſtituendus ſi vltrò & conſultò eligat deteriorem ex aliqua iuſta cauſa quem etiam maior fuiſſet ſimiliter electurus, *l. minor. 48. §. fin. hoc titul.* Sed nos hic loquimur de eo qui inconſulta facilitate, & per lubricum ætatis deteriorem elegit quem maior & prudentior factus nunquam elegiſſet atque ita ius optionis ſibi legatæ conſumpſit. Hic enim ob hoc ipſum proculdubio læſus eſt, & conſequenter reſtituendus. Maior non reſtitueretur ſi ſine dolo cuiuſquam elegiſſet deteriorem, *d. l. ſi quis. §. 1. ſuprà, tit. 1.*

c *Vel ſi duas res promiſerit illam aut illam.* Ratio dubitandi. Cùm duæ res alternatiuè promittuntur electio quidem eſt debitoris, *lege plerumque 10 §. vltim. de iur. dot.* Sed tamen vtraque eſt in obligatione, *leg. illud aut illud 25. de pec. conſt. leg. ſi duo rei 128. de verb. oblig.* Licèt vna tantùm ſit obligatio, *leg. cùm illud 25. in fin. quand. dies leg. ced.* Ergo vna ſoluta etiam pretioſiore non eſt audiendus minor ſi velit eam repetere & aliam ſoluere, quia non poteſt dici læſus qui ſoluit, quod debuit atque ita liberationem conſecutus fuit. Imò ſic locupletior quiſquis à debito liberatur, *leg. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.*

Ratio decidendi. Æquè potuit liberari minor ſoluendo rem deteriorem ex duabus illis quarum electionem habuit, quoniam deterior quoque in obligatione fuit non minùs quàm pretioſior. Ergo læſus fuit ſoluendo pretioſiorem. Ac proinde reſtituendus, quia hoc lucrari potuiſſet quantò pretioſior eſt res ſoluta ſi ſoluiſſet deteriorem. Minoribus autem ſubuenitur etiam in lucro vt diximus §. prox. Ex illo enim hic pendet. Quid ſi vtramque ſoluiſſet? Non egeret reſtitutione, quia iure communi poſſet condicere vtram vellet etiam maior condictione ſcilicet indebiti, *leg. pen. Cod. de condict. indeb.*

8 ¶ Quæſitum eſt ex eo, quod in lucro quoque minoribus ſubueniendum dicitur: ſi res eius venierit, & exiſtat, qui plus liceatur: an in integrum propter lucrum reſtituendus ſit: & quotidie prætores eos reſtituunt, vt rurſum admittatur licitatio. Idem faciunt & in his rebus, quæ ſeruari eis debent. Quod circumſpectè erit faciendum. Cæterùm nemo accedet ad emptionem rerum pupillarium, nec ſi bona fide diſtrahantur. Et directè probandum eſt, in rebus, quæ fortuitis caſibus ſubiectæ ſunt, non eſſe minori aduerſus emptorem ſuccurrendum: niſi aut ſordes, aut euidens gratia tutorum, ſiue curatorum doceatur.

Ad §. 8. Quæſitum.

Ratio dubitandi. In lucro quoque minoribus ſuccurrendum eſt, vt diximus in §. præced. Ergo ſi poſt addictionem à minore factam exiſtat aliquis qui plus liceatur multò magis reſtituendus eſt minor, quia hoc caſu non tam propter lucrum reſtitui videtur quàm propter damnum cùm tanto pauperior factus ſit quantò minùs ex rei ſuæ venditione redegit quàm redigi potuerit. Tanti enim quæque res eſſe intelligitur quanti vendi poteſt. Cur non igitur rurſum admittetur licitatio? Nam & fiſco idem conceſſum eſſe creditur intra certa nimirum tempora vt hìc Cuiacius ſcribit ex *leg. ſi tempora 4. Cod. de fid. & iur. haſt. fiſcal. libro 10. titulo 3.* Minùs porro iuris non debet habere minor quàm fiſcus: quandoquidem etiam aduerſus fiſcum minor reſtitui poteſt, vt maior ratio habeatur ætatis quàm fiſci, *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. fiſc.*

Ratio decidendi. Poteſt quidem ex hac cauſa minor reſtitui, ſed tamen non facilè ac temerè, verùm circumſpectè, id eſt, ita demum ſi grande ſit damnum minoris, vt in *leg. ſi ex cauſa 9. in princ. leg. pen. infra, hoc titul.* Alioqui metu reſtitutionis nemo accedet ad emptionem rerum pupillarium vel minoris, nec ſi publicè ac bona fide diſtrahantur: quod tamen ne eueniat intereſt maximè omnium minorum, quibus ea ratione commercio interdici quodammodo videretur, *leg. quòd ſi minor. §. non ſemper, infra hoc titul. leg. pen. Codice, ad SC. Trebell. leg. cùm plures 12. §. 1. de admin. tutor.* Simile quiddam eſt traditum de fœminis in *leg. ſi mulier 11. ad SC. Vellean. & de militibus in leg. Diuus Traianus 24. verſ. nec illorum, infra de teſtam. milit. & in leg. ratas 7. Codice, de reſcind. vend.*

vend. Diſtinguendum igitur eſt, an ea res diſtracta ſit, quam diſtrahi lex prohibet, in quo numero ſunt hodie omnes ferè res pupillorum, vel adultorum, iis exceptis quæ mortales ſunt,& ſeruando ſeruari non poſſunt,poſt conſtitutionem Conſtantini in *leg. lex qua tutores* 22. *Codice,de admin.tutor.* An verò talis res ſit,quam diſtrahere non modò liceat, ſed etiam oporteat. In iis quæ ſunt poſterioris generis diſtrictè obſeruandum eſt, ne minori aduerſus emptorem ſuccurratur,ne aliqui eueniat, vt nemine ad talium rerum emptionem accedente ob metum reſtitutionis neceſſe ſit, eas tandem minori perire. Niſi tamen aut ſordes, aut euidens gratia tutorum aut curatorum doceatur,vt hîc Vlpian. ait: Ergo ſi colluſio tutorum,aut curatorum nulla interceſſerit aliud dicendum eſt,quamvis grande damnum ex ea venditione paſſurus ſit minor. Nam quod contra ſcriptum eſt, in *dicta leg.ſi ex cauſa* 9.*& leg.tutor.*47.*leg.pen.infrà, hoc titul.* Quibus nititur Accurſius,& in *leg.*1.*Cod.ſi aduerſ. vend.p.g.* Ad venditiones priuatas pertinet, non ad publicas auctiones, quarum vtique maiorem vim eſſe conuenit propter haſtæ publicæ fidem & auctoritatem, *leg. quæcunque* 5.*& ſeq.Cod.de fid.& iur.haſt.fiſc.*Poteſt enim minor cauſari rem ſuam pluris fuiſſe, pluriſque vendi potuiſſe, ſi in publicam venditionem expoſita fuiſſet, quoties priuatim facta venditio eſt,quod ſimiliter allegari non poteſt ſi publicè & ſubhaſta fieri eam contigerit. Et verò qua tandem ratione ſciri meliùs poteſt,verum rei pretium quàm ſi ſubhaſta, & publicè res vendenda exponatur. Aut quando verum erit, tanti reuera rem eſſe,quanti vendi poteſt.ſi etiam facta publica venditione audiendus adhuc eſt, qui allegat rem pluris vendi potuiſſe. Quare nec puto poſſe hoc caſu locum eſſe remedio nouo, *leg.*2.*Cod.de reſcind.vend.* Niſi cùm ſub nomine ſubhaſtationis publicæ locus & color fraudibus quæſitus eſt,vt ait *leg.ſi quos* 16.*Cod.eod.titul.* De qua re ſcripſi in Decad.Nec minùs falſum eſt,quod vult Cuiacius poſt addictionem factam à fiſco admitti licitationem intra certa tempora. Nam quod affert ex *d.l. ſi tempora.* non pertinet ad licitationem factam poſt adiectionem, vt ille interpretatur, ſed ad eam quæ facta ſit ante addictionem, & intra tempora auctionis, vt nominatim lex ait. Neque aliter poſſet ius conſtitui ſine magna fiſci iniuria nemine ad rerum fiſcalium emptionem acceſſuro, vt de minore diximus. Quod ſi res minoris talis fuit quàm ei ſeruari oportuit, & quæ tamen ex iuſta aliqua cauſa diſtracta ſit, putà decreto prætoris interueniente, quod vtique hoc caſu neceſſarium eſt, faciliùs quidem eſt, vt minori ſubueniatur, id eſt, etiam ſi nulla tutoris aut curatoris gratia & colluſio probetur,ſed tamen circumſpectè, vt diximus, id eſt, non aliter quàm ſi grande minoris ſit damnum.

9 ¶ Reſtitutus autem,cùm ſe hæreditati miſceat, vel eam adeat,quam repudiauit, rurſus reſtitui poterit,vt ſe abſtineat,& hoc & reſcriptum,& reſponſum eſt.

Ad §.9. Reſtitutus autem.

Ratio dubitandi. Non poteſt in vna eadémque cauſa ſæpius reſtitutio in integrum poſtulari,*tot.titulo, Cod. ſi ſæpius in integrit.reſtit.poſſ.* Ergo non poteſt fieri, vt qui reſtitutus fuit ad hæreditatem amplectendam quam priùs omiſerat,poſtea reſtituatur ad eadem hæreditatem omittendam aut contrà.

Ratio decidendi. Non intelligitur ſæpiùs peti reſtitutio in vna eadémque cauſa cùm petitur ad adeundam, primùm & rurſus ad repudiandam eandem hæreditatem, aut ad repudiandam eam primum, deinde ad eandem adeundam. Alia enim cauſa eſt adeundæ: alia repudiandæ hæreditatis,tametſi eiuſdem poteſtatis ſit hæreditatem adire & repudiare, *leg. ut poteſt* 18. *de acquir. hæred.* Ergo nihil vetat in duplici hac cauſa duplicem quoque reſtitutionem peti, *leg.*2. §. *ſi bonorum infrà ad SC. Tertyll.* Quare nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat ex Paulo, *libro* 1. *ſentent.* Integri reſtitutionem plus quàm ſemel concedendam non eſſe. Id enim ſic accipi debet,vt in vna eadémque cauſa non debeat bis concedi. Non poteſt autem eadem eſſe cauſa,vbi duplex læſio interuenit, quæ duplicem præbet materiam reſtitutionis, *leg. doli* 19.§.*diuerſum de nouat.* Dices, non poſſe fieri, vt quis lædatur dupliciter adeundo & repudiando eandem hæreditatem: cùm ſi fuerit lucroſa, lædi tantum potuerit repudiando ſi damnoſam tantùm adeundo. Reſpondeo hoc fieri ex eo quod diximus in præcedentibus hæreditatem pro lucroſa vel damnoſa haberi pro arbitrio, & opinione illius qui eam vel acquirere vel amittere quod non eſt in cæteris rebus,quarum vera æſtimatio pendet ex ipſa rei veritate, non ex ſingulari huius vel illius opinione,*leg.ſi ſeruum* 33.*ad leg.Aquil. leg.pretia rerum* 63.*ad leg. Falcid.* Dices, ita fieri ludibrio leges ſi eidem perſonæ liceat ſæpiùs eandem,& amplecti, & reſpuere hæreditatem, vt Iuſtin. loquitur in *lege vltim.*§.*vlt.Codice,de bon.quæ lib.* Vbi ob hanc cauſam prohibet,ne filius aduerſus paternam aditionem reſtitutus poſſit rurſus ad repudiandam eam reſtitui aut contra. Reſpondeo ſpecialem illius conſtitutionis rationem eſſe propter auctoritatem conſilij & iudicij paterni, cuius fructu æquum eſt in perpetuum priuari filium, qui ſemel illud temerè aſpernatus eſt, vt bene hîc Accurſ.tractat,& longè meliùs quàm Thalelæus & Cuiacius qui legem illam Iuſtiniani cum hoc §. pugnare arbitrantur. At meliùs Cuiacius quàm Accurſius in eo quod ait ſententiam tituli, *Codice,ſi ſæpiùs in integ.reſtit.* Poſt eam eſſe, vt vna eadémque cauſa petita in integrum reſtitutione & petitore repulſam paſſo fruſtrà iterum petatur reſtitutio, niſi nouæ defenſiones & reſtitutionis rationes proferantur.Nam quòd Accurſius diſtinguit an reſtitutio primùm conceſſa fuerit, an denegata ſeparátque ſententiam ab actione propter auctoritatem rei iudicatæ,nullam certè habet rationem. Debuit enim diſtinguere potiùs cauſam hæreditatis à rebus cæteris,vt oſtendimus.

10 ¶ Sed quod Papinianus lib.2. reſponſorum, aut minori ſubſtitutum ſeruum neceſſarium, repudiante quidem hæreditatem minore, neceſſarium fore: & ſi fuerit reſtitutus minor liberum nihilominùs manere: ſi autem priùs minor,adiit hæreditatem, mox abſtentus eſt: ſubſtitutum pupillo ſeruum cum libertate, non poſſe hæredem exiſtere, neque liberum eſſe, non per omnia verum eſt: nam ſi non eſt ſoluendo hæreditas [a],abſtinente ſe hærede,& D.Pius reſcripſit & Imperator noſter,& quidem in extraneo pupillo [b], locum fore neceſſario ſubſtituto: & quod ait liberum manere: tale eſt, quaſi non & hæres maneat, cùm pupillus impetrat reſtitutionem: poſtea quàm abſtentus eſt [c]. Cùm enim pupillus hæres non fiat, ſed vtiles actiones habet: ſine dubio hæres manebit qui ſemel extitit [d].

Ad §.10. Sed quod Papinianus.

a *Nam ſi non eſt ſoluendo hæreditas.* Ratio dubitandi. Subſtitutus vulgaris, de quo in hoc §. fit mentio, non vocatur ad hæreditatem niſi ſub ea conditione, *ſi primus inſtitutus hæres non erit, lege 1. & paſſ. de vulg. & pup. ſubſt.* Atqui cùm minor hæres inſtitutus adiit hæreditatem, mox abſtentus eſt per in integrum reſtitutionem non eò minùs verum eſt hæredem eſſe & manere illum qui ſemel adiit: quoniam qui ſemel hæres fuit ſemper hæres perſeuerat, *lege ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtit.* Ergo non poteſt fieri, vt neceſſarius ſubſtitutus admittatur ex ea vulgari ſubſtitutione. Atque ita Papinianus & putabat & ratiocinabatur.

Ratio decidendi. Bona eſt ratiocinatio cum hæreditas eſt ſoluendo, ſed cum non eſt ſoluendo abſtinente hærede, cuius aditio fecerat eam idoneam, & ſoluendo reſcriptum eſt ab Imperatoribus perinde locum debere eſſe ſubſtituto neceſſario atque ſi adita nunquam fuiſſet hæreditas. Ne ſcilicet nudum nomen hæredis, qui poſt reſtitutionem habetur pro non hærede, quantum ad prætorem noceat defuncto, cuius oſſibus & cineribus infamia inureretur ſi ſubſtitutus non admitteretur: quandoquidem æquè facienda eſſet venditio bonorum ſub nomine defuncti, *lege ſi non expedierit 6. leg. paterfamil. 28. de reb. auctor. iudic. poſſ.* Itaque cum ea ratio quæ vſum neceſſariorum ſeruorum, & inſtituendorum & ſubſtituendorum induxit locum hoc caſu habeat iuſtiſſimè Imperatores neceſſario ſubſtituto locum fieri voluerunt. Nam nec nondum nomen hæredis aliàs nocere ſolet, *lege 2. §. ſed ſi ſint ſui hæredes & §. ſi bonorum, ad SC. Tertyll. annum leg. etſi ex modica 6. §. filius de bon. libert. leg. ex contractu 44. de re iudic. leg. ſi minor. 61. de acquir. hæred.* Dicat aliquis conditionem illam vulgaris ſubſtitutionis, *ſi hæres primus non erit*, videri exiſtere, cùm hæres inſtitutus poſt aditionem abſtinet beneficio reſtitutionis. Nec enim veriſimile eſt teſtatorem qui id maximè agebat vt hæredem haberet, ſed cuius nomine bona venderentur, aut qui creditoribus ſatisfaceret de illo hærede ſenſiſſe, qui nomine tantùm hæres eſſet, quique bonorum venditionem proprio nomine pati non cogeretur: In conditionibus autem certum eſt, voluntatem teſtatoris potiſſimùm inſpiciendam eſſe, *leg. in conditionibus 19. in princ. & §. ſi patronus de condic. & demonſtrat.* Nullo igitur opus fuiſſe Imperatorum reſcripto, vt ſubſtitutus neceſſarius admitteretur, nec ſi hæreditas ſoluendo eſſet. Reſpondeo in aliis ſubſtitutis non neceſſariis ita eſſe, quia prætor qui hæredem ſe abſtinentem non habet pro hærede poteſt vtiles actiones ſubſtituto dare, quem habet hæredis loco. At in ſeruo neceſſario ſubſtituto aliud eſſe: quoniam ſerui perſona penitus eſt incognita iure prætorio & magis quàm iure ciuili. Nam iure ciuili, id eſt, ex lege Ælia Sentia poteſt ſeruus hæres eſſe neceſſarius, ſiue inſtitutus ſit ſiue ſubſtitutus, dummodo alius hæres nullus ſit, nec eſſe poſſit, *lege ſi is qui ſoluendo 55. leg. 57. & dicta lege, ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtit.* At iure prætorio ſeruus bonorum poſſeſſor neceſſarius fieri nunquam poteſt, ſiue tutus, ſiue ſubſtitutus proponatur. Neceſſe igitur eſt eum aut hæredem eſſe, & quidem neceſſarium, aut nihil. Atqui non poteſt hæres eſſe neceſſarius cùm ab alio fuit adita hæreditas. Quia cum is qui adiit, remaneat ſemper hæres iure ciuili, etiam poſtquam beneficio reſtitutionis ſe abſtinuit, impedit ſemper ne ſeruus neceſſarius hæres eſſe poſſit. Nec enim poſſunt duo iure ciuili in ſolidum hæredes eſſe, *lege quod contra 141. §. non duo de reg. iur.* Neceſſarium igitur fuit reſcriptum Imperatorum, vt ſeruus ex ſubſtitutione admitti poſſet, & neceſſariò reſtringendum ad eum caſum quo hæreditas ſoluendo non eſſet, ne alioqui iuris ratio nimis apertè violaretur. Sed quomodo potuerunt Imperatores facere, vt alio iam hærede exiſtente neceſſarius ſubſtitutus admitteretur, cùm facere non potuerint, vt duo in ſolidum hæredes eſſent? Quod vtique implicat contradictionem. Reſpondeo non feciſſe Imperatores, vt ſubſtitutus ſeruus hæres eſſet, ſed tantum vt haberet vtiles actiones, et nimirum dandas à prætore, quomodo & eas prætor dat pupillo aut minori, qui poſteà quàm repudiauit hæreditatem reſtitutus eſt ad eam adeundam poſtea quàm fuit agnita iam a ſubſtituto, vt ſequitur in hoc §. Atque hic fortaſſe vnus eſt ex iis caſibus, quibus prætor cogitur dare bonorum poſſeſſionem, de qua in titulo, vt ex lege Senet. & cerſt. Non enim alia ratione poteſt ſuccurri huic ſubſtituto, quàm datis ei a prætore vtilibus actionibus, *leg. 2 §. interdum de vulg. & pupill. ſubſt.* Cæterùm de tota huius §. quæſtione. An vulgaris ſubſtitutio, quæ per aditionem inſtituto poſtea hærede ad abſtinendum reſuſcitetur, quod Bartholus credidit. An potiùs fiſco bona vacantia deferantur, vt voluit Cuiacius ſcripſi fuſiſſimè nec inſubtiliter, vt mihi quidem videtur, *lib. 3. conſect. cap. 4.*

b *Et quidem in extraneo pupillo.* In quo dubitandi ratio idcirco maior erat, quod extraneus pupillus non eſt hæres ipſo iure vt ſuus, ſed eſt hæres facto ſuo per aditionem, ideóque difficiliùs eſt, vt habeat eum prætor pro non hærede, quia prætori propoſitum eſt, liberos ab oneribus hæreditatis non ſponte ſuſceptis liberare, non autem extraneos ab iis, quæ ſponte ſuſceperunt, *lege ſi filius 12. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. leg. paterfamilias 28. de rebus auctor. iudic. poſſeſſor.* Vnde eſt quod ſuis hæredibus, nec pupillis tantùm, ſed etiam maioribus dat beneficium abſtentionis citra reſtitutionem: extraneis verò non niſi petita reſtitutione, vt ſupra diximus ex *leg. ei qui 12. iunct. lege præcedent. lege neceſſarius 57. de acquir. hæred.*

c *Poſteaquam abſtentus eſt.* Verba ſunt imperiti interpretis. Nam nec Papinianus locutus fuerat de ſuo pupillo aut minore, ſed de extraneo, qui proinde non ſe abſtinere dicitur, ſed repudiare, quod probant verba illa, *repudiante quidem hæreditatem minore.* Niſi cùm extraneus reſtituitur ad omittendam hæreditatem quam adierat, quo caſu nihilominus hæres manet, quia ſemel fuit. Similiter hæres manet ſuus pupillus, qui ſtatim & ipſo iure hæres fuit, *leg. cùm quaſi 30 §. ſed & ſi ſuus de fideicom. libert.* Etiamſi ante immixtionem ſe abſtinuerit, nec vnquam hæres eſſe voluerit. Quantò magis ſi poſt abſtentionem velit hæres eſſe, vt in hoc §. Itaque non poſſunt verba illa Vlpiani quæ ſequuntur, *Cùm enim pupillus hæres non fiat*, vera eſſe in ſuo hærede pupillo. Non magis quàm in pupillo extraneo præcedentia iſta, *poſteaquam abſtentus eſt.* Niſi cum Cuiacio reſpondeas dixiſſe Vlpian. *abſtinere*, pro *repudiare*, quod non eſt probabile. Similis, ſiue eiuſdem, ſiue alterius interpretis audacia fuit, qui in *dicta leg. paterfamil. 28. de rebus auctor. iudic. poſſ.* adiecit verba illa, *poſteaquam filius ſe immiſcuit paternæ hæreditati*, vt docuimus 2. *Conſect. 2.*

d *Hæres manebit qui ſemel extitit.* Ratio dubitandi. Euenit pleriſque caſibus, vt qui ſemel hæres fuit, deſinat hæres eſſe. Vt putà ſi teſtamentum ex quo hæres adierat hæreditatem, poſteà inofficioſum pronunciatum ſit, *leg. in ſubſtitutione 31. de vulg. & pup. ſubſt.* Aut ſi hæres qui adiit hæreditatem, poſtea fiat ſeruus, *l. ex facto 43. §. vltim. eod.* Aut ſi pater qui ſuum hæredem reliquerat damnatus ſit perduellionis poſt mortem ſuam, *§. per contrarium 5. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. def.* Ergo & hoc caſu nihil vetat eum qui ſemel hæres fuit deſinere eſſe hæredem.

Ratio decidendi. Tres caſus ſuperiores habent rationem ſpecialem, quæ non ex poteſtate, ſed ex impotentia potiùs iuris proficiſcitur. Nec enim ius ipſum facere poteſt, vt ex teſtamento, quod per querelam inofficioſi ruptum fuit hæres quiſquam eſſe poſſit, aut vt hæres maneat qui liber non manet: Aut denique, vt filius maneat ſuus hæres patris, qui poſt mortem ſuam damnatus

natus perduellionis non alium ſucceſſorem habere vnquam potuit, quàm fiſcum. Sed extra hos caſus, nunquam is qui ſemel hæres fuit, poteſt deſinere eſſe hæres, nec ſi ad eum caſum res perueniat à quo non potuit incipere, *leg. ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtit.* In caſu autem noſtro nihil prohibet hæredem manere eum qui ſemel adiit, quamvis poſteà abſtentus ſit per in integrum reſtitutionem. Cùm prætor ſicut hæredis nomen dare non potuit, *§. quos autem inſtit. de bon. poſſ.* Ita neque adimere, vt iam dixi. Ex quo non malè notat Accorſ. Non ſemper reſtitutionem in integrum reponere omnia in priſtinum ſtatum. Quia cùm ſit ex iuriſdictione prætoris non aliud facere poteſt quàm quòd prætor. In effectu tamen verum eſt, hoc quoque caſu omnia reponi in priſtinum ſtatum, quia is cui prætor dat vtiles actiones effectu ipſo ſi non hæres ſaltem hæredis loco eſt: cùm præferatur habenti directas. Directæ enim poſſunt eſſe inutiles & inefficaces: Alioqui vtiles dici non poſſent, *l. in cauſa 27. in fin. ſupr. de procur. l. 1. §. vlt. ſi ag. vectig. l. ita tamen 27. §. qui ex Treb. ad SC. Treb.* Sic & iam olim quoties quæſtio erat inter duos dominos bonitarium vnum, Quiritiarium alterum bonitarius Quiritiario præferebatur, vt Vlp. ſcribit 10 titulis, *tit. 19. de acq. rer. l. doce ancillam 9. C. de re vind.*

11 ¶ Item ſi non prouocauit, intra diem, ſubuenitur, *vt prouocet* finge enim hoc deſiderare a.

Ad §. 11. Item ſi non prouocauit.

Ratio dubitandi. Tempora ipſo iure non currunt pupillis, at neque minoribus ſaltem hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *lege vltim. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſt. non eſt neceſ.* Iis nimirum caſibus quibus reſtitui pupillus vel adultus poſſet aduerſus lapſum temporis. Ergo nulla reſtitutione indiget, vt prouocare poſſit minor condemnatus.

Ratio decidendi. Et olim neceſſaria fuit minori reſtitutio, vt ex hoc loco conſtat, & ex *lege vltim. ſuprà de reſt. in integr. leg. 1. C. ſi ſæp. in integr. reſt. poſtul.* & etiam hodie neceſſariò eſt iure ſpeciali propter auctoritatem iudiciorum, vt ait Accurſius ex *l. properandum 13. §. vlt. Codice, d. l. vlt. & §. pupillis N. nel. 1. de hered. & falcid.* Iure quæ rei iudicatæ, *leg. ſi fideiuſſor conuentus 29. §. in omnibus mandat. leg. ſi fundus 16. §. ſi pluris de pign. l. ſeruo inuito 65. §. cum prætor. ad Treb.* Cætera dicemus ſi Deus volet in Rationalibus ad Codicem, in *d. leg. vlt. in quib. cauſ. reſt. in integr. neceſſ. non eſt.* Aduerſus ea quæ Cuiacius hoc loco ſcribit.

a *Finge enim hoc deſiderare.* Si enim mallet reſtitui aduerſus rem ipſam iudicatam audiendus eſſet ob priuilegium ætatis. In quo diſſiciunt minores à maioribus, qui tum quoque cum iuſtam cauſam habent petendæ reſtitutionis, vt putà ſi reip. abſuerint, non tamen reſtituuntur ad hoc vt reſcindatur iudicatum, ſed tantùm vt poſſint appellare, *d. l. vlt. ſuprà de reſt. in integ.* Sed nemo dixerit prohibendum minorem, vti iure maioris ob id ſolùm, quòd tanquam minor poſſit aliam & fauorabiliorem reſtitutionem implorare.

12 ¶ Item & *in eremodiciis* [b] ei ſubuenitur. Conſtat autem omnis ætatis hominibus [c] reſtaurationem eremodicij præſtari, ſi ſe doceant ex iuſta cauſa [d] abſuiſſe.

Ad § 12. Item &.

Ratio dubitandi. Contra pupillum indefenſum vel minorem annis 25. qui curatorem non habeat propoſitum edictum peremptorium nihil momenti habet, *leg. contra pupillum 54. de re iudic.* Et conſequenter nullus hoc caſu poteſt locus eſſe reſtitutioni, cum minor ſit ipſo iure munitus, *l. in cauſa 16. infrà hoc tit.* Quòd ſi pupillus minórve habeat tutorem vel curatorem, qui modò ſit ſoluendo certum eſt non dandam reſtitutionem, *l. properandum 13. §. vlt. C. de iudic.* Ergo nullo caſu minori in eremodiciis ſubuenitur.

Ratio decidendi. Ante Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat in *dict. §. vltim.* Reſtituebatur minor aduerſus eremodicium, etiamſi tutorem haberet vel curatorem, vt hic locus probat, *& tot. tit. C. ſi tut. vel cur. inter.* Hodie aliud eſt poſtquam ita placuit Iuſtiniano propter authoritatem iudiciorum, vt proximè diximus. Et tamen etiam Iuſtiniani conſtitutio dat minoribus ex hac quoque cauſa reſtitutionem, ſi tutor vel curator non ſit ſoluendo.

b *In eremodicijs.* Eremodicium non vadimonij vt Haloander credidit, ſed litis deſertio eſt, & ideò cum vadimonium à reo dumtaxat deſeratur non ab actore: eſt enim vadimonium ſatiſdatio iudicio ſiſtendi cauſa, quam non actor, ſed reus præſtat,) eremodicium tamen contrahitur æquè ab actore, atque à reo & contrà, vt bene Cuiac. contra Goueanum, & alios diſputat ex *dicta leg. properandum, ſit autem, §. cum autem eremodicium, iuncta leg. cum quærebatur 13. iudic. ſolut.* Deſertione litis moritur lis, non etiam ſertione vadimonij, *l. 2. iud. ſolu. & d. leg. properandum.* Et ideò aduerſus eremodicium reſtitutio præſtatur, aduerſus vadimonij deſertionem, non item cùm poſſit reo ſatis cautum eſſe oppoſita exceptione: ſi qua æquitas quæ pro eo faciat contra actorem. Præſtatur autem reſtitutio aduerſus eremodicium, non tantum minoribus, ſed etiam maioribus quibuſcunque, ſi modò ſe ex iuſta cauſa abfuiſſe doceant, vt hæc lex ait. Galli eremodicium vocant per emptionem inſtantiæ. Aliud tamen lis eſt, aliud inſtantia. Poteſt enim inſtantia perire ſalua lite, non contra.

c *Omnis ætatis hominibus.* Eremodicium cùm nihil aliud ſit quàm litis deſertio, vt proximè interpretati ſumus contumacia eſt: quamvis non è contrario quælibet contumacia eremodicium ſit. Vnde & Cuiac. putat de eremodicio accipiendum eſſe, quod ſcriptum eſt in *l. contumacia 53. de re iud.* iunct. *l. contra 54. in fin. eo.* Atqui priuilegium minoris eſt, vt etiamſi quaſi contumax condemnatus ſit, in integrum tamen reſtitutionis auxilium habeat, vt ſequitur in *l. prox.* Ergo non omnis ætatis hominibus idem beneficium tribuendum eſt.

Ratio decidendi. Differunt hac parte minores à maioribus in eo quod minores paſſim & omnimodo reſtituuntur tanquam læſi hoc ipſo, quòd eremodicium contraxerint, etiamſi nullam iuſtam habuerint cauſam abſentiæ: Maiores verò non aliter quàm ſi doceant ſe ex iuſta cauſa abfuiſſe.

d *Ex iuſta cauſa.* Ratio dubit. Pœnam contumacis non patitur is quem aduerſa valetudo maioris cauſæ occupatio defendit, *l. contumac. 53. §. pœnam de re iud.* Atqui eremodicium contumacia eſt, vt proximè diximus. Ergo nulla reſtitutione indiget is qui iuſtam abſentiæ cauſam habuit, ſiue maior ſit, ſiue minor.

Ratio decidendi. Si conſtet de cauſa abſentiæ priuſquam ex eremodicio iudicetur, nulla reſtitutione opus eſt, quia nec cõtumacia vlla eſſe intelligitur *d. §. pœnam.* Sed ſi abſente actore aut reo ſententia lata ſit, cùm nemo abſentiæ cauſas pro eo allegaret, vt in *leg. pen. §. 1. de publ. iud.* Reſtitutio neceſſaria eſt, ſed ad appellandum non ad eremodicium reſtaurandum, *l. vlt. ſupr. de reſtit. in int.* Quod ſi nondum quidem res iudicata ſit, eremodicium tamen iam contractum fuerit, neque appellari poteſt, neque proinde reſtitutio peti ad appellandum, *leg. ex conſenſu 23. §. vlt. de appell.* Sed eremodicij reſtauratio

præſtanda

præſtanda eſt, vt hîc Vlpianus ait, quod ſit citra reſtitutionem. Pronunciatur enim probatis cauſis iuſtis abſentiæ cremodicium nullum contractum eſſe.

8. HERMOGENIANVS lib. 1. Iuris Epitomarum.

MInor, etiamſi quaſi contumax condemnatus ſit, in integrum reſtitutionis auxilium implorabit.

Ad l. Minor etiamſi 8.

Ratio dubitandi. Contumacia nulla eſt ſine dolo. Non enim poteſt dolo carere qui imperio magiſtratus non paruit, *leg. non poteſt* 199. *de reg. iur.* Atqui minor aduerſus dolum ſuum nunquam reſtituitur, *leg. prox. §. nunc videndum. infr.* Ergo non eſt danda reſtitutio minori, qui quaſi contumax condemnatus fuit.

Ratio decidendi. Minor non poteſt eſſe contumax, *lege contra pupillum* 54. *de re iudic. leg.* 4. *Codice, ſi aduerſ. rem iudic.* Ideóque bene Hermogenianus in hac lege *quaſi contumax.* Et tamen ſi ſit condemnatus rei iudicatæ auctoritas facit, vt ſit ei neceſſaria reſtitutio, quia poſtquam iudicatum eſt, non quæritur qua ratione, ſed quid iudicatum ſit. Verum autem eſt, minorem eſſe condemnatum. Neceſſe igitur eſt, vt iudicatum reſcindatur vel per reſtitutionem in integrum, vel per appellationem ſi id minor malit. *leg. vltim. ſuprà de in integ. reſt. leg. prox. §. pen. ſupr. hoc tit. leg.* 1. *Codic. ſi ſæp. in integr. reſt. poſt.* Quorum neutrum permittitur ei qui verè contumax eſt. Contumacia enim omnimodo litis damno coërcetur, *leg. contumacia* 53. *de re iudic.* Nec is qui contumax eſt, vnquam auditur appellans, *leg.* 1. *leg.* 4. *Codice, quor. appel. non recip. leg. properandum* 13. §. *& ſi quidem, Codice, de iudic. leg. & poſt edictum* 73. §. *vltim. infrà de iudic.* Hodie tamen hoc iure vtimur, vt contumacia quælibet expenſarum refuſione ſola purgetur. Quæ refuſio ſi agatur contra pupillum, vel adultum non ab ipſo pupillo vel adulto facienda eſt, ſed à tutore ipſius aut curatore, quem pupillo vel adulto datum fuiſſe ponendum eſt, vt de minoris contumacia tractari poſſit, *d. l. contra* 54. *de re iud.* Quémque propriæ negligentiæ pœnas luere æquum eſt, *l. non eſt ign.* 6. *C. de adim. tut. d. l. proper.* 13. §. *vlt. Cod. de indic.* potiùs quàm minorem, qui ſui defenſor idoneus non eſt, *l. ſi minor.* 5. *de reb. aut. iud. poſſ.*

9. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SI ex cauſa iudicati [a] pignora minoris capta ſint, & diſtracta: mox reſtitutus ſit aduerſus ſententiam præſidis, vel procuratoris Cæſaris: videndum, an ea reuocari debeant quæ diſtracta ſunt [b]. Nam illud certum eſt, pecuniam ex cauſa iudicati ſolutam ei reſtituendam [c] ſed intereſt ipſius, corpora potiùs habere, & puto interdum permittendum, id eſt, ſi grande damnum ſit minoris. [d]

Ad leg. Si ex cauſa 9.

Ratio dubitandi. Minor non eſt reſtituendus, niſi quatenus læſus fuit, & conſequenter contra eum à quo læſus fuit, non aduerſus eum cum quo nihil geſtum eſt, *l. aut prætor.* 7. *in pr. ſupr. h. tit.* Atqui is qui emit pignora diſtracta ex cauſa iudicati nihil geſſit cum minore. Nec poteſt ei imputari cur emerit rem minoris, etiamſi talis res eſſet, cuius diſtractio ex oratione Seueri prohiberetur, quoniam ea oratio non pertinet ad prædia, quæ auctoritate prætoris vel iudicis in iudicati executione diſtrahuntur, *l.* 3. §. *pign. de reb. eor. qui ſub tut. l.* 1. *C. de præd. min.* Alioqui nulla erit auctoritas rei iudicatæ ſi non mandetur executioni: nec rurſus executio vlla fieri ſi metu reſtitutionis nemo reperiatur, qui velit accedere ad pignorum emptionem, *d. l.* 7. §. *quæſit. ſuprà hoc tit.* Satíſque minori eſſe debet, quòd impetrata reſtitutione aduerſus ſententiam, & ita reſciſſo iudicio paratam habeat actionem in eum qui vicerat, pignorúmque captionem, & diſtractionem vrſerat, vt præſtet quidquid intereſt minoris, præſertim ſi ponas eum eſſe ſoluendo (nam ſi ſoluendo non eſſet faciliùs ſuccurreretur minori, ne in damno moraretur) Nec ſimile eſt, quod ſcribitur in *leg. ſi cùm nulla* 58. *de re iud.* Si cùm nulla ſententia præceſſiſſet, capta ſint & diſtracta poſſe illa reuocari. Ponimus enim ſententiam præceſſiſſe, & quidem nonnullam, ſed validam, & contra minorem latam auctore, tutore, vel curatore. Alioqui nec eſſet vlla reſtitutio neceſſaria, *l.* 4. *Cod. ſi aduerſ. rem iud.*

Ratio decidendi. Non facilè quidem reſtituitur minor aduerſus venditionem pignoris factam ex auctoritate iudicis: ſed tamen ex cauſa reſtituendus eſt. Cauſa verò iuſta ſubeſſe intelligitur non ſolùm ſi aliqua tutoris vel curatoris colluſio interueniſſe probetur, *d.* §. *quæſitum in fin.* Sed etiam ſi eius intereſſit habere potius corpora, & grande damnum ex einſmodi venditione minori accedat, *l. pen. h. t. l.* 1. *C. ſi adu. ven. pig.* Ergo ſi nihil aliud alleget minor, niſi quod ſua intereſſit corpora quæ diſtracta ſunt habere potius, quam redactum ex iis pretium non erit audiendus: licèt aduerſus priuatas venditiones, etiam ex hac cauſa reſtituatur, *l. ſi in empt.* 35. *h. t.* Ne alioqui metu reſtitutionis executio iudicati impediatur, vt diximus. Et hoc iure quotidie vtimur, vt tum quoq; cùm in executione prouiſionalis, vt vocãt adiudicationis pignora diſtrahuntur, emptor nunquam inquieretur nec ſi prouiſionalis adiudicatio per diffinitiuam ſententiã reuocetur, adeóq; nec ſi dolus interueniat aduerſarij quo poſtulante facta vẽditio fuit ſi non emptor quoque dolum illũ participauerit, *l. vlt. & paſſ. C. ſi vend. pig. ag.* Quãdo igitur grande damnum minoris eſſe probabimus? An eo demum caſu quo res magni momenti, & valoris minimo pretio diſtracta ſit? Nequaquam. Is enim qui poſtea quam vrſit diſtractionem pignorum ſuccubuit in cauſa reſtitutionis tenetur reddere minori, non modò pretium ab emptore ſolutum, ſed etiam quantò pluris res fuit, cum reſtitutio quælibet pleniſſimam debeat indemnitatem afferre. In eo autem quod intereſt ſaltem iuſtum pretium ſemper continetur, *l.* 1. *de act. empt. l. in interdict. vnd. vi.* Ita ergo reſtituendus erit minor contra emptorem, ſi aduerſarius non ſit ſoluendo, ita vt alioqui non modò damnum aliquod paſſurus ſit minor, quod non ſufficeret, ſed etiam grande damnum. Quo caſu tamen reſtituetur, non vt quod iuſto pretio deeſt ſuppleatur, ſed vt res ipſa reddatur. Duo igitur probare minor debebit, & ſua intereſſe, vt corpora potiùs quàm pretium habeat, quod non ſemper contingit, & grande damnum ſe incurſurum ſi non reſtituatur. Atque huic interpretationi conuenit vtraque lectio & vulgaris, & Florentina.

a *Ex cauſa iudicati.* Ergo loquitur hæc de pignore iudiciali, de quo in titul. *Codic. ſi in cauſ. iud. pig. capt. ſit.* Quid ergo in pignore conuentionali? Si à minore ipſo conſtitutum ſit minùs dubitationis res habet, quin reſtitui poſſit aduerſus venditionẽ pignoris, id eſt, aduerſus

emptorem, quia rei iudicatæ auctoritas hîc nulla eſt, quæ ſola pignoris iudicialis venditionem difficiliorem facit, & de hoc pignore accipienda eſt, *leg. 1. C. ſi aduerſ. vend. pig. l. ſi creditor 7. §. 1. de diſtract. pig. leg. 2. C. de præd. min.* In quo tamen dubitandi ratio illa occurrit, quod cum pignus conuentionale diſtrahitur à creditore iure creditoris emptor non tam à creditore cauſam habet, quàm ab ipſo debitore, idcóque nec ab alio debitoris creditore, nec ab ipſo debitore euicti ei poteſt, *leg. 1. C. ſi antiq. cred. pig. vend.* & quamvis creditor non ſit dominus transfert dominium in emptorem, quia vendit ex domini voluntate, *§. 1. inſt. quib. al. licet.* Nulla igitur ratio eſt, cur aduerſus emptorem minor reſtituatur, niſi ponas in hoc ipſo circumſcriptum fuiſſe minorem quòd pignus dederit, quod nos hîc non ponimus. Alioqui non aduerſus venditionem, ſed aduerſus dationem pignoris eſſet reſtituendus. Sed reſpondendum eſt rationem hanc facere, vt non facilè ſit reſtituendus, hoc etiam caſu, ſed ita demum ſi eius interſit maximè ob damnum grande, quod alioqui paſſurus eſſet, non autem vt nullo caſu reſtitui debeat, *d. l. 1.* vbi illud obſeruandum eſt, non illud etiam requiri quod in hac lege requiritur ad reſtituendum minorem aduerſus venditionem pignoris iudicialis, vt eius interſit habere corpora: quia difficilior eſt, & eſſe debet reſtitutio, de qua in hac lege propter auctoritatem, vt diximus rei iudicatæ. Quòd ſi pignus conuentionale non à minore conſtitutum ſit, ſed à maiore cui minor ſucceſſerit, ſiue pater ille fuit, ſiue extraneus nullomodo danda ei eſt reſtitutio, *leg. 2. C. h. tit. l. Æmil. 38. infr. hoc tit.* Quia nihil hoc caſu geſtum eſt cum minore. Dices, cur non ergo idem dicimus vendito pignore iudiciali, vt nullo caſu reſtitutio minori concedatur? Nam nec eo caſu quidquam minor geſſit: aut cur non diſtinguimus, vt in pignore conuentionali an debitum contractum fuerit à minore an à maiore? Reſpondeo, cùm pignus iudiciale capitur & diſtrahitur, licèt fiat vtrumq; ex auctoritate iudicis, perinde tamen habendum eſſe, ac ſi à minore ipſo factum eſſet, quia in vicem iuſtæ obligationis ſuccedit auctoritas iubentis, vt ait *leg. 1. C. ſi in cauſ. iud. pig. capt.* & vt dici ſolet factum iudicis eſt factum partis, *l. ſi ob cauſam 13. C. de euic.* Ob idque poteſt etiam creditor ipſe pignus emere, *d. l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iud. pig. capt. ſit, l. cum bona 16. de reb. aut. ind. poſſ.* aliàs lex 1. *de priuil. cred.* quod vtiq; facere non poſſet, ſi idem venditor eſſe intelligeretur, *l. & qui ſub imagine 10. C. de diſtract. pign.* Nec enim idem venditor & emptor eiuſdem rei eſſe poteſt, *l. 1. de rer. perm.* Inde igitur fit vt cum quoque cum debitum pro quo pignus iudiciale capitur, contractum fuit à maiore, pignus tamen ab ipſo minore conſtitutum intelligatur, quia non incipit à die debiti cõtracti, ſed à quo die res pignori capta eſt, *l. à D. Pio 15. de re iudic.* Et conſequenter vt non poſſit abſolutè dici nihil geſtum eſſe cum minore ad reſtitutionem ei omnimodo denegandam. Vnus tamen caſus eſt, quo minor venire poteſt etiam aduerſus venditionem pignoris cõuentionalis à defuncto maiore conſtituti. Nimirum ſi in eius venditione dolus creditoris interuenerit, eúmque emptor participauerit, nec creditor ſit ſoluendo. Nam & maior ipſe poſſet venire, *leg. 1. 3. & vlt. C. ſi vendito pignore agatur.* Idémque multo magis obtinet ſi pignus, aut à minore ipſo conſtitutum, aut in cauſa iudicati captum proponatur. Sed hoc caſu non per reſtitutionem veneret maior, ſed iure communi. Minor tamen reſtituetur, *l. 2. in fin. C. de præd. min.*

b *An ea reuocari debeant quæ diſtracta ſunt.* Rat. dub. pro minore. Executio iudicati acceſſoria ad iudicatũ: ideóq; incipi nunquam poteſt ab executione, *l. 1. C. de exec. rei iud.* Ergo minor reſtitutus aduerſus ſententiam hoc ipſo reſtitutus videri debet aduerſus ſententiæ executionem, quia cùm principalis cauſa non ſubſiſtit, ne quidem acceſſoria poſſunt ſubſiſtere, *leg. cum principalis 178. de reg. iur. l. ſi cum nulla 57. de re iud.* Quid enim refert an nulla ſententia præceſſerit, an ea quæ per reſtitutionem in integrum reſciſſa ſit? Semper enim verum eſt rem peruenisſe ad eum caſum à quo incipere non potuit, arg. *leg. quæ in eum 16. ad l. Aquil. cum ſimil.*

R. dec. Res inter alios iudicata aliis nocere non debet *tot. tit. C. int. al. act. vel iud. al. non nocer.* Ergo ſententiam pro minore latam in cauſa reſtitutionis aduerſus creditorem inaudito emptore pignoris nocere emptori non oportet, ne alioqui decipiatur emptor, qui bona fide acceſſit ad emptioné ſecutus fidé iudicati & haſtæ publicæ, atq; ita fiat, vt ſententia cõtra minorem quantumcũque iuſtè lata nunquã poſſit mandari executioni per venditionem pignorum nemine volente ad emptioné accedere propter metú reſtitutionis. Vnde enim poteſt diuinare emptor, quod minor petiturus ſit, & impetraturus reſtitutionem? arg. *l. quod ſi min. 24. §. non ſemper h. t. iuncl. l. 4. §. illa etiã q. de dol. exc.* Itaq; non eſt, quod quis dicat hoc caſu reſoluto iure datoris reſolui ius accepturis, *leg. lex vect. 31. de pign.* Non enim emptor ius ſuũ meruit ex perſona creditoris qui primum obtinuit, deinde in cauſa reſtitutionis ſuccubuit, ſed ex auctoritate iudicis, & rei iudicatæ: & dominium non à creditore ipſo, ſed à minore habere intelligitur, quod proinde auferri ei æquum non eſt, ob id ſolùm, quod creditor qui prior vicerat poſtea victus ſit. Factum enim iudicis in diſtractione pignoris iudicialis repræſentat factum debitoris condemnati non victoris, vt ſuprà diximus ex *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict. & l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iud. pign. capt. ſit.*

c *Pecuniam ex cauſa iudicati ſolutam ei reſtituendam eſſe.* Ratio dubitandi. Debitor etiam abſolutus non poteſt repetere quod ſoluit, quia remanet naturaliter obligatus, non valente poteſtate iudicati extinguere obligationem naturalem, *l. Iulian. 59. de condict. indeb.* Ergo multo minùs reſtituenda eſt minori pecunia ab eo vel eius nomine ſoluta cauſa iudicati.

Ratio dec. Naturalis obligatio nulla eſt, niſi in vero debitore, de quo in *d. l. Iulian.* At nos ponimus minorem, aut nihil, aut minus debuiſſe, idcóque ſententiam, quæ contra eum lata fuerat reſciſſam fuiſſe. Dices, quomodo fieri poteſt, vt pignoris in executione ſententiæ capti diſtractio valeat, ſi debitum nullum fuiſſe ex poſt facto apparet? Reſpondeo perinde omnia haberi, ac ſi minor ipſe mandaſſet emptori vt indebitum ſolueret, eíque poſt rem in ſolutum dediſſet: Aut ac ſi rem ipſe vendidiſſet ea lege, vt pretium falſo creditori ſolueretur: quibus caſibus haberet condictionem indebiti, non contra emptorem qui ſoluiſſet, ſed contra falſum creditorem, cui ſolutio facta eſſet, *l. indebit. 47. de cond. ind. deb.* Neque verò emptor pignoris retinet rem venditam quaſi obligatam, & pignoris iure, ſed quaſi ſibi acquiſitam titulo emptionis à minore, qui eam vt creditori quantumvis falſo ſatisfaceret vendidiſſe intelligitur, & quidem eo tempore quo creditor verus dici poterat propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ pro veritate habetur, *leg. ingenuum 25. de ſtat. hom. l. res iudic. 208. de reg. iur.*

d *Id eſt ſi grande damnum ſit minoris.* Rat. dubit. Minor quoquomodo læſus reſtituitur etiam pro modico damno, adeóque interdum ob ſolam rationem affectionis, *l. minor 6. l. 7. §. non ſolum, l. ſi in empt. 35. h. tit. ex.* Ergo non eſt neceſſe quod hæc lex requirit, vt probetur grande damnum minoris.

Ratio decidendi. Speciale eſt hoc caſu, vt non tam facilè detur reſtitutio propter auctoritatem rei iudicatæ, vt ſupra diximus. At neque ſufficeret grande damnum minoris eſſe, ſi minor non aduerſus ſententiam eſſet reſtitutus, ſed reſtitui tantùm vellet aduerſus licitationem rerum minoris licitè ac bona fide venditarum. Tunc enim non aliter reſtitui minorem oporteret, quàm ſi ſordes aut euidens gratia tutorum aut curatorum doceretur, *dicta lege 7. §. quæſitum in fine,* vbi dixi, *ſuprà hoc titulo.* Quia odioſior eſt reſtitutio, quæ datur aduerſus licitationem publicam, cuius cauſa ſemper

per durat, quàm quæ petitur contra diſtractionem pignorum venditorum in executione ſententiæ poſtea reſciſſæ per reſtitutionem, & ideo tanto difficilius concedenda eſt.

1 ¶ In dotis quoque modo mulieris ſubuenitur, ſi vltra vires patrimonij, vel totum patrimonium circumſcripta in dotem dedit.

Ad §. In dotis.

Ratio dubit. Non eſt decipiendus maritus qui non fuerat minore dote vxorem accepturus. Decipietur autem ſi cogatur minore dote contentus eſſe poſt impetratam ab emptore reſtitutionem, *l. ſi donat. 9. §. 1. de cond. cauſ. dat. leg. Titia 64. in fi. de iur. dot. l. purè 5 §. pen. de dol. mal. except.* Præſertim cùm ex parte mariti res non capiat reſtitutionem, quia matrimonium diſſolui non poteſt, moribus ſaltem noſtris, & inter Chriſtianos.

Ratio decidendi. Mulier quæ dat dotem diminuit patrimonium ſuum: quia dotis dominium transfertur in maritum, *§. 1. inſtit. quib. al. non lic. l. doce 9. C. de rei vind.* Datur enim dos eo animo & voto, vt ſi perpetuo penes maritum, *l. 1. de iur. dot.* Atqui minor reſtituitur, quoties patrimonium ſuum diminuit, *l. minor. 6. ſupr. hoc tit.* Ergo etiam aduerſus dotis conſtitutionem reſtitui mulier minor poteſt, non quidem ob id quod dotem dederit (intereſt enim mulieris habere dotem ſine qua nec maritum fortaſſe haberet nec liberos) ſed ob id quòd circumuenta ſit in modo dotis, ſiue ſupra vires patrimonij, ſiue totum patrimonium in dotem datum ſit, *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot.* Aut quia circa dotem tale pactum mulier fecerit, quod maiores, & prudentiores fœminæ facere non ſolent, *leg. minor ſi in id. 48. §. vlt. ſupr. hoc tit.* Debérque ſibi imputare maritus quod contrahens matrimonium cum minore ipſam deceperit, nec prouiderit fore, vt ex ea cauſa quandocunque poſſet reſtitui. Non enim maritū decipit vxor quæ vtitur iure communi cum petit reſtitutionem Nam & inter maiores contracto matrimonio ſi alterutri coniugum circumuentus ſit in dote danda ſuccurrendum ei eſt, non quidem per reſtitutionem in integrū, ſed æquitate ipſius iudicij de dote, quod concipitur in bonum, & æquum per nomina illa comparatiua *quanto æquius melius, l. eas obligat. 18. inf. tit. prox. l. in his reb. 66. §. vlt. ſolut. matr.* Bono autem & æquo non conuenit aut lucrari aliquem per damnum alterius aut damnum ſentire per alterius lucrum, *l. iure ſuccurſum 6. §. vltim. l. ſi res 12. §. 1. leg. quoties 16. in fin. de iur. dot.* Dices, non eſſe dandum mulieri auxilium reſtitutionis cùm promiſit dotem ſupra vires patrimonij: ſi quidem ea promiſſio ipſo iure nullius eſt momenti, *lege ſiue generalis 61. de iur. dot.* iunct. *l. in cauſa 16. infrà hoc tit.* Reſpondeo multum intereſſe an mulier ipſa dotem dederit an curator eius. Si mulier dederit quamvis ſupra vires patrimonij, valet tamen datio ipſo iure, idcóque neceſſaria eſt, reſtitutio ad eam reſcindendam, *d. l. vnic. C. ſi aduerſ. dot.* Si verò curator ipſe dederit nullius momenti eſt, nec eget mulier reſtitutione: quia curator in iis omnibus quæ extra officium gerit nunquam minorem ſuum obligat, *l. at ſi extrinſecus 4. quod falſ. tut.* Egreditur autem officium ſuum curator qui ſupra facultates puellæ dotem eius nomine conſtituit, *l. cum poſt mortem 43 §. 1. verſ. curat. de admin. tut.* Siue dolo malo id faciat ſiue bona fide, & per ignorantiam facti quæ non niſi ex negligentia proficiſci poteſt. Quanquam videtur Cuiac. aliter exiſtimaſſe.

2 ¶ Nunc videndum, minoribus verùm in contractibus captis duntaxat ſubueniatur, an etiam delinquentibus: vtputà dolo aliquid minor fecit in re depoſita, vel commodata, vel aliàs in contractu: an ei ſubueniatur, ſi nihil ad eum peruenit [a]. Et placet in delictis minoribus non ſubueniri. Nec hic itaque ſubuenietur [b]. ¶ Nam & ſi furtum fecit [c]: vel damnum iniuria dedit: non ei ſubuenietur. ¶ Sed ſi, cùm ex damno dato [d] confiteri poſſit, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc ſolùm reſtituendus ſit, vt pro confeſſo habeatur. ¶ Ergo & ſi potuit pro fure damnum decidere magis, quàm actionem dupli, vel quadrupli pati: ei ſubuenietur.

§. 2. Nunc videndum.

Ratio dubitandi. Quoties aliquid geſtum eſt, à minore in quo ille læſus ſit etiam ſua facilitate & à ſeipſo, prætor tamen eum reſtituit, *leg. 3. §. etſi hæres l. 7. in princ. & § non ſolum, ſupr. hoc tit.* Atqui is qui delinquit gerit aliquid, & læditur hoc ipſo quod alium lædit cum faciat ſe reum, & obnoxium pœnæ ſiue corporalis ſiue pecuniariæ quæ pro delictorum emendatione iure publico conſtituta eſt, *l. ſi pœna 20. de pœn.* Ergo reſtituendus eſt qui ſe obligauit, & ex dolo vel etiam ex delicto non minus, quàm ſi ex contractu perperam ſe obligaſſet. Et verò etiam delicta pleraque, & ferè omnia committuntur ex animi leuitate vel ex inſania. Si ex leuitate ignoſcendum eſt ætati: ſi ex inſania non modo ignoſcendum, ſed etiam miſerendum, *l. vn. C. ſi quis imper. maled.* Ergo vtroque caſu dignus eſt minor cui etiam in delictis ſubueniatur. Nam & quod facit per inſaniam, & furorem quamdiu minor eſt, vitio ætatis potius id facere intelligitur, vt cauſa naturalis præualeat accidentali, *leg. 3. in princ. & §. 1. de tutel.*

Ratio decidendi. In criminibus minores ætates ſuffragio non iuuantur, quia malorum mores infirmitas animi non excuſat, *leg. 1. & 2. Cod. ſi aduerſ. delict.* Alioqui nec maiores vnquam puniendi eſſent. Quotus enim quiſque eſt, qui niſi infirmo planè animo leuíque conſilio accedat ad delinquendum Intereſtque Reipubl. delicta puniri, multo magis quàm minoribus ſubueniri. Illud enim ad Reipublicæ vindictam publicámque ſecuritatem tuendam pertinet, hoc verò non niſi ad minorum patrimonia conſeruanda, quod longè minùs eſt, magiſque ad priuatam minorum vtilitatem ſpectat, quæ ſemper publicæ poſtponitur, *leg. ita vulneratus 50. ad leg. Aquil. leg. ſi à reo 70. §. vltim. de fideiuſſor. lege Stichum aut Pamphilum 95. circa princ. de ſolut.* Excipe tamen caſum elegantem, *dicta l. 1. in 2. part. C. ſi aduerſ. del.* non tamen caſum, *l. 2. C. eod.* Ibi enim non reſtituitur mulier minor, ſed illæſa ſeruatur: quia lex ob hanc ipſam cauſam de maioribus mulieribus locuta eſt, ne minores tenerentur.

a *Etiamſi nihil ad eum peruenerit.* Hoc ideo quia ſi quid ad minorem ex dolo delictóve ſuo perueniſſet alia ratio impediret reſtitutionem, illa nimirum quòd non debeat ille ex dolo ſuo lucrari, *l. ne ex dolo 12. ſup. tit. 1.* Turpia enim lucra etiam iis extorquenda ſunt qui nullius doli aut culpæ conſcij probantur, *l. quod diximus 16. §. vlt. quod met. cauſ. l. 3. in princ. de calumniat.* Quantò magis doloſis ipſis & nocentibus?

b *Nec hic itaque ſubuenietur.* Optima conſecutio eſt à delicto ad dolum, quia dolus ſine delicto & delinquendi animo non committitur quamvis non iiſdem pœnis coërceatur dolus quibus cetera delicta quæ non ſolùm dolum habent delinquentis, ſed præterea iniuriam grauiorem inferunt ei aduerſus quem admittuntur. Quæ res facit vt grauiore quoque indigeant animaduerſione.

c *Nam & ſi furtum fecit.* Ratio dubitandi. Ex furto aut damno iniuria dato naſcitur actio ad pœnam pecuniariam, *§. in duplum inſtit. de action.* Atqui in pecuniariis pœnis licèt admixtam delicti cauſam habeant maioribus ſubuenitur, *d. l. 1. in fin. C. ſi aduer. deli.* Ergo etiam in furti actione, & damni iniuria dati ſubueniendum eis erit.

Ratio decidendi. Non quoties pœnæ cauſa damnum pecuniæ irrogatur ſubueniendum eſt minoribus, ſed ita demum ſi delictum non ex animo veniat, ſed ex re, vt ſcriptum eſt in *d. l. 1.* Atqui neque furtum fit ſine animo furandi, neque damnum iniuria datur, quin animus dandi adſit, *leg. ſi quid fur. 22. leg. verum 39. leg. ſi is qui 75. & ſeq. de furt.* Ergo ex his cauſis minori non ſubuenietur. Nec diſtinguemus an deliquerit in committendo an in omittendo, vt bene & ſubtiliter hîc probat Accurſ. ex *d. l. 2. Cod. ſi aduerſ. delict.* Idem tamen malè notat excipiendum eſſe caſum, *l. pen. C. ex qui. cauſ. in. fa. irrog.* Nec enim minor in ea ſpecie cõtra delictum reſtituitur, ſed à præueniẽte legis poteſtate ſeruatur illæſus, ne deliquiſſe videatur vel ob hoc ipſum quod alioqui reſtitui nunquam poſſet, vt iam diximus euenire in ſpecie, *d. l. 2. C. ſi aduerſ. delict.*

d *Sed & ſi cùm ex damno dato.* Qui negat crimen à ſe admiſſum quod confiteri debuit, & quod per inficiationem creſcit, is dupliciter delinquit. Mentitur enim & illudit prætori, & quidem dolo malo. Ergo tanto minùs dignus eſt cui ſubueniatur.

Ratio dec. Non ei ſubuenitur aduerſus delictum, ſed aduerſus id quod ex ipſius leuitate, & incõſulto mendacio acceſſit pœnæ pecuniariæ quam delicti improbitas merebatur. Nec vt abſoluatur, ſed vt non in plus cõdemnetur, quàm ſi delictum ab initio confeſſus fuiſſet. Sibi enim factam iniuriã facilè remittit prætor, ſed non eam quæ alteri. Nec habet aduerſarius quod conqueratur de huiuſmodi reſtitutione ſi tantundẽ conſequatur ex delicto minoris quantum ſi minor à prætore interrogatus delictum non negaſſet. Hactenus igitur reſtituetur minor, vt pro confeſſo non vt pro innoxio habeatur.

e *Ergo & ſi potuit pro furto.* Ratio dubit. Non poteſt de furto tranſigi ſine infamia, *l. furti 6. §. pacto ue, ſupr. de his qui not. infa.* niſi prætoris iuſſu tranſactio fiat, *§. qui iuſſu eiuſ. leg.* Ergo non eſt reſtituendus minor ob id ſolùm quòd de furto tranſigendi, cùm tranſigere poſſet occaſionem amiſerit. Nec enim quiſquam omnino facere poſſe creditur, quod minus honeſtè facere poteſt, *l. filius 15. de cond. inſt.* Cúmque nõn aliter audiendus ſit minor petens reſtitutionem quàm ſi doceat ſua intereſſe, certum eſt, neque minoris, neque alterius cuiuſquam intereſſe ſi non ex honeſta cauſa interſit, *leg. 3. §. ſi mecum ad exhib. l. cum is 11. de furt.*

Ratio dec. Minor qui cùm poſſet pro furto damnum decidere, id eſt, de furto tranſigere maluit dupli vel quadrupli actionem pati, non eo minus infamis factus eſt, cùm fuerit ex cauſa furti condemnatus, *d. leg. furti, l. 1. & paſſ. ill. tit. l. infam. 7. de publ. iud.* Ergo nihil illi profuit ad euitandam infamiam, quod non tranſegerit. Eidem verò nocuit ad pecuniariam condemnationem, cum ob hoc ipſum condemnatus ſit in maiorem quantitatem. Iuſta ergo cauſa eſt reſtitutionis petendæ, cùm læſus ſit minor qui in omnem euentum infamis futurus non ſibi cauit melius aduerſus damnum pecuniarium. Aliud dicerem ſi grauiore pœna pecuniaria infamiam redimere voluiſſet, vt in *l. quid ergo 13. §. pœna grauior. de his qui not. infam.* Quod vtique facere potuiſſet tranſigendo de furto ex auctoritate prætoris, *d. §. qui iuſſu.* Ad quid ergo minor hic reſtituitur poſtquam in duplum iam vel in quadruplum cõdemnatus fuit? An ad hoc fortaſſe vt poſſit tranſigere? Minimè. Nam neque tranſigi poteſt poſt iudicatum, *l. eleg. a 3. §. ſi poſt rem iudic. de cond. indeb. l. poſt rem iudic. 11. ſupr. de tranſact.* Neq; aduerſarius minoris cogi, vt tranſigat, cùm tranſactio requirat mutuũ conſenſum, nec valere poſſit ſi per vim aut metum facta probetur, *l. interpoſitas 13. C. de tranſact.* Quæ alia erat elegans dubitandi ratio ad hunc locum. Non enim poteſt ſera eſſe tranſactio poſt ſententiam quin ſera etiam ſit petitio reſtitutionis in integrum aduerſus omiſſam tranſactionem. Ad hoc igitur reſtituendus erit, vt quamvis ad duplum vel ad quadruplum condemnatus fuerit, non plus tamen præſtare teneatur, quam ex cauſa tranſactionis fuerat præſtiturus ſi tranſigendi occaſionem non neglexiſſet. Probare itaque debebit quantitatem qua contentus aliquando voluit eſſe aduerſarius vt probet ſe læſum fuiſſe in eo quod non tranſegerit. Nec arbitrio prætoris ea ſumma taxari poteſt quandoquidem læſionis probatio non à prætore proficiſci debet, ſed à minore. Quamvis Accurſ. noſter hic contrà ſentiat. Illud bene quod minor tranſigens aut dans pecuniam pro furto poſt reſtitutionem à prætore impetratam non fit infamis, *dicto §. iuſſu.*

2 ¶ Si mulier, cum culpa diuertiſſet, velit ſibi ſubueniri: vel ſi maritus: puto reſtitutionem non habendam: eſt enim delictum non modicum. Nam & ſi adulterium minor commiſit [f], ei non ſubuenitur.

Ad §. 3. Si mulier.

Rat. dubit. Dolus quidem delictum eſt, vt in ſuperiore §. dicebamus, ſed non ſimiliter verè quis dixerit culpam delictum eſſe. Atqui ponimus mulieris non dolo, ſed tãtùm culpa factum fuiſſe diuortium: ergo ſi mulier cum culpa ſua diuertiſſet, velit ſibi ſubueniri, audiẽda eſt, ſi minor fuit diuortij tempore. Ne ſc. pœnam diuortij ſentiant, illa dotis, hic donationis propter nuptias quæ diuortij pœna eſt, *l. conſ. 8. C. de repud.* Nam & aduerſus culpam aliam quamlibet ſi modò delictum nullum ſit, minor reſtitui ſolet, *l. 1. C. ſi aduerſ. delic.*

Rat. dec. Diuortium quod fit ſine cauſa delictum eſt, & quidem non modicum: proinde quod vindicari publicè intereſt. Nam ſicut ad publicam vtilitatem pertinet, vt matrimonia contrahantur ad replendam liberis hominibus ciuitatem, ita & multo magis, vt contracta retineantur. Nec quòd Romanis legibus libera ſunt diuortia facere debet, vt ideo ſint impunita. Sunt enim libera hactenus ne cogatur quis inuitus in matrimonio remanere, non etiam vt non cogatur pati pœnas quas diuertenti ſine cauſa alterutri coniugum aut legis auctoritas, aut coniugum pactio præſcripſit. Nam pactionibus, vt pluribus libertas diuortiorum conſtringebatur, non vt fieri omnino non poſſent, ſed vt non ſine cauſa. Atqui in delictis quæ ex animo proficiſcuntur, non ſubuenitur minori, vt prox. §. diximus ex *dict. leg. 1. Codice, ſi aduerſ. del.* Ergo neque in hac ſpecie non magis, quàm ſi adulterium mulier commiſiſſet, quo caſu proculdubio teneretur, *lege auxilium 37. infrà hoc titulo.* Addit Accurſius exceptionem, niſi ſit impubes ex *leg. ſi minor. 36. ad leg. Iuliam de adulter.* Sed parum ſubtiliter: quoniam impubes, ſiue vir ſit, ſiue fœmina, ſicuti in matrimonio eſſe non poteſt, ita nec adulterium committere.

f *Nam & ſi adulterium minor commiſerit.* Ratio dubitandi. Non eſt bona comparatio diuortij, & adulterij. Diuortium enim, vt proximè diximus, licitum eſt: adulterium verò non item, quod è contrario crimen publicum eſt. Ergo faciliùs reſtituenda eſt mulier minor aduerſus diuortium quàm aduerſus adulterium. Nam & dici ſolet, id quod fit lege permittente pœnam non mereri, *lege Gracchus 4. Codice, ad legem Iulian. de adult.* Quidni ergo etiam hoc caſu fauore ætatis auxilium reſtitutionis merebitur? Sed & delictum ipſum quid habet

commune

commune cum venia ætatis, *lege Papinianus 20. infrà hoc titulo.*

Ratio decidendi. Diuortium licitum eſt, ſed tamen non impunitum ſi ſine cauſa iuſta fiat, quia tunc delictum eſt, & quidem quod ex animo proficiſcitur. Nihil ergo hac parte diſtat diuortium ab adulterio niſi ſecundum magis & minus, quia adulterium grauius delictum eſt. Quod verò obiicitur delictum nihil commune habere cum venia ætatis tunc verè dicitur, cùm venia ætatis à delinquente quidem petitur, ſed non contra delictum, at contra quidpiam aliud à delicto remotum vt in ſpecie, *d.l. Papinian.*

4 ¶ Papinianus ait, ſi maior annis viginti, minor viginti quinque ſe in ſeruitutem venire patiatur: id eſt, ſi pretium participatus eſt, non ſolere reſtitui. Sed hoc meritò g: quoniam res nec capit reſtitutionem k, cùm ſtatum mutat.

Ad §. 4. Papinianus ait.

Ratio dubitandi. Edictum hoc prætoris generale eſt, *l. neceſſarius 57. de acquir. her.* Pertinens nimirum & ad omnes minores, & ad omnia quæcunque geruntur per minorem, *l. aut prætor 7. ſupr. hoc tit.* Computato, ſc. tempore de momento in momentum, *l. 3. §. minore eod.* Ergo ſi maior annis 20. minor tamen 25. patiatur ſe in ſeruitutem redigi, quod fit quoties patitur ſe vendi ad pretium participandum reſtituendus eſt ex hoc edicto tanto magis quanto grauius damnum eſt amiſſæ libertatis qua nihil pretioſius eſt, præſertim cum nec in poteſtate liberi hominis ſit, vt eripiat ſibi libertatem quam nec à ſeipſo habet, ſed à natura & à republica, *l. liberos 10. leg. liberos 39. C. de liber. cauſ.*

Ratio decidendi. SC. Claudianum, non liberi hominis voluntas ſeruum facit eum qui ſe paſſus eſt, venire ad pretium participandum ſi modò maior ſit annis viginti, *§. ſerui autem inſt. de iur. perſon. l. 3. infr. quib. ad libert. proclam. non licet.* Nec abs re quia SC. de eo tantùm locutum eſt, qui dolo malo, id fecerit, & bonam emptoris fidem circumuenerit, cum difficilè dignoſci liber homo à ſeruo poſſit, *l. 5. de contr. empt.* Minor autem non reſtituitur aduerſus proprium dolum, vt neque aduerſus delictum ſicuti diximus in præced. Dices, non eſſe igitur diſtinguendum an qui dolo malo paſſus eſt, vendi ſe ad pretium participandum maior ſit annis 20. an minor. Nam & qui minor eſt 20. annis ſi quid dolo fecerit non reſtituitur aduerſus dolum ſi modò ſit pubes. At neque ſi ſit impubes ſi modò ſit doli & iniuriæ capax, *lege hæredibus 13. §. 1. ſuprà tit. 1.* Reſpondeo adhibitam fuiſſe hanc diſtinctionem non à prudentibus, ſed ab ipſis ſenatuſconſultis de quibus *in d. l. 3. quib. ad libert. proclam. non licet*, quia vt dixi non eſſet in poteſtate hominis liberi, vt faceret ſe ſeruum ciuis Romani ſi non ipſa legis auctoritate id fieret, ad quam, vt pote dominam & reginam perſonarum & rerum omnium, pertinet vt de cuiuſque vita, & libertate pro arbitrio poſſit diſponere. Lex autem ita diſtinguendum putauit, vt adhiberet temperamentum in re tanti momenti ne vel minori cuilibet impunè liceret ad vſque 25. impunè decipere emptorem qui ſe ſeruum emere putaret, vel è contrario nimis facilè in cauto, & parum prouido adoleſcenti libertas eriperetur aduerſus quam iacturam nulla reſtitutionis impertandæ ratio ſupereſſet. Nam quemadmodum ſemel data libertas nunquam reuocatur, ita & ſemel amiſſa nunquam recuperatur.

g *Sed hoc meritò.* Id eſt, extra omnem dubitationem, quia præter id quod proximè diximus non reſtitui minorem in delictis: delictum autem eſſe quoties dolus committitur tum verò maximè cùm quis dolo malo ad pretium participandum vendi ſe patitur, [omnia enim iſta coniunctim requiruntur, vt quis ſeruus fiat iure ciuili;] illa etiam ratio impedit hoc caſu reſtitutionem quòd res ipſa non capit reſtitutionē cùm ſtatum mutet.

k *Quoniam nec res capit reſtitutionem.* Rat. dob. Omnis in integrum reſtitutio præſupponit aliquam ſtatus mutationem. Cùm non aliam ob cauſam comparatæ ſint reſtitutiones quàm vt omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur, *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio infr. hoc tit. l. vn. C. de reput. quæ fiunt in iud. in integr.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt quia res ſtatum mutat non capiat reſtitutionem. Et verò cum capitis diminutio nihil aliud ſit quam ſtatus mutatio, *l. 1. de cap. minut.* certum tamen eſt aduerſus capitis diminutionem dari reſtitutionem in integrum putà aduerſus adrogationem ſi fortè minor paterfamilias honeſtæ familiæ & locuples dederit ſe adrogandum prædoni vel egeno, *l. 3. §. ſi quis minor ſupr. hoc tit.*

R. dec. Intelligenda hæc ratio eſt non de mutatione ſtatus qualibet, ſed de illa tantùm quæ fit ſtatus publici vt ex Cuiacio diximus, in *d. §. ſi quis minor*, quæ mutatio non contingit in perſona adrogati, quoniam adrogatio mutat ſtatum priuatum duntaxat & familiæ non publicum, *l. 2. §. capitis infr. ad SC. Tertyll.* Contingit autem in eo qui patitur maximam aut mediam capitis diminutionem, ſed multo apertius in eo qui maximam, id eſt, in eo qui ex libero fit ſeruus, quia ſeruitus morti aſſimilatur, *l. ſeruitutem 209. de reg. iur.* quamvis poſſit fieri vt deportatus reſtituatur in ciuitatem aut ſeruus in libertatem, *l. intercidit 59. de cond. & demonſtr.* Non enim conſiderantur iſta quæ poſſunt euenire, quidem, ſed non niſi caſu fortuito ad quam præſens rei ſtatus non ſit ordinatus.

5 ¶ Si in commiſſum incidiſſe vectigalis dicatur, erit in integrum reſtitutio. Quòd ſic erit accipiendum, ſi non dolus ipſorum interueniat. Cæterùm ceſſabit reſtitutio.

§. 5. Si in commiſſum.

Ratio dubitandi. In commiſſum vectigalis incidunt illi demum qui vectigal fraudarunt, quod vtique crimen eſt, ſicque appellatur à Papiniano, *in leg. fraudati vectigalis crimen 8. de public. & vec.* Itémque ab Vlpiano in *lege commiſſa 14.* in illis verbis, *qui crimen contraxit, eodem titulo.* Atqui in delictis & criminibus non ſubuenitur minori, vt dictum eſt in præcedenti. Ergo neque hoc caſu ſubuenietur, niſi proponas pupillum eſſe, qui in commiſſum inciderit, quo caſu placuit Imperator. remittendam ei pœnam commiſſi, ſi modò intra diem 30. vectigal intuliſſet, *lege Impp. 7. in fine de public. & vectigal.* Poſtquam conſtitutionem nemo dixerit neceſſariam eſſe pupillo, *reſtit. in integr.* Cùm ei pœna ab Impp. remittatur. Nullo igitur caſu vel neceſſaria vel vtilis in integr. reſtitutio eſt, cum de commiſſo agitur.

Ratio dec. Fraudari vectigal dicitur quoties non ſoluitur ab eo à quo debetur, aut quoties non fit profeſſio mercium quæ tranſuehuntur, præterquàm ſi miles ſit is qui dimittit profeſſionem, *l. 3. C. de vect. & commiſſ.* Aut denique quoties illicitæ merces tranſuehuntur, *l. cotem. 11. §. domin. d. tit. de vect. & com. infr.* Hæc verò fraus dupliciter contingit, aut re ipſa tantum, aut etiam conſilio & dolo malo. Et æquè punitur, & in commiſſi pœnam incidit, qui vectigal fraudauit re ipſa, quamvis fraudandi animum non habuerit, atque ſi fraudandi animum habuiſſet, ne alioqui magno incómodo publica vectigalis afficerentur ſi fraudandi animus probandus eſſet, quæ

probatio non niſi perdifficilis eſſe poſſet, ac plerumque impoſſibilis. Habet autem hoc ſummam rationem, quia nec fieri poteſt vt quiſquam incidat in commiſſum ſine culpa, cum publicorum vectigalium, id eſt, quæ publicè & debentur & exiguntur, iuſtam ignorantiam nemo poſſit prætendere. Ergo ſi minor, qui modò pupillares annos exceſſerit, in commiſſum vectigalis incidiſſe probetur, neceſſaria ei eſt in integrum reſtitutio aduerſus pœnam, ne res, quæ vectigal debuit, committatur. Res enim ipſa vectigal debet, ob idque & ipſa pœnam patitur non perſona. Datur tamen minori hæc reſtitutio cum diſtinctione, id eſt, ita ſi nullus dolus eius interuenerit, ſed culpa tantùm Commiſſum enim ſine culpa vix poteſt contrahi. Crimen eſt dolo interueniente, non etiam ſi culpa tantùm probetur.

7 ¶ Aduersùs libertatem quoque minori à prætore ſubueniri impoſſibile eſt.

Ad §. vlt. Aduerſus libertatem.

Ratio dubitandi. Non eſt nouum vt libertates etiam quæ ſemel competierunt reſcindantur, vt euenit in iis quæ competierunt ex eo teſtamento quod poſtea inofficioſum pronunciatum fuit, *l. Papin. 8. §. ſi. & l. ſeq. de inof. teſt.* aut quæ datæ ſunt in fraudem creditorum ab eo qui non erat ſoluendo, *tot. tit. inſt. quib. man. non lic.* Ergo non eſt impoſſibile dari reſtitutionem aduerſus libertatem, cum nihil aliud factura ſit reſtitutio, niſi vt reſcindat id quod geſtum eſt.

Rat. dec. Libertas adeo fauorabilis eſt vt quæ ſemel competiit, nunquam poſſit reuocari. Et ob eam nimirum cauſam neceſſe eſt vel ab initio impediri libertatem, ne poſſit competere, iis videlicet caſibus quibus alioquin ſi competeret, eſſet reuocanda, vt in caſibus *l. Ælia Sentia*, vel ſi quando competat competere irreuocabiliter. Quæ res facit vt in pleriſque libertas ſit deterioris conditionis quàm cæteræ res, vel ob hoc ipſum quòd & fauorabilior eſt, & melioris conditionis eſſe debet. Itaque ſi libertas data ſit in fraudem creditorum reſcindit quidem eam, *lex Ælia Sentia*, ſed hactenus ne competat, non vt competens reuocetur. Planè cum datæ ſunt libertates in eo teſtamento, quod poſtea inofficioſum pronunciatum fuit, vtrumque neceſſariò, ſed per conſequentias euenire oportet, vt & libertates ab initio competant, quia teſtamentum ab initio valere adeóque per aditionem confirmatum eſſe neceſſe eſt, vt per inofficioſi quærelam reſcindi poſſit, *l. Papin. 8. §. ſi condit. de inof. teſt. l. ſi quis filium 34. C. e.* & tamen poſtea reuocentur rupto per quærelam teſtamento, quia is qui hæres fuerat, deſiit hæres eſſe, *l. in ſubſtitut. 33. de vul. & pupil. ſubſt.* Sed non poſſet tanta vis eſſe reſtitutionis quanta eſt poteſtas iuris, quia reſtitutio neque factum pro infecto facit, neque iuris poteſtatem tollit, ſed effectum duntaxat, quem tamen tolli in libertate quæ ſemel competiit prorſus impoſſibile eſt. Quòd ſi libertas nondum competat, ſed ſit competitura, locus reſtitutioni eſſe poteſt, *l. 1. C. ſi aduerſ. lib.*

i *Impoſſibile eſt.* Ratio dubitandi. Si libertas per vim aut metum data ſit, locus eſt reſtitutioni, ex edict. *quod met. cauſ. l. met. 9. §. idem Pomp. quod met. cauſ.* Ergo non eſt impoſſibile reſtitutionem dari côtra libertatem: præſertim cùm poſſit etiam appellari à ſententia lata pro libertate, *l. illud ſciendum de app. l. vlt. C. ſi aduerſ. lib.* Reſtitutio autem in integr. id ſoleat præſtare minorib. quod appellatio præſtat maiorib, *l. præſes 42. inſ. h. tit.* eandémque vim habere creditur, *l. ſi cauſa cognita 32. C. de tranſac.* Quidni ergo poterit reſcindi libertas per reſtitutionem ſicut & per appellationem?

Ratio decidendi. Vnaquæque res facilè redit ad ſuam naturam, *leg. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret, in fin. ſupra de pact.* Atqui naturaliter homines omnes naſcuntur liberi, *l. 4. de iuſt. & iur.* Ergo vbi quis ſemel liber factus eſt, quia ad naturalem ſtatum redijt, non poteſt fieri ſeruus niſi interueniente aliquo ex iis modis quibus placuit amitti libertatem, aut iure gentium aut iure ciuili. Nec contrarium eſt, quod ſcribitur in *dict. §. idem Pomp.* Sic enim accipi debet, vt reſtitutio fiat ex edicto quod *met. cauſ.* non contra manumiſſum. Sed contra eum qui vim intulit vel metum, vt ibi explicauimus. Nec rurſum ſimile eſt, quod obiicitur de appellatione. Appellatio enim à ſententia quæ lata fuerit pro libertate, reſcindit ſententiam & iudicatum principaliter, *leg. 1. §. fin. ad SC. Turpill. leg. furti 6. §. 1. de his qui not. infam.* Non etiam libertatem niſi per conſequentias. Et ideo fauorabilius eſt remedium appellationis quàm reſtitutionis cùm agitur contra libertatem, ſicut & in cæteris cauſis in quibus ob hanc rationem permittitur appellatio maioribus, quibus tamen reſtitutio non datetur, niſi ad hoc fortaſſe vt poſſent appellare, *leg. vltim. ſuprà de reſtit. in integr.*

10. Pavlvs libro 11. ad Edictum.

Niſi ex magna cauſa hoc à principe fuerit conſecutus.

Leg. 10. Niſi ex magna.

Ratio dubitandi. Quod impoſſibile eſt non magis à principe quàm ab aliis fieri poteſt. Neque enim princeps omnipotens eſt, ſed ſolus Deus. Atqui aduerſus libertatem dari reſtitutionem prorſus impoſſibile eſt, vt diximus in *§. vlt. leg. præced.* Ergo quantumvis magna cauſa ſit propter quam ſubueniri debeat minori, non poteſt ei reſtitutio dari contra libertatem, ne quidem à principe.

Ratio decidendi. Quod per rerum naturam impoſſibile eſt, id certè nec à principe fieri poteſt. Sed in iure noſtro impoſſibile dicitur etiam quòd iure fieri non poteſt, licèt per rerum naturam poſſit, *lege filius 15. de condit. inſtitution.* Quod autem hoc modo impoſſibile eſt, à prætore quidem fieri non poteſt: quia nihil contra leges ſenatuſconſulta aut conſtitutiones facere poteſt, *leg. nec non 28. §. quoad eius ex quibus cauſ. maior. leg. cùm ſponſus 12. §. ſi res de public. in rem action.* Sed à principe poteſt, quia eſt ſupra leges, & nihil impoſſibile eſt principi ex hoc rerum alioqui impoſſibilium genere, præſertim ſi ſuprema, & abſoluta poteſtate ſua non tam vti quàm abuti velit: ſi qua tamen in bono principe à Tyranni ſuſpicione alieno talis poteſtas abſoluta eſſe poteſt, quæ diſtingui debeat ab ordinaria. De quo alibi ſcripſi contra interpretes, qui non minùs ſine lege quàm ſine ratione diſtinctionem hanc duplicis in principe poteſtatis, ordinariæ ſcilicet & abſolutæ induxerunt.

11. Vlpianvs lib. 11. ad Edictum.

Verùm vel de dolo, vel vtilis actio [a] erit in id quod minoris intereſt, non manumitti: proinde quicquid hic haberet, ſi non manumiſiſſet, id ei nunc præſtabitur.

Ad

Ad l. 15. Verùm de dolo.

R. dub. Minor amittendo ſeruum quem manumiſit libertum acquiſiit quem habere ipſius etiam intereſt, *leg. intereſt 5. de lib. cauſ.* Nec poteſt libertum illum amittere non magis quàm reuocare datam libertatem, cùm fieri nequeat vt libertus non ſit is qui ab alio manumiſſus eſt. Ergo cùm non poſſint omnia reſtitui in eum ſtatum in quo erant priùs quàm ſeruus manumitteretur, nec æquum ſit damnum præſtari ei qui lucrum non auferatur, conſequens eſt vt hoc caſu reſtitutioni locus eſſe non poſſit.

Ratio decidendi. Non intelligitur locupletior factus qui acquiſiit libertum, cùm tamen è contrario fiat pauperior qui amittit ſeruum: quia locupletiores poſſunt fieri domini per ſeruos, non etiam patroni per libertos, *l. pretia rerum 63. ad l. Falcid. l. de hereditate. 19. in pr. de capt. & poſtl.* Ergo acquiſitio liberti non debet impedire quominus minori ſubueniatur per actionem de dolo aut ſaltem per actionem in factum, iis nimirum caſibus quibus actio de dolo locum habere non poteſt, vel quia finita ſit tempore, vel propter reuerentiam debitam perſonæ quæ conuenitur, *l. non debet 11. l. itaque 28. ſupr. tit. 1.* vel denique quod nullus in eo dolus interuenerit. Non enim poteſt imputari minori cur petens reſtitutionem ex capite De dolo velit retinere libertum, quem hodie non haberet ſi dolum paſſus non fuiſſet, cùm inuito eo hoc fiat & ob id ſolùm quod libertatem à ſe datam reuocare non poſſit. Idem euenit cùm reſtitutio fit ex edicto quod metus cauſa propter manumiſſionem vi extortam, *l. metum 9. §. item Pomponius ſupr. quod met. cauſ.*

a *Vel vtilis actio.* Accurſ. intelligit de actione in factum quæ eſt ſubſidiaria actionis doli, & quæ datur in doloſum quatenus locupletior factus eſt etiam poſt annum, de qua in *d. l. itaque.* Ergo generalius de actione vtili quæ ex æquitate danda ſit, nec ex capite edicti De dolo, ſed ex hoc edicto de minoribus. Actio enim illa in factum quæ eſt ſubſidiaria actionis doli non habet locum niſi probato dolo aut ſaltem probata mala fide, iis denique ſolis caſibus quibus agi poſſet de dolo ſi aliud nihil obſtaret. Vtilis autem de qua Vlp. hoc loco danda eſt minori ex hoc edicto, & conſequenter ſiue dolus aliquis aduerſarij interuenerit, ſiue nullus. Nihil enim aliud inquirit prætor in hoc edicto niſi an minor & an læſus fuerit actor, ſiue dolo aduerſarij læſus ſit, ſiue propria facilitate, *l. 1. ſupr. hoc tit. l. 1. ſup. de in integr. reſt.* Nec obſtat quod ex hoc edicto nulla actio proficiſcitur, *l. quòd ſi minor. §. vlt. infr. eod.* Id enim eò pertinet vt prætor ipſe cognoſcere debeat non iudicem dare quoties locus eſt reſtitutioni, non etiam vti ne poſſit dare actionem ſi res non recipiat reſtitutionem, & tamen ipſa edicti æquitas ſuadeat dandam minori & læſo aliquam actionem vt indemnis ſeruetur, idque etiam verba illa edicti patiuntur *vti quæque res erit animaduertam.* Animaduertit enim ſatis & cum denegat reſtitutionem minori aduerſus libertatem, & nihilominus dat ei contra manumiſſum actionem de dolo vel in factum, quæ ſit vice reſtitutionis ad parandam ei indemnitatem.

b *Quod minoris interfuit non manumitti.* R. dub. Libertas inæſtimabilis res eſt, *l. libertas inæſtimabilis, de reg. iur.* Ergo non poteſt æſtimari quanti intereſſit minoris ſeruum non manumitti.

Rat. decid. Bonum libertatis æſtimari non poteſt, ſed damnum quod incurrit minor manumittendo ſeruum, æſtimari commodè poteſt non minùs quàm ſi ſeruus ille ab alio occiſus fuiſſet, Nam & manumiſſio morti comparatur, *l. inter omnes 47. de furt.* In eo autem quod intereſt continebitur non modò pretium ſerui, *l. 1. de act. empt. l. in interdicto 6. vnde vi,* ſed etiam quidquid habiturus fuiſſet minor ſi ſeruum non manumiſiſſet, id eſt, quidquid alioquin ſeruus domino fuerat acquiſiturus, *leg. ſi quis ſeruum 23. de act. empt. leg. 2. Cod. ſi aduerſus libert.*

1 ¶ Sed & nomine earum rerum, quas dominicus ſeruus manumiſſus ſupprimebat, competunt aduerſus eum actiones ad exhibendum, & furti, & condictio: videlicet quoniam & manumiſſus eas contrectabat. Cæterum ex delicto c in ſeruitutem facto, domino aduerſus eum poſt libertatem actio non competit, & hoc reſcripto Diui Seueri continetur.

Ad §. 1. Sed & nomine.

Ratio dubitandi. Aſſidua contrectatione furis non magis actio furti naſci poteſt, ne in id quidem in quod poſtea creuiſſet res ſubrepta, *l. ei qui 9. infr. de furt.* Ergo non ob id magis teneri debet actionem furti hic manumiſſus quod res dominicas poſt manumiſſionem contrectauerit.

Ratio decidendi. Aſſidua contrectatio nihil addit cùm iam ex prima contrectatione furti cœpit competere, vt ait *d. l. ei qui.* At in propoſito caſu prima contrectatio habetur pro non contrectatione, vt benè notat Accurſ. quia nequè furtum domino ſeruus facere poteſt neque actione furti ei teneri ex contrectatione quam fecit in ſeruitute, vt ſequitur in hoc text. & ſcriptum eſt eſt, in *l. 1. C. de nox. act.* Nam neque ex alia vlla cauſa poteſt ſeruus poſt manumiſſionem conueniri ex iis quæ geſſit in ſeruitute, niſi quantum ad ea quæ geſſit occaſione libertatis futuræ, vt in *l. & eleganter 7. in princ. & §. ſeruus,* vbi dixi *ſupr. tit. 1. l. 1. ſi quis teſt. lib. eſſ. iuſſ. l. 3. & paſſ. C. an ſeru. pro ſuo fact.*

c *Cæterùm ex delicto.* Rat. dubit. Noxa caput ſequitur, *l. licet 4. C. an ſeru. ex ſuo fact.* Ergo etiam ex delicto in ſeruitute facto danda eſt domino aduerſus manumiſſum actio.

Ratio decidendi. Ratio illa concludit. Ex delicto quod ſeruus admiſerit in ſeruitute manumiſſum teneri extraneo, in cuius ſcilicet præiudicium non potuit eum dominus manumittere ad ſe exonerandum, cùm ipſe quoque ex eo ſerui delicto noxali actione teneretur. Ideóque conuertitur noxalis actio in directam, *§. omnis autem inſtit. de noxa. actio.* At non idcirco illud etiam conſequens eſt, vt ſeruus domino poſt manumiſſionem teneatur, quia non ſicut noxalis actio ex delicto ſerui ſtatim naſcitur cõtra dominum, ita & actio furti aut alia vlla poteſt dici nata domino contra ſeruum, vt eleganter ait *dict. l. 1. C. de nox. act.* Hæc enim vera huius iuris ratio eſt non illa quam afferunt multi, quod dominus manumittendo ſeruum ei omnem iniuriam hoc ipſo remittere videatur, quem poterat, ſi voluiſſet, domi virgis & flagris conuenire, vt habet, *l. vlt. C. an ſer. ex ſuo fact.* Nam nec aliud eſſet etiam ſi dominus manumittendo ſeruum nullam ſe ideo velle iniuriam ei remittere expreſſim proteſtatus eſſet, cùm non ex domini voluntate & indulgentia, ſed ex mera iuris ratione totum hoc pendeat.

2 ¶ Quid, ſi minor vigintiquinque annis, maior viginti, hac lege ſe vendiderit, vt manumittatur? (ideo propoſui maiorem viginti: quoniam & Scæuola ſcribit libro quartodecimo quæſtio-

num) & magis eſt, vt ſententia [d] conſtitutionis Diui Marci ad Aufidium Victorinum, hunc, id eſt, minorem viginti annis non complectatur [e]: quare videndum, an maiori viginti annis ſubueniatur, & ſi quidem antè deſideret quàm libertas competat, audietur [f], ſin verò poſtea, non poſſit [g]. Item quæri poteſt, ſi is, qui emit hac lege, minor ſit: an reſtitui poſſit, & ſiquidem nondum libertas competit: erit dicendum, poſſe ei ſubueniri [h]: ſin verò poſteaquàm dies venit, voluntas maioris venditoris libertatem imponit [i].

Ad §. 1. Quid ſi minor.

d *Et magis eſt vt ſententia.* Verba ſunt Vlpiani, non Scæuolæ. Nec enim peruenit Scæuola ad ætatem vſque Marci & Commodi & eorum conſtitutionem ad Aufidium Victorinum, de quo in hoc loco agitur, procul dubio ignorauit; vt pluribus docui, 14. *Coniect.* 4. Reddit autem Vlpianus duplicem rationem, cur propoſitam quæſtionem conceperit in maiore annis viginti. Prima ratio eſt, quia & Scæuola libro 14. quæſtionum eam ita concepit, non dubitans ſcilicet quin lex Ælia Sentia quæ prohibuit minorem annis viginti ſeruos ſuos manumittere, ſic accipienda ſit vt multo magis prohibuerit minorem viginti annis ea lege ſeruum vendere vt manumittatur. Alioqui eſſet inuenta ratio fraudandæ legis, argum. *l.* 5. *§. ſi pupillus, de rebus eorum qui ſub tut. l. ſcire oportet* 21. §. 1. *de legit. tutor.* Lex enim Ælia Sentia non tantùm facto minoris manumittentis reſiſtit, ſed etiam conſilio eius quaſi parum firmo: ita vt nec ſi emptor velit, hunc tamen ſeruum ea lege venditum liberum facere poſſit, *leg. ſi minor.* 4. *de ſeru. export.* Altera ratio eſt, quia ſententia conſtitutionis Diui Marci ad Aufidium Victorinum, quæ ipſo iure liberum facit eum qui fuit venditus ea lege vt intra certum tempus manumittatur, ſi intra id tempus non fuerit manumiſſus, hunc minorem annis viginti non complectitur, nec proinde facit vt aliter hodie concipienda ſit quæſtio quam olim concepta fuerit à Scæuola, cuius temporibus ea conſtitutio nondum lata erat.

e *Non complectatur.* Ratio dubitandi. Verba conſtitutionis ſunt generalia aut ſaltem indefinita, quæ generalibus æquipollent, *leg. ſi plures* 98. *de lege* 3. *cum ſimilib.* Placuit enim Imperatoribus vt ſeruus venditus ea lege vt manumittatur, ſtatim atque mora libertati facta eſt per emptorem hoc ipſo liber fiat ipſo iure quaſi poteſtate conſtitutionis factum emptoris repræſentante, *l. vlt. & tot. tit. Cod. ſi mancip. ita fuer. al.* nec diſtinxit conſtitutio an maior eſſet venditor, an minor, quamuis contrà ſcripſerit Accurſius ad hunc §. Ergo generaliter accipi debet, non cum diſtinctione legis Æliæ Sentiæ, de qua nullum in conſtitutione verbum, *l. in fraudem* 15. *§. vlt. de teſtam. milit. l. de pretio* 8. *de public. in rem leg.* 1. *§. generaliter de leg. præſt.*

R. dec. Verba quidem conſtitutionis etiam hunc minorem viginti annis complectuntur, ſed non ſententia. Ne alioqui fraudem legi Æliæ Sentiæ Imperatores feciſſe aut fieri voluiſſe viderentur. Inuenta enim eſſet ratio per quam minor annis viginti poſſet ſeruos ſuos perducere ad libertatem, adeóque maiore ſuo damno. Qui nàmque venditus eſt ea lege vt manumittatur, ſiue ab emptore ſit manumiſſus, ſiue ſolius conſtitutionis poteſtate citra factum emptoris, patronum habet emptorem non venditorem, quia lex emptoris factum repræſentat, non venditoris: niſi quòd non omnia iura patronatus emptor habet putà nec querelam, nec operarum impoſitionem, vt bene hîc Cuiacius docet. Denique, vt idem ait, conſtitutio legi cedit.

f *Audiatur.* Ratio dubitandi. Aduerſus libertatem reſtitutio dari non poteſt, *lege* 9. *in fin. ſupr.* Atqui ſi daretur hoc caſu, daretur contra libertatem, quippe quæ competat ipſo iure nullo aut venditoris aut emptoris facto interueniente, *dict. leg. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Ergo non eſt danda minori hoc caſu reſtitutio.

Ratio decidendi. Aduerſus libertatem iam competentem impoſſibile eſt dari reſtitutionem, ſed non aduerſus competituram, quia libertatis priuilegium eſt vt nunquam poſſit reuocari, *l.* 2. *&* 3. *C. ſi aduerſus libert.* quod non de alia libertate dici poteſt quàm de ea quæ iam competit, non de ea quæ ſit competitura. Nec quod omnimodo & citra hominis vllum factum competitura ſit, facere poteſt vt haberi debeat pro iam competente: exemplo eius quod dicimus. Eum qui ſub conditione omnimodo extitura ſtipulatus eſt, purè ſtipulatum intelligi, *leg. ſi pupillus,* 9. *§.* 1. *de nouat.* Non enim lex & conſtitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum repræſentat factum emptoris ante tempus manumittendi conuentione præſtitutum, *d. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.*

g *Si verò poſtea non poſſit.* R. dub. Nullum intercedit nouum factum aut venditoris aut emptoris, cùm libertas competit ex poteſtate conſtitutionis. Ergo eadem ſubeſt cauſa concedendæ reſtitutionis poſt diem libertati dandæ præſtitutum quæ ſuberat ante diem, quo tempore poterat minor reſtitui aduerſus factum ſuum. Nam & illud ipſum factum eſt ex quo poteſtas conſtitutionis ſumit occaſionem & colorem dandæ ipſo iure libertatis.

Ratio decidendi. Poſt diem libertati dandæ præſtitutum competit ipſo iure libertas auctoritate conſtitutionis, non ob præcedens factum venditoris qui ſeruum ſuum ea lege vendidit, ſed ob non factum, id quod fieri debuit ab emptore. Cuius emptoris factum lex ſupplet, & perinde habet hunc ſeruum ac ſi ab emptore iam manumiſſus eſſet, quo caſu nemo diceret dandam poſtea minori reſtitutionem aduerſus libertatem iam competentem. Cur verò minùs fauorabilis eſſe debeat libertas quæ ſola iuris poteſtate competit, quàm quæ ex facto hominis & manumiſſione?

h *Dicendum eſt poſſe ſubueniri.* Ratio dubitandi. Non eſt priuandus venditor emolumento & commodo pacti in venditione per ſe facta adhibiti, & ſine quo non futurus ipſe venditurus, *l. vlt. C. de pact. int. empt.* Ergo quamuis minor ſit is qui hac lege emit, non eo magis debet ei ſubueniri.

Ratio decidendi. Non poteſt quidem minor reſtitui aduerſus legem venditioni dictam à venditore qui non aliter venditurus fuit, ſed poteſt reſtitui aduerſus venditionem ipſam ſi deceptus probetur eo quòd inutiliter fortaſſe aut maiore quàm oportuit pretio ſeruum emerit ea lege. Sed hoc ita ſi nondum libertas competat & quandiu integra ſunt omnia, non etiam ſi poſtea quàm dies venit cum ex eo die voluntas venditoris qui maior proponitur libertatem imponat, vt ſequitur in textu. Non idem eſt ſi minor ſeruum emerit nummis ipſius ſerui ea lege, vt ſeruus hic ab eodem minore manumittatur. Tunc enim ex conſtitutione duorum fratrum ad Vrbium maximum libertas ipſo iure competit ſeruo ceſſante emptore in manumiſſione. Nec magis poteſt reſtitui minor antequam libertas competat quàm poſtea, quia nihil intereſt minoris cùm nihil ei abfuturum ſit, etiamſi fidem impleat, *l.* 4. *in princ. & §. nihil autem intereſt. de manumiſſ.* Addit Accurſius conſtitutionem illam loqui de pacto inter ſeruum ipſum & emptorem. Conſtitutionem autem D. Marci ad Aufidium Victorinum de pacto inter emptorem & venditorem. Quaſi facilius ſit vt detur reſtitutio contra emptorem quàm contra ſeruum ipſum. Sed parum ſubtiliter. Nam æquè

minor

a

minor reſtitui poſſet contra ſeruum ſi non ea potius ratio impediret reſtitutionem, quòd nihil minoris intereſſe videatur cum emit ſeruum eiuſdem ipſius ſerui nummis.

i *Voluntas maioris venditoris libertatem imponit.* Ratio dubitandi. Conſtitutio Diui Marci ad Aufidium Victorinum emptoris factum repræſentat, non venditoris, vt iam diximus, ex *leg. vltim. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien.* Ergo non tam à venditore quàm ab emptore libertatem ſeruus habere intelligitur, ideóque libertus venditoris non eſt, ſed emptoris, quamvis non ideo ei operas imponere emptor poſſit, *l. ſi quis hac lege 30. qui & à quibus manum. l. ſi quis hac lege 13. de oper. libertor.* Proinde non eſt bona ratio qua hîc mouetur Vlpianus, maximè cùm etiam ſi venditor quoque minor fuiſſet, non eo magis tamen aut ille aut emptor reſtitui poſſet contra libertatem iam competentem, vt dictum eſt in præcedentibus.

R. dec. Competit quidem libertas hoc caſu tanquam ex facto emptoris ſiue per conſtitutionis poteſtatem repræſentato, ſed tamen ob voluntatem venditoris, non ſolùm quæ ab initio interuenerit, ſed etiam quam oportet perſeuerare, non ſolùm vt ſeruus poſſit liber fieri ipſo iure nolente emptore manumittere, ſed etiam vt poſſit emptor eum manumittere ſi velit, *l. 4. infr. de ſeru. export. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Nulla igitur hoc caſu ſubeſt cauſa dandæ reſtitutionis contra libertatem, non ob id ſolùm quòd libertas iam competat, ſed etiam quia in iis tantum minor reſtituitur, in quibus læſus eſt aut calliditate aduerſarij aut propria facilitate & conſilij ſui infirmitate: quorum omnium nihil dici poteſt in hac ſpecie, in qua licèt factum emptoris eiúſdémque minoris aut verum aut factum interueniat, nihil tamen ex eius voluntate aut conſilio geri intelligitur, ſed ex voluntate & conſilio venditoris. Fatendum tamen eſt rationem hanc minus germanam eſſe. Nam etſi ex ſolius minoris conſilio manumiſſio facta eſſet, nihilo magis tamen poſſet reſtitui aduerſus libertatem iam competentem. Vera igitur ratio eſt, quia dari reſtitutionem aduerſus libertatem iam competentem à prætore impoſſibile eſt. Ergo quod hic additur de maiore venditore, multo magis ſuperuacuum cùm nihil referat an qui vendidit maior ſit an minor. Sed ita hoc debet accipi vt ſi non poſſit reſtitutio dari minori qui emit à minore, multo minus danda ſit ei qui emit à maiore.

3 ¶ Ex facto quæſitum eſt: Adoleſcentes quidam acceperant curatorem Saluianum quendam nomine: hic, cùm curam adminiſtraſſet, beneficio principis vrbicam procurationem erat adeptus: & apud prætorem ſe à cura adoleſcentium excuſauerat abſentibus eis: adoleſcentes adierant prætorem, deſiderantes in integrum aduerſus eum reſtitui, quòd eſſet contra conſtitutiones excuſatus: cum enim ſuſceptam tutelam non alij ſoleant deponere, quàm qui trans mare reipublicæ cauſa abſunt, vel hi, qui circa principem ſunt occupati, vt in conſiliarij Menandri Attij perſona eſt indultum: metuiſſet autem Saluianus excuſationem: adoleſcentes, quaſi capti, in integrum reſtitui à prætore deſiderauerant. Arrius Seuerus, quia dubitabat, ad Imperatorem Seuerum retulit: ad quam conſultationem ſucceſſor eius Benidio Quieto reſcripſit nullas partes eſſe prætoris [k]: neque enim contractum proponi cum minore annis vigintiquinque: ſed principes interuenire, & reducere hunc ad adminiſtrationem, qui perperam eſſet à prætore excuſatus.

Ad §. 3. Ex facto.

k *Nullas partes eſſe prætoris.* Ratio dubitandi. Edictum hoc generale eſt quo prætor omnibus minoribus quoquomodo læſis pollicetur auxilium reſtitutionis, *l. 1. l. ait prætor 7. in princip. ſupr.* vbi dixi. Ergo licet nihil proponatur contractum cum minore annis 25. non eo minus tamen partes prætoris erant vt ex hac cauſa daret reſtitutionem, cum negari non poſſet quin læſi eſſent adoleſcentes in eo quòd eorum curator fuerat excuſatus contra conſtitutiones. Quòd ſi quis diceret fuiſſe illos læſos quod excuſatus fuiſſet perperam curator, & quia iis abſentib. cum audiri debuiſſent, *l. 1. C. ſi tut. vel cur. fal. alleg.* & quia contra conſtitutiones nulla iuſta excuſationis cauſa interueniente, [ſiquidem non alij ſolent ſuſceptam tutelam vel curam deponere quàm qui vel trans mare Reip. cauſa abſunt, vel circa principem ſunt occupati, cuiuſmodi ſunt ſilentiarij & ſenatorea cum ſint pars corporis principis, *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iulian. man.*] eum fateri neceſſe eſſet multo minus ſe interponere principem debere quàm prætorem. Nam ſi is qui ipſo iure munitus eſt fruſtra implorat auxilium prætoris, *l. in cauſa 15. cum l. præce,* longè magis repellendus eſt ne principi poſſit ſupplicare pro ea re quam iure communi obtinere queat, *l. Impp. 30. de reb. aut. iud. poſſ. alien. l. 15. de priuil. cred.* Atqui neceſſarium fuit principem interuenire ad reducendum curatorem hunc ad adminiſtrationem à qua perperam fuerat excuſatus. Non fuit ergo bona hæc ratio propter quam reſcribi deberet nullas hîc eſſe partes prætoris.

Ratio decidendi. Generale eſt hoc edictum ad reſtituendos minores qui quoquo modo læſi ſint ſiue faciendo aliquid ſiue non faciendo. At in caſu propoſito nullum damnum patiuntur adoleſcentes ex eo quòd aliquid fecerint vel non fecerint, ſed ex eo tantùm quòd curatores fuerint ipſis abſentibus excuſati. Nulla igitur ratio eſt propter quam reſtitui debeant, cum nec propriæ & inconſultæ facilitatis prætextum poſſint obtendere. Et ita generaliter accipi debent verba illa, *neque enim contractum proponi cum minore,* non eo ſenſu quo contractum ſeparatur ab eo quod actum aut geſtum eſt, vt in *l. Labeo 19. de verb. ſignif.* & tamen negari non poteſt quin læſi ſint, quia curatorem deſierunt habere eum quem antea idoneum habebant. Æquum igitur fuit principem ſe interponere manca & deficiente auctoritate prætoris, vt in *l. cum quidam 3. n. l. Pann. 86. de acq. her.* An ergo dicemus tenuiſſe ſententiam abſentibus iis latam? Ita eſt. Nec enim lex requirit vt adſint pupilli vel adoleſcentes cùm tutores aut curatores excuſantur, ſed tantùm vt per neceſſarias perſonas vel alias quæ vltro pro ipſis interueniant, defendantur, *d. l. 1. C. ſi tut. vel cur. falſ. alleg.* quod in hac ſpecie ponendum eſt interueniſſe. Nam vt propoſitæ quæſtioni locus eſſe poſſit, ſufficit adoleſcentes abfuiſſe, licet alij affuerint eorum nomine. Non enim non eo minùs verum eſt nihil cum adoleſcentibus geſtum fuiſſe aut quaſi geſtum tametſi ſoleat dici in iudicio quaſi contrahi, *l. 3. §. idem ſcribit. de pecun.* Id enim obtinet quod ad eos qui iudicio affuerunt per ſe vel per procuratorem, aut qui propter contumaciam haberi poſſunt pro præſentibus: quorum neutrum aptari poteſt his adoleſcentibus, quos ponimus abſentes fuiſſe, & qui propter ætatem contumaces eſſe non potuerunt, *l. contra pupillum §. 4. de re iud.* qui denique nec ſi vellent in iudicio tamen ſtare poſſent ſine curatore: quanquam non nego poſſe minorem etiam qui curatorem non habeat adire prætorē in iis quæ co-

gnitione

gnitione prætoria non iudicio expediuntur. Sed quomodo poteſt, inquies, tenere pronunciatio facta contra conſtitutiones? Aut quomodo poteſt neceſſaria eſſe reſtitutio minori ad eam reſcindendam cùm nec maioribus neceſſaria ſit appellatio? *l.expreſſim.19. de appell. iunct. l.præſes.41.infr.hoc t.* Reſpondeo non fuiſſe hunc curatorem tam contra quàm præter conſtitutiones excuſatum, vt bene Accurſ. cùm ſicut nulla conſtitutio eſt quæ excuſationis cauſam hanc reprobet, ita nec vlla ſit quæ admittat. Id enim tantùm conſtitutionibus cauebatur ne alij audirentur volentes ſuſceptam tutelam deponere, quam qui trans mare Reip. cauſa abeſſent aut circa Principem eſſent occupati. in quo numero non ſunt vrbis curatores vel procuratores. Cùm ergo nulla excuſatio admittenda ſit, niſi quæ cauſam habeat à legibus, vel Senatuſconſultis, vel conſtitutionibus approbatam, conſequens eſt vt curator hîc, de quo agimus, fuerit excuſatus contra conſtitutiones hoc ipſo quod ſecundùm eas excuſatus non fuit. Et alij quoque poſſunt etiam à ſuſcepta tutela excuſari, aut in perpetuum, vt qui poſtea cæcus, aut ſurdus, aut mutus, aut furioſus, aut valetudinarius factus eſt, *l.poſt ſuſceptum 40. de excuſ. tut.* aut ad tempus, vt qui non trans mare abſunt cauſa Reip. aut qui negotiationi cuipiam præpoſiti ſunt à principe, vt Accurſ. notat ex *l. geometræ 2. §.1. eod.tit.* Hæc verò neque Accurſ. intellexit neque Bartolus qui notauit eum eſſe ſenſum huius §. vt aduerſus ſententiam ipſo iure nullam minor non reſtituatur, ſed res in priſtinum ſtatum reducatur per iudicem competentem. Quaſi verò reſtitutio in hac ſpecie impetretur à principe de facto tantùm, non etiam ex iuris neceſſitate. In quo non plura ſunt verba quàm errata.

4 ¶ Sciendum eſt autem, non paſſim minoribus ſubueniri, ſed cauſa cognita, ſi capti eſſe proponantur.

Ad §.4. Sciendum.

R.dub. Fauor ætatis inducit beneficium & auxilium reſtitutionis ex hoc capite edicti De minoribus, *l. 3. ſup. h.t.l.de in int.reſt.* Ergo debuit prætor ſubuenire paſſim minoribus non interponere cauſæ cognitionem.

R.decid. Ætatis quidem fauor præbet cauſam reſtitutionis, ſed non ſolus, at ita demum ſi minor læſus ſit aut calliditate aduerſarij, aut propria facilitate, *leg.nam poſteaquam §.ſi minor de iureiurando.* Cauſæ igitur cognitio adhibenda neceſſariò fuit, ne alioqui magno incommodo afficerentur minores nemine cum iis contrahere volente propter metum reſtitutionis, ne quidem vbi minorum vtilitas id poſtularet, *l.quòd ſi minor 24.§.non ſemper l.non omnia 44.infr.hoc titul.l.ait prætor.7.§. quæſitum ſup.eod.*

5 ¶ Item non reſtituetur, qui ſobriè rem ſuam adminiſtrans occaſione damni non inconſultè accidentis, ſed fato velit reſtitui, nec enim euentus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas, & ita Pomponius libr.28. ſcripſit. Vnde Marcellus apud Iulianum notat, ſi minor ſibi ſeruum neceſſarium comparauerit, mox deceſſerit, non debere eum reſtitui [a], neque enim captus eſt emendo ſibi rem pernecceſſariam, licèt mortalem.

Ad §.5. Item non reſtituetur.

Ratio dubitandi. Nihil aliud exigit prætor ad dandam ex hoc edicto reſtitutionem, niſi vt minor doceat ſe & minorem fuiſſe & quoquomodo læſum, *l.ait prætor. 7 non ſolùm ſupr.hoc titulo leg.nam poſteaquam 9.§.ſi minor. de iureiur.* Ergo quamvis minor proponatur rem ſuam ſobriè adminiſtraſſe, non eo minus tamen reſtitui debebit etiam occaſione damni non inconſultè, ſed fato accidentis. Alioqui melioris conditionis erunt ſtulti quàm prudentes & frugi homines, quod eſſet ridiculum.

Ratio decidendi. Euentus damni non indulget reſtitutionem, ſed inconſulta facilitas minoris. Quæ ſi nulla interuenerit, non maior ratio eſt vt minori quam vt maiori ſuccurratur. Alioqui enim poſito iure nemo contraheret cum minore, vt diximus ad §.præced. ſi quidem fortuiti caſus neque præuideri poſſunt neque caueri, ob idque nec à ſapientiſſimo quoquam præſtantur, nec proinde à maioribus magis quàm minoribus euitari. Nec eſt contrarium quod Accurſ. obiicit, ex *l. 1. C. ſi aduerſ. ſolut.* Si debitor minoris ſoluerit minori etiam caute & ex curatoris auctoritate, perinde tamen reſtituendum eum eſſe ex damni euentu, ſcilicet ſi pecunia amittatur. Id enim falſiſſimum eſt, vt probauimus ad *leg.7.§.ſed & ſi ei pecunia*, & probatur etiam optimè ex hoc ipſo §. Euentus enim damni non inconſulta facilitas indulgeret reſtitutionem ſi reſtitueretur minor ad eam ipſam pecuniam iterum exigendam, cuius ſolutionem iam ſemel curatore auctore accepiſſet ſiue caſu aliquo fortuito ſiue ob minoris facilitatem pecunia deperdita proponeretur. Hoc enim addo vt refellam opinionem Accurſij ſic diſtinguentis. Quid enim poſſis ideo imputare illi qui bene iteque ſoluit?

a *Non debere eum reſtitui.* Ratio decidendi. Potuit & debuit minor proſpicere poſſe euenire vt ſeruus hîc moreretur: quòd cum non fecerit, credendus eſt per inconſultam facilitatem & temere acceſſiſſe ad huius ſerui emptionem. Ergo poteſt ea res afferre iuſtam cauſam reſtitutionis, vt ſcriptum eſt in ſpecie §. ſequentis.

Ratio decidendi. Non poteſt videri minor captus, ne quidem propria facilitate in emendo ſibi rem neceſſariam licèt mortalem. Nam & maior ac prudentior quilibet idem feciſſet. Non eſt igitur reſtituendus, *leg. vniuerſi in id.48. §.vlt.infr.hoc tit.* vt nec is qui vſus eſt iure communi, *l.vlt.Cod.de in integr.reſtit.l.inter eos 51. §.pen.in fin.de fideiuſſ.* Initio enim inſpecto factus eſt locupletior hoc ipſo quod non fuit factus pauperior, vt eleganter ſcriptum eſt, in *leg. in pupillo 47. §.1. de ſolut.* Fuiſſet enim factus pauperior ſi rem ſibi neceſſariam non emiſſet. Quid ergo ſi non neceſſariam, ſed vtilem duntaxat rem emerit? Idem eſſe putat Accurſ. Ego contrà puto. Non enim prudentis eſt emere rem mortalem, quamvis alioqui vtilem, niſi præterea ſit ea prudentia præditus quæ poſſit ſufficere ad rem illam ita adminiſtrandam ne ſibi pereat, cum haud dubiè periculo ſit res quæ ſit mortalis, quam ob cauſam ſolent prudentes patresfamilias huiuſmodi res citò vendere. Neque verò in ea re quæ minori vtilis eſſe potuit, locum habet ratio quam in re neceſſaria vſurpauimus, ex *d. l. in pupillo 47. §.1. de ſolut.* Idque innuens Vlpianus non contentus ita ſcripſiſſe, *ſi minor ſibi ſeruum neceſſarium comparauerit*, addit in ſeqq. *emendo ſibi rem pernecceſſariam.* Quod autem Accurſius obiicit non videri deceptum minorem qui iure communi vſus eſt, ex *d.l.vlt.C.de in integr.reſtit.* prorſus impertinens eſt. Aliud enim eſt minorem vti iure communi in quo nunquam fieri poteſt vt lædatur: aliud verò minorem id facere quod alij communiter faciũt. In quo nihil noui aut abſurdi eſt dari reſtitutionem minori poſtea damnum paſſo ex euentu qui præuideri potuerit & debuerit, vt in ſpecie *§.ſeq.* quæ tamen maiori danda non eſſet.

6 ¶ Si

6 ¶ Si locupleti hæres extitit, & ſubitò hæreditas lapſa ſit: (putà prædia fuerunt, quæ chaſmate perierunt, inſulæ exuſtæ ſunt, ſerui fugerunt, aut deceſſerunt) Iulianus quidem libro 46. ſic loquitur, quaſi poſſit minor in integrum reſtitui: Marcellus autem apud Iulianum notat, ceſſare in integrum reſtitutionem: neque enim ætatis lubrico captus eſt adeundo locupletem hæreditatem: & quod fato contingit, cuiuis patrifamilias, quamvis diligentiſſimo poſſit contingere.

¶ Sed hæc res afferre poteſt reſtitutionem minori, ſi adiit hæreditatem, in qua res erant multæ mortales, vel prædia vrbana, æs autem alienum graue: quod non proſpexit poſſe euenire vt demoriantur mancipia, prædia ruant: vel quòd non citò diſtraxerit hæc, quæ multis caſibus obnoxia ſunt.

Ad §.6. Si locupleti.

Ratio dubit. Pro Marcello. Non poteſt minori videri captus adeundo hæreditatem opulentam & quod fato caſúque contingit, cuius patrifamilias quantumvis diligentiſſimo poſſet contingere. Ergo non eſt minor ex hac cauſa reſtituendus. Sicut nec ob id minùs valet tranſactio de certa quantitate annua ad habitationem relicta, quod pro pecunia ſit præſtita habitatio, licèt ruinæ vel incendio ſubiecta eſt, *l. cùm hi 8. §. vlt. ſup. de tranſact.*

R. dec. Pro Iuliano. Læditur qui adit hæreditatem etiam locupletem ſi in ea hæreditate fuerit æs alienum graue, id eſt, annexum habens onus vſurarum, quo nihil grauius, multæ verò res mortales vrbanaque prædia quæ vel ruina vel incendio facilè perire poſſunt, non etiam ruſtica: quia debuit proſpicere poſſe euenire vt demorerentur mancipia & prædia ruerent ſi non citò diſtraherentur: æs autem alienum ſemper creſcere nec perire vnquam poſſet, *l. incendium 11. C. ſi cert. pet.* Ergo poteſt hæc ratio iuſtam afferre cauſam reſtitutionis. Vlp. autem Iul. ſententiam non Marcelli notam probat.

7 ¶ Item quæritur, ſi minor aduerſus minorem reſtitui deſiderat, an ſit audiendus, & Pomponius ſimpliciter ſcribit non reſtituendum. Puto autem inſpiciendum à prætore, quis captus ſit, proinde ſi ambo capti ſunt: verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit, melior eſt cauſa ſecundum Pomponium eius, qui accepit, & vel dilapidauit, vel perdidit.

¶ Planè ſi minor [b] annis cum filiofamilias maiore contraxerit: & Iulianus libro quarto digeſtorum, & Marcellus libro ſecundo digeſtorum ſcribit poſſe in integrum reſtitui [c]: vt magis ætatis ratio, quàm ſenatuſconſulti habeatur.

Ad §.7. Item quæritur.

R. dub. Pro Pomponio. Priuilegiatus non poteſt vti priuilegio contra æquè priuilegiatum, & eodem priuilegio: quia ſicuti priuilegium vincit legem communem ob idque odioſum exiſtimatur, ita vinci non poteſt niſi ab alio priuilegio potentiore, non ab eo quod ſit par & æquale. Atqui duo minores inuicem contendentes par priuilegium habent & parem fauorem ætatis. Ergo alter contra alterum reſtituendus non eſt.

R. dec. Nullum habet priuilegiũ minor quatenus minor niſi ſit etiam læſus, vt diximus, in *l. ſciendum ſupr.* Ergo ſi alteruter tantum læſus ſit, ſolus ille priuilegiatus eſt, non alius qui læſus non fuit. Proinde mirum non eſt ſolum eum reſtitui contra alium minorem non priuilegiatum, vt & in ſpecie, *l. vlt.* vbi eleganter Bart. *inf. ex quib. cauſ. maior.* Inſpiciendum igitur eſt à prætore quis captus ſit vt ſciatur quis ſit priuilegiatus. Proinde ſi ambo capti ſint, verbi cauſa, ſi minor minori pecuniam crediderit, & ille perdiderit, melior erit cauſa eius qui accepit vel dilapidauit: nec tantùm ſecundùm Pomponium, ſed etiam ſecundùm Vlpianum, qui Pomponij ſententiam hoc caſu probat iis verbis, *ſecundùm Pomponium*: ac ſi diceret, *quæ ſententia mea conuenit cum ſententia Pomponij in hac poſteriore ſpecie, non etiam in priore.* An ergo non reſtituetur alter contra alterum? Ita ſentit Cuiacius poſt Accurſium: quia cum vterque & minor & læſus inuenitur, hoc ipſo vterque & priuilegiatus & æquè priuilegiatus eſt. Conſequenter melior erit conditio eius qui pecuniam diſſipauit & perdidit. Sed malè, vt puto. Nam non poteſt fieri vt non teneatur is qui pecuniam accepit, licèt eam conſumpſerit, ſi non ei ſuccurratur per reſtitutionem. Obiicit Accurſ. Nullo caſu poſſe locum eſſe reſtitutioni in integrum, quia cum qui pecuniam ab alio accepit neceſſe eſt aut amiſiſſe illam, aut non amiſiſſe. Si amiſit, reſtitutio (inquit) locum non habet, vt hîc Vlp. ex Pomp. ſcribere videtur: ſi non amiſit, vterque tenetur iure communi, vt alius debitor quilibet: nec iuuatur per reſtitutionem, cùm læſus non ſit qui è contrario factus eſt locupletior. Niſi proponas [illegible] ſummſam. qui iuuetur Macedoniano. Idémque eſt ſi conſumpſerit quidem minor pecuniam, ſed ita vt ex ea conſumptione locupletior factus ſit. *l. ſi minor 34. hoc tit.* Nam nec conſumpta videtur pecunia quæ in corpus patrimonij verſa eſt, *l. idem eſt 73. de l. a.* Neque verò poteſt Accurſius ſe hinc extricare, qui neſcio quid ſomniat de dilationibus pactionibus & adhibitis in contractu, quem per reſtitutionem in totum reſcindi oporteat, & diſtinguit an minor curatorem habeat necne. Ego verò reſp. in hac quoque ſpecie, vtiam dixi locum eſſe reſtitutioni, neque Vlpianum aut Pomponium contradicere: ſed quod Vlp. ait contra Pomp. inſpiciendum eſſe à prætore quis captus ſit, ad eam ſpeciem referri debere in qua poſſit fieri vt alteruter tantùm ex minoribus captus fuerit. Alioqui ſi vterque captus eſſet, vterque reſtitueretur: quod fieri impoſſibile eſt. Hoc verò nunquam poteſt contingere cum minor minori pecuniam credidit. Nam ſi pecunia ſit amiſſa, vterque læſus intelligitur & qui credidit, quia cùm minore contraxit, & qui accepit, quia ſe obligauit pro pecunia quam poſtea amiſit. Si verò pecunia non ſit amiſſa, neuter læſus dici poteſt. Exemplum igitur aliunde petendum eſt. Finge minorem vendidiſſe minori rem immobilem cum decreto, pretio ducentorum aureorum quæ trecentis digna erat. Læſus fuit venditor non emptor. Alia huiuſmodi exempla innumera dari poſſunt: quale inter cætera illud quod affert Cuiacius, ex *l. 1. C. ſi mal. ſall. æ. n. alien. hab.*

b *Planè ſi minor.* Rat. dub. Non eſt ætatis excuſatio ei qui dum leges inuocat contra eas committit, *l. auxilium*

37.an

37.in fin.hoc tit. Atqui minor qui filiofam. pecuniam credidit, fecit contra SC. Maced. Ergo non eſt à prætore reſtituendus in integrum. Nec enim prætor minus cuſtos eſt legum & ſenatuſconſultorum quàm æquitatis: nec prætextu æquitatis poteſt quidquam facere contra leges, ſenatuſconſulta & principum conſtitutiones, *l. nec non 28. §.quoad eius u.fr. ex qui.cau.ma. l. cùm ſponſus 12. §. ſi reus de publ. in rem act.*

Rat.dec. Minor qui dolo malo aduerſus leges committit, putà ſi admittat ſtuprum vel adulterium, vel alia huiuſmodi quæ naturali iure & ratione prohibita ſunt, non poteſt reſtitui in integrum quia nullam habet iuſtam excuſationem, cum neque ætatis neque alio vllo prætextu poſſit ignorari prohibita eſſe ſtupra & adulteria, & cætera his ſimilia, quæ bonis moribus naturalibus repugnat. Sed non eſt ſimile ſi quis filiofam. credat pecuniam. Id enim neque bonis moribus neque naturali ratione prohibitum eſt, ſed tantum auctoritate SC. Maced. cuius ignorantia vt & aliarum legum omnium minori permiſſa & impunita eſt, *l. reg. 9. de iur. & fact. ign. l. vlt. C. eod. l. pen. C. de minor.* Maiorem ergo rationem ætatis quàm ſenatuſconſulti habere prætor debet: quia ætatis fauor habet æquitatem naturalem, *l. 1. ſupr. h. t.* Senatuſconſulti verò non niſi ciuilem.

c *Poſſe in integrum reſtitui.* Oppoſita nimirum reſtitutione in integrum per viam replicationis aduerſus exceptionem Macedoniani, quomodo opponitur aduerſus exceptionem iuriſiurandi in ſpecie, *dict. leg. nam poſteaquam 9. § ſi minor. de iureiur.* Ergo minor qui pecuniam credidit, aget condictione certi ex mutuo, quæ competit iure communi. Si filiusfamil. maior excipiet de SC. Maced. replicabit minor de ætate, & vt admittatur replicatio, quæ alioqui admittenda non eſſet iure communi impetrabit in eam rem reſtitutionem à prætore, etiamſi pecunia conſumpta ſit ante litem conteſtatam. At non reſtitueretur ſi credidiſſet minori qui pecuniam conſumpſiſſet ante litis conteſtationem, *l. ſi minor. 34. infr. hoc tit.*

12. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

SI apud minorem mulier pro alio intercesſerit, non eſt ei actio in mulierem danda, ſed perinde, atque cæteri, per exceptionem ſummoueri debet: ſcilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio reſtituitur: hæc, ſi ſoluendo ſit prior debitor: alioquin mulier non vtetur ſenatuſconſulti auxilio.

Ad l. 12. Si apud minorem.

Rat.dub. Maior ætatis ratio haberi debet quam SC. Macedoniani, vt diximus in *§. vlt. l. præced.* Quidni ergo maior etiam quàm SC. Velleiani?

Rat.decid. Differentia eſt inter cauſam SC. Macedoniani, & Velleiani, quod ex Velleiano ſuccurritur mulieri pro alio intercedenti ſiue nouandi animo ſiue non nouandi animo intercedat. Ex Macedoniano autem ei tantum filiofam. qui proprio nomine pecuniam accipiendo ſe proprio nomine obligauit. Inde fit vt faciliùs deneganda ſit in mulierem actio minori qui cum muliere contra Velleianum contraxit quàm in filiumfam. cum quo contractum eſt aduerſus Macedo. Nihil enim videtur priore caſu intereſſe minoris qui actionem habet in debitorem principalem, & quidem directam ſi nouatio nulla facta ſit aut vtilem & reſtitutoriam ſi qua nouatio facta proponatur, *l. quanquam 8. §. ſi mulier §. quoties & paſſ. ad SC. Velleian. l. ſi paternam 8. C. eod.* At intereſt minoris ne ſubmoueatur exceptione Macedoniani, qui nullum alium regreſſum habiturus eſt, atque ita moraretur in damno ſi non ei per reſtitutionem ſubueniretur. Quid ergo ſi prior debitor contra quem retinetur aut reſtituitur minori actio non ſit ſoluendo? Nihil ei proderit habere actionem quæ propter debitoris inopiam inutilis & inefficax ſit futura, *l. nam is 6. ſupr. de dol.* Ergo ne minor in damno remaneat, danda ei erit in mulierem actio, & deneganda mulieri exceptio Velleiani, vt maior ratio ætatis quàm SC. habeatur: quia hoc demum caſu bona eſt vtriuſque Senatuſconſulti comparatio, ſiue ab initio debitor hic fuerit ſoluendo ſiue non ſoluendo, vt rectè Accurſ. concludit contra Hugolinum: notans hoc caſu vt & in aliis pleriſque quos congerit ex inopia vnius dari in alium actionem. Hoc tamen non ſatis verè. Datur enim actio ex contractu aut ex delicto eius qui conuenitur, non ex inopia alterius. Sed ob alterius inopiam datur vtiliter & efficaciter, quæ alioquin eſſet inutilis & inefficax. Neque rurſum in hac ſpecie inopia prioris debitoris dat minori eidémque creditori actionem, ſed eam duntaxat efficacem conſtituit impediendo ne mulier vtatur exceptione Senatuſconſulti.

a *Scilicet quia communi iure.* R.dub. Etiamſi tutor vel curator interuenerit in eo negotio in quo minor læſus eſt, non eo minùs poteſt minor petere reſtitutio. in integrum aduerſus eum cum quo contraxit, nec ſi tutor vel curator ſit ſoluendo: & tamen poteſt iure communi indemnitatē conſequi minor à tutore vel curatore, actione ſcilicet tutelæ vel curæ, *l. 1. 2. & 3. C. ſi tut. vel cur. interu.* Ergo non eſt bona ratio qua hîc Gaius vtitur vt minor ideo non reſtituatur aduerſus mulierem quòd iure communi paratam habeat in alium actionem.

R.dec. Actio quæ competit pupillo vel minori contra tutorem vel curatorem non adimit ei beneficium reſtitutionis contra tertium: quoniam vtraque naſcitur ex eodem contractu in quo pupillus vel minor læſus eſt, aut vtraque potius ex læſione. Et ideo quòd pupillus vel adultus habiturus ſit eam actionem contra tutorem vel curatorem, non poteſt facere nec minor læſus videatur qui nec actionem illam haberet ſi læſus non eſſet. At actio quæ competit minori aduerſus alium prius quàm contrahat cum muliere, & quæ ipſi reſtituitur quoties Senatuſconſulti Vell. exceptione ſubmouetur, impedit ne poſſit videri læſus hoc ipſo quod cum muliere contraxit, eámque apud ſe pro alio intercedere paſſus eſt. Impedit ergo ne ſit reſtituendus quandiu prior ille debitor eſt ſoluendo. Et hæc vera huius rei ratio eſt non quam affert Accurſius de priuilegio contra priuilegium admittendo.

VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

IN cauſæ cognitione verſabitur, vtrum ſoli ei ſuccurrendum ſit, an etiam his, qui pro eo obligati ſunt, veputa fideiuſſoribus: itaque ſi cum ſcirem minorem, ei & fidem non haberem, tu fideiuſſeris pro eo: non eſt æquum, fideiuſſori in necem meam ſubueniri: ſed potius ipſi deneganda [b] erit mandati actio [c]. In ſumma perpendendum [d] erit prætori, cui potius ſubueniat, vtrum creditori, an fideiuſſori, nam minor captus neutri tenebitur [e]. Facilius in mandatore [f] dicendum erit, non debere ei ſubuenire: hic enim velut affirmator fuit, & ſuaſor, vt cum minore contraheretur.

¶ Vnde tractari poteſt: minor in integrum reſtitutionem vtrum aduerſus creditorem, an & aduerſus fideiuſſorem implorare debeat, & puto tutius aduerſus vtrumque [g]. Cauſa enim cognita [h], & præſentibus aduerſariis, vel ſi per contumaciam deſint [i] in integrum reſtitutiones perpendendæ ſunt.

Ad l. 3. In cauſa.

a *Non eſt æquum fideiuſſori in necem meam ſubueniri.* Ratio dubitandi. Exceptiones omnes quæ competunt reo & auxilia omnia competunt etiam fideiuſſori & quidem inuito reo, *leg. exceptiones 32. infr. de fideiuſſ. leg. vlt. ſupr. de pact.* Ergo quoties ſuccurritur minori, neceſſe eſt vt ſuccurratur etiam fideiuſſoribus, *l. minor 51. ſupr. de procur. leg. ſi pupillus 89. de acq. hær.* Tanto magis eſt quod alioqui nihil prodeſſet reſtitutio minori contra creditorem impetrata ſi non prodeſſet etiam fideiuſſoribus, quippe qui actione mandati regreſſum habituri eſſent contra minorem, *l. Marcellus 25. l. cum lex 46. de fideiuſſ. l. 5. de lib. leg.*

R. dec. Nihil intereſt minoris vt reſtitutio contra creditorem ab eo impetrata proſit vel non proſit fideiuſſori, quia æquè poterit reſtitui aduerſus ipſum fideiuſſorem agentem mandati pro ſua indemnitate, cùm non minus poſſit imputari ei qui fideiubet pro minore quàm alij cuilibet contrahenti cum minore. Nam contrahit etiam ille qui ſuſcipit mandatum. E contrario autem intereſt valdè creditoris cui cum minore contraxit & ab eo fideiuſſorem accepit vt reſtitutio minori conceſſa non proſit fideiuſſori, ſine quo non aliter fuerat creditor contracturus qui ob hoc ipſum accepit fideiuſſorem quod ſciret ſibi rem eſſe cum minore quem præuidebat impetraturum reſtitutionem aut quod dubitaret an minor eſſet qui ſe maiorem fortè dicebat. Denique vt plurimum fideiuſſores accipiuntur & dantur à minore propter incertum ætatis ac reſtitutionis, vt ait Papin. in *l. ſi Titius 48. de fideiuſſ.* Aliud ergo erit ſi quis à minore debitore fideiuſſorem acceperit tanquam ab alio quouis etiam maiore. Tunc enim reſtitutio minoris prodeſt fideiuſſori, eo ſcilicet iure communi quo auxilia omnia quæ minoribus competunt, ad eorum quoque tranſeunt fideiuſſores: multo magis ſi creditoris dolus cauſam dederit reſtitutioni, *l. 2. & tot. titul. C. de fideiuſſ. minor.* Nam & doli exceptio competens minori prodeſſet eius fideiuſſori, *l. exceptiones 7. §. 1. de except.* & æquum non eſſet fauere creditori, cuius dolus probaretur, vt bene hîc ratiocinatur Accurſ. ex illis verbis, *non eſt æquum.* Malè verò Cuiacius noſter diſtinguit an reſtitutio detur minori tanquam circumſcripto an tanquam læſo, vt hoc poſteriore caſu reſtitutio minoris non proſit fideiuſſori, quaſi beneficium perſonale. Nam imò verò etiam hoc caſu prodeſt dummodo non interceſſerit fideiuſſor tanquam pro minore. Finge fideiuſſiſſe pro eo quem maiorem putabat cùm eſſet minor. Nec Cuiacius ipſe negat ſuccurrendum hoc caſu fideiuſſori. Quanquam non aliud eſt, ſi fideiuſſerit pro eo quem ſciebat minorem dum ne fideiuſſerit tanquam pro minore, id eſt, aduerſus periculum & metum reſtitutionis & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papin. in *l. Stichum 95. §. quod vulgo de ſolut.* Idque conſtat etiam, ex *d. l. minor 51. de procur. l. ſi pupillus 89. de acquir. hered.* Quòd ſi bona eſſet ratio Cuiacij, eadem probaret priuilegium reſtitutionis minori competens non tranſire in hæredem minoris. Cum ea quæ ſunt merè perſonalia non magis tranſeant in hæredem quàm in fideiuſſorem, *leg. quia tale 14. ſolut. matr. l. ex pluribus 42. de admin. tut. l. in omnibus 68. l. priuilegia 196. de reg. iur.* Atqui non eſt verum reſtitutionis beneficium non tranſire in hæredem, *l. minor. 18. §. vlt. infr. hoc tit.* Ergo nec verum eſt quod vult Cuiac. non tranſire in fideiuſſorem.

b *Sed potius ipſi deneganda.* R. dub. Non debet fideiuſſori qui à minore mandatum ſuſcepit, officium ſuum eſſe damnoſum. Imò æquum eſt ſarciri ei damnum omne quod non haberet ſi mandatum non ſuſcepiſſet, *l. ſi ſeruus 61. §. quod vero de furt.* Ergo nunquam deneganda eſt fideiuſſori actio mandati in minorem pro quo fideiuſſit. Alioqui magno incommodo afficientur minores, quia non reperietur qui pro iis fideiubere velit, arg. *l. quòd ſi minor 24. §. non ſemper hoc tit.*

R. dec. Debuit eſſe curioſus fideiuſſor minoris vt in rem minoris pecunia verteretur cùm ſciret aut ſcire deberet futurum vt poſſet minor reſtitui non minus contra fideiuſſorem quàm contra creditorem ſi qua læſio interueniret, arg. *leg. vir vxori 17. §. vltim. ad SC. Velle. l. doli 19. in fin. de non.* Impetrari verò reſtitutionem neceſſe eſt ad hoc vt fideiuſſori aduerſus minorem actio mandati denegatur, quomodo hîc Accurſ. notat ex *§. prox. & l. 1. C. de fideiuſſ. minor.*

c *Mandati actio.* R. dub. Actio nulla eſſe poteſt ſine obligatione, *l. licèt 43. §. ead. obligatio, de procurat.* Atqui obligatio fideiuſſoris extinguitur petita per minorem in integrum reſtitutione aduerſus principem creditorem, cùm ea obligatio ſit acceſſoria quæ proinde non poteſt ſubſiſtere ſine principali, vulg. *l. cum principalis 178. de regul. iur.* Principalis autem tollitur per æſtimationem. Ergo non eſt cur quæratur an deneganda ſit à prætore vel danda actio quæ iam nulla ſit.

R. dec. Reſtitutio non tollit ipſo iure actionem, multo minùs obligationem ne quidem ciuilem, quia prætor ſicut dare non poteſt ea quæ ſunt iuris ciuilis, ita neque tollere, ſed tantum iuris ciuilis effectum impedire, *l. neceſſarius 57. de acq. hær.* Tantum abeſt vt poſſit tollere naturalem, quæ nec per ſententiam abſolutoriam tollitur, *l. Iulian. 59. de cond. ind.* quam tamen retineri ſufficeret vt fideiuſſor etiam ciuiliter maneret obligatus, ſi quidem poteſt omni obligationi accedere fideiuſſor etiam naturali, *l. 1. l. fideiuſſor obligari 16. §. fideiuſſor accipi infr. de fideiuſſ.* Falſum ergo eſt quod hîc Accurſ. ex Ioanne refert & admittit pro vero, ciuilem obligationem minoris tolli per reſtitutionem, niſi exponas quomodo ille exponit *tolli* pro *vulnerari.* Sed non erit bona expoſitio quoniam aliud longè eſt tolli actionem ciuilem, aliud verò vulnerari.

d *In ſumma perpendendum.*] R. dub. Non poteſt imputari creditori cui fideiuſſorem à minore acceperit cùm ea ratione ſibi cautum eſſe voluerit, *l. ſi mandatu 59. §. fin. infr. mandat. l. 4. §. addici de fideicommiſſ. libert.* E contrario ſolet imputari creditoribus ſi aut nullum aut minùs idoneum fideiuſſorem acceperint, *l. 1. §. item quæritur de ſeparat.* At imputari poteſt ei qui pro minore fideiuſſit cur fideiuſſerit. Nunquam ergo dubitare prætor poteſt quin potius ſubuenire debeat creditori quam fideiuſſori. Subuenire, inquam, non dato ei auxilio aliquo, ſed denegata minori aduerſus eum reſtitutione.

R. dec. Fieri poteſt multis caſibus vt æquius ſit ſubueniri fideiuſſori quàm creditori: vt puta ſi dolus interuenerit creditoris in circumſcribendo minore, cum hoc caſu poſſit etiam doli exceptione repelli creditor citra reſtitutionem: quæ doli exceptio haud dubiè prodeſſet fideiuſſori, vt ſupra diximus, ex *dict. l. 7. §. 1. de except.* Item ſi creditor fideiuſſorem à minore acceperit ſimpliciter & tanquam à maiore & à quolibet debitore, quia poteſt ei hoc caſu imputari, cur non acceperit contemplatione iuris prætorij, cùm poſſet & deberet ita facere vt ſibi proſpiceret aduerſus incertum ætatis & reſtitutionis, potius quàm fideiuſſori [illegible]

credibile eſt acceſſiſſe ad fideiuſſionem pro minore præſtanda ſpe & fiducia reſtitutionis minori competituræ, quam ſciuit ſi quando à minore impetraretur ſibi quoque profuturam.

e *Nam minor captus neutri tenebitur.* Vterque enim poteſt imputari cur cum minore contraxerit, ſed hoc quantum ad minorem. Nam quantum ad ipſos attinet qui inuicem quoque contraxerunt, ea ratio non poteſt impedire ne alterutri ſubueniendum ſit vt in damno non moretur, quod alioqui reſtitutio minoris vtrique eſſet allatura.

f *Facilius in mandatore.* R.dub. Mandator æquè eſt interceſſor & acceſſionis tantùm iure obligatus atque fideiuſſor, *l. inter cauſas 26. §. vlt. mand.* Ergo eadem vtriuſque ratio eſt, vt non facilius fideiuſſori ſubueniri oporteat quàm mandatori.

R.dec. Vterque quidem interceſſor eſt & pro alio acceſſionè obligatus: ſed tamen maior ratio eſt in mandatore vt non debeat tam facile ei ſuccurri contra creditorem quàm in fideiuſſore. Mandatum enim velut aſſirmator & ſuaſor fuit vt cum minore contraheret creditor qui alioquin fortaſſe neque contracturus erat cum minore, neque de minore, at ne quidem de contrahendo cogitabat. Mandator quærit & impellit creditorem vt contrahat: fideiuſſor è contrario quæritur & impellitur à creditore vt fideiubeat. Inde eſt quod iam olim electo vno ex pluribus mandatoribus cæteri non liberabantur, quod in fideiuſſoribus diuerſum erat, *l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi Iuſtinian. correcto iure vetere idipſum conſtituit in fideiuſſoribus quod in mandatoribus, vt vno electo alij non idcirco liberentur.

g *Et puto tutius aduerſus vtrumque.* Sic in *l. 1. in fin. C. de fideiuſſ. minor.* Ratio dubitandi. & dec. eadem quæ in præced.

h *Cauſa enim cognita.* Ratio hic redditur eius quod prius dictum fuerat prætori perpendendum, & in cauſæ cognitione verſari, an minori tantùm ſubuenire prætor debeat, an etiam eius fideiuſſori.

i *Vel ſi per contumaciam deſint.* Ratio dub. Nihil poteſt fieri abſente eo cuius intereſt, nec ſi reſcriptum principis in eam rem impetretur, *l. de vnoquoque 47. de re iud.* quia negotiorum merita partium aſſertione pandantur, *l. vlt. C. ſi vim vel al. mod.* Ergo ſi aut ei [illegible] abſint etiam per contumaciam non poteſt aduerſus eum reſtitutio concedi.

Rat. dec. Contumaces pro præſentibus habentur *§. appellationes Nouell. de iudic. Auth. qua in prouincia, [illegible] vbi de crimen agi oport.* ſcilicet in ipſorum præiudiciũ & pœnam contumaciæ, neque tamen ſemper contumaces ſunt qui ſunt abſentes. Poteſt enim fieri vt quis abſit, nec ideo tamen ſit contumax. Et hic per tres menſes expectandus eſt, *Nouell. 119. Vt ſponſ. larg. §. ad hac.* Quod ſi non veniat nihilominus fieri poteſt vt vincat [illegible] ſi bonam cauſam habeat. Partis enim abſentia ſupplenda eſt per Dei præſentiam, *l. properandum 13. C. de iud. l. 1. C. quom. & quand. iud.* At verus contumax nunquam poteſt vincere: quia ſemper contumacia litis damno coërcetur, *l. contum. quæ 53. de re iudic.* Adeo vt nec appellare liceat ei qui propter contumaciam ſuam fuit condemnatus, *l. 1. C. quor. appell. non recip.* niſi purgata prius contumacia, vt paſſim hodie fit per ſumptuum refuſionem. Ergo dicendum eſt citandos & ad iudicem euocandos eſſe omnes contra quos petitur reſtitutio, *leg. etiam 29. §. fin. hoc titulo.* Nec poſſe quidquam fieri niſi vocatis & citatis omnibus qui ex eo actu lædi poſſent, *l. nam ita 39. de adopt.* Sed non tamen perinde neceſſe eſt vt præſentes ſint ſi modò per eorum contumaciam fieri poſſit, vt pro præſentibus haberi debeant.

1 ¶ Interdum autem reſtitutio & in rem datur minori, id eſt, aduerſus rei eius poſſeſſorem, licèt cum eo non ſit contractum vt puta rem à minore emiſti & alij vendidiſti: poteſt deſiderare interdum aduerſus poſſeſſorem reſtitui, ne rem ſuam perdat, vel prætoria, vel re ſua careat, & hoc vel cognitione prætoria a: vel reſciſſa alienatione, dato in rem iudicio.

Ad §. 1. Interdum autem.

R.dub. Eadem ſolet eſſe ratio diſtrahendi negotij quæ contrahendi, *l. prout 80. de ſolut.* Atqui actio ex contractu eſt rationalis, *l. 1. & paſſ. de obl. & act.* Ergo & reſtitutio in integrum ad diſtrahendum negotium & contractum reſcindendum eſt in perſonam non in rem. Vnde etiam eſt quòd reſtitutio in integrum tractanda eſt, vt & cæteræ actiones perſonales in eo loco vbi habet domicilium is qui conuenitur, *l. 2. C. vbi cauſ. in integr. reſt.* Non eſt igitur danda contra tertium poſſeſſorem cum quo nihil contractum fuit, & cui non poteſt imputari, quod imputatur eis qui cum minore contrahunt, cur non fuerint cautius negotiati.

R.dec. Inde nimirum fit vt reſtitutio in integrum regulariter non detur, neque principaliter aduerſus alium, quàm cum quo contractum fuit. Sed tamen interdum neceſſaria eſt contra tertium, etiam quantumvis bonæ fidei poſſeſſorem. Nempe quoties minor aliter indemnis ſeruari non poſſet: quod ipſum dupliciter poteſt contingere, aut quia is cum quo minor contraxit: nec rem ipſam amplius habeat, nec ſit ſoluendo. Aut quòd etiam ſi ſit ſoluendo, intereſſit tamen minoris rem ipſam habere potiùs quàm rei æſtimationem: quam rem habere tamen non poteſt, niſi reſtitutionem impetret etiam contra poſſeſſorem, cùm is qui contraxit rem minoris alienauit. Ex hoc eſt quod Vlpianus hic ait, *ne rem ſuam perdat, neue re ſua careat:* vt bene Acc. explicat, ex *l. ſi ex cauſa 9. in princ. ſupr. hoc tit.* cui iungi poteſt, *leg. ſi in emptionem 34. infr. eod.*

a *Vel cognitione prætoria.* Id eſt prætore ipſo de iure reſtitutionis in integrum ex hac parte edicti cognitionem ſuam interponente, ideóque iubente ad ſe euocari non ſolùm eum qui cum minore contraxit, ſed etiam tertium poſſeſſorem, vt ſi minorem captum, atque ita ei ſubueniendum eſſe cognouerit contra vtrumque ſimul pronunciet, remque minori ſuam reſtitui iubeat. Nec enim verba edicti repugnant, quæ ſcilicet impersonaliter concepta ſunt, non ita vt demonſtrent eius ſolius perſonam, qui cum minore negotium geſſit, *l. 1. §. 1. leg. aut prætor 7. in princip. ſupr. hoc titul.* Hoc verò à pleriſque interpretibus & pragmaticis noſtris malè ſic accipitur, quaſi Vlpian. velit poſſe reſcindens & reſciſſorium cumulari, iunctis præſertim iis verbis quæ ſequuntur, *vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio.* Nam quod hîc dicunt de cognitione prætoria, neque ad reſcindens iudicium referri poteſt, neque ad reſciſſorium, ſiquidem non cognoſcit prætor per viam actionis & iudicij, ſed propriæ iuriſdictionis vi, *l. quod ſi minor. 24. §. vlt. infr. hoc tit.* Quod verò ſequitur oſtendit potius non poſſe cumulari reſcindens cum reſciſſorio, cùm nolit Vlpian. dari iudicium in rem quod reſciſſorium eſt, niſi poſt reſciſſam demum alienationem quæ hodie reſcindi nequit, niſi poteſtate iudicij reſcindentis. De eo ſcripſi latè, & de tota huius §. ſententia, in *Error. 1. 2. 3. & 4. Decad. 7. de Error. pragmat.*

a ¶ Pom

2 ¶ Pomponius quoque libro vigeſimo octauo ſcribit, Labeonem exiſtimaſſe ſi minor viginti quinque annis fundum vendidit & tradidit, ſi emptor rurſus eum alienauit: ſiquidem emptor ſequens ſcit rem ita geſtam, reſtitutionem aduerſus eum faciendam: ſi ignorauit, & prior emptor ſoluendo eſſet [a], non eſſe faciendam: ſin verò non eſſet ſoluendo, æquius eſſe minori ſuccurri etiam aduerſus ignorantem, quamvis bona fide emptor eſt.

Ad §. 2. Pomponius quoque.

R. dub. Si emeris ab eo qui cum minore contraxerat, & cui minor eundem fundum vendiderat & tradiderat, licèt ſcieris rem ita geſtam eſſe, id eſt, eum fundum minoris fuiſſe & ab eo ad priorem emptorem perueniſſe, non eo minùs verum eſt te bonæ fidei poſſeſſorem eſſe. Nec enim prædo eſt qui pretium numerauit, *l. nemo prædo 126. de reg. iur.* multò minùs qui emit à vero domino quem & dominum eſſe ſciuit, cum ſufficiat ad bonam fidem inducendam quòd eum à quo emit dominum eſſe putauerit, *l. 1. & paſſ. de public. in rem act. l. Celſus 27. de vſucap.* Ergo non debuit Vlp. diſtinguere an ſecundus emptor ſciuerit rem quæ geſta eſt inter minorem & primum emptorem an ignorauerit.

Ratio decidendi. Vtroque quidem caſu ſecundus emptor non tantum bonæ fidei emptor eſt, ſed etiam verus dominus. Sed tamen in eo differentia eſt an ſciuerit, an ignorauerit quòd ei qui ſciuit poteſt imputari cur emerit rem quam videbat poſſe quandoque peti per minorem beneficio reſtitutionis. Ob idque videtur ille anceps iſtud reſtitutionis periculum vltro ſubiiſſe: quod tamen non poſſis ſimiliter imputare illi qui rem minoris fuiſſe ignorauit.

a *Et prior emptor ſoluendo eſſet.* Ratio dubitandi. Vnde potuit diuinare is qui rem quæ aliquando minoris fuit à priore emptore comparauit; An prior ille emptor ſoluendo eſſet, id eſt, an haberet vnde poſſet ſatisfacere minori ſi omnia quæ inter minorem priorem emptorem geſta ſunt ignorauit? atque ita nec illud quidem ſciuit rem vnquam fuiſſe minoris? argument. *lege 4. §. illa etiam quæſtio, de doli exception.* Nam cum bona fide rem geſſerit quid poteſt ipſius intereſſe an alius ſoluendo ſit necne? argument. *leg. cum plures 12. §. 1. de admin. tut.* Aut quomodo poteſt quis bene totò contrahere ſi non bene nec tutò contrahit qui rem emit à vero domino. Cum dici ſoleat nec male contrahi cum tutoribus, ſi quis fortè rem pupillarem adeóque quaſi pupillarem emerit à vero tutore? *l. 4. §. 1. de euict.* Nec ſimile eſt quod fortè quis obiecturus ſit alienationem cum ſua cauſa fieri etiam in bonæ fidei emptorem, *leg. alienatio 76. de contrah. empt.* Id enim eum ſenſum habet vt non alio aut meliore iure poſſit res eſſe penes emptorem quàm fuerit penes venditorem, quantum ſcilicet, ad ea iura pertinet quæ ſunt in re ipſa eámque perpetuò comitantur cuiuſmodi ſunt iura pignoris & alia huiuſmodi realia. At reſtitutio in integrum non eſt huius generis. Neque enim rem afficit, ſed datur in perſonam, ideóque non poteſt ſequi ſingularem ſucceſſorem: arg. *leg. vlt. §. 1. de contrah. empt. l. 1. §. ſi hæres ad SC. Treb. ll.* Ergo non eſt danda contra tertium bonæ fidei poſſeſſorem.

R. dec. Ob has nimirum cauſas æquius eſt ſuccurri bonæ fidei emptori quàm minori, ſi modò minor indemnis ſeruari poſſit à primo emptore cum quo contraxit, quomodo ſeruari indemnis poteſt, quamdiu primus emptor vel eius hæres idoneus eſt quamvis poſſit minor prætendere ſua intereſſe, vt rem ipſam quæ aliquando ſua fuit habeat quam indemnitatem, & ita ſcriptum eſt in *l. ſeq.* vbi dicam. Sed ſi primus emptor eiúſve hæres ſoluendo non ſit, ideóque minor in damno moraturus ſit ſi non ei aduerſus tertium bonæ fidei emptorem ſuccurratur æquius eſt minori ſuccurri etiam aduerſus ignorantem & bonæ fidei emptorem: quia facilius potuit emptor ſcire rem quam emerat fuiſſe aliquando minoris, præſertim ſi fuiſſet curioſus vt eſſe debuerat in inquirendo an emeret à domino quàm minor impedire ne res quæ ab eo vendebatur, & in cuius venditione lædebatur à primo emptore in alium poſtea transferretur. Adde quod verba huius edicti impeiſonaliter ſunt concepta vt iam dixi,

14. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

PLanè quandiu is, qui à minore rem accepit, aut hæres eius idoneus ſit, nihil noui conſtituendum eſt in eum, qui rem bona fide emerit [a]: idque & Pomponius ſcribit.

Ad l. Planè. 14.

Rat. dub. Intereſt minoris rem ſuam habere potius quàm eius æſtimationem, *leg. ſi ex cauſa 9. in princ. ſupr. hoc tit.* Ergo etiamſi primus emptor eiúſve hæres idoneus ſit & ſoluendo, non eo minus tamen danda eſt minori reſtitutio contra tertium poſſeſſorem quamuis bonæ fidei emptorem. Alioqui dicendum erit in hoc dari reſtitutionem minori, vt cogatur rem ſuam vendere cum is qui rei ſuæ pretium etiam inuitus accipit hoc ipſo rem ſuam vendere videatur, *l. eius rei 46. & ſeq. infr. de rei vind. l. non enim 9. rer. amot.* Id enim eſt quod dici ſolet litis æſtimationem ſimilem eſſe emptioni, *l. 2. pro emptor. l. 1. de æſtim. act.*

Ratio decidendi. Non ſemper intereſt minoris rem habere potius quàm æſtimationem, ſed eò tantum caſu quo talis res ſit in quam cadat probabilis & honeſta affectio, vt in ſpecie, *l. ſi in emiſſionem 34 infr. hoc tit.* Sed tamen hoc quoque caſu puto locum habere, quod in hac lege ſcribitur ex Paulo nihil noui conſtituendum eſſe in eum qui rem bona fide emit, id eſt, qui rem illam minoris fuiſſe ignorauit, quando is qui à minore rem accepit aut hæres eius idoneus eſt, tametſi videam Accurſium diſſentire. Moueor ex *§. fin. l. præced.* vbi Vlpianus vel ipſo interprete Accurſio hunc quoque caſum tractat in iis verbis *vel re ſua careat*, neque tamen aliter dat actionem in ſecundum emptorem eo caſu quo primus non ſit ſoluendo quàm ſi ſciuerit rem geſtam inter minorem & primum emptorem. Item ex eo quòd huius legis verba valde generalia ſunt & præciſa quæ porro nullam diſtinctionem admittunt. Poſtremo etiam ex eo quod damnum contingens minori cum is re ſua carere cogitur non pecuniarum damnum eſt, ſed affectionis cuius proinde multo minor ratio habenda eſt & habetur in perſona primi quoque emptoris. Quanto igitur magis in perſona ſecundi emptoris, cui nihil prorſus imputari poteſt? Fateor minoribus etiam in lucro ſubueniri, *l. ait prætor 7. §. hodie ſupr. hoc tit.* & conſequenter multo magis ſubueniendum iis eſſe in damno etiam affectionis: quia qualecunque damnum facit cauſam reſtitutionis fauorabiliorem quàm lucrum qualecunque. Sed cum minori ſuccurri non poteſt citra iniuriam damnúmque illius cui nihil poteſt imputari, dico fauorabiliorem eſſe cauſam tertij bonæ fidei poſſeſſoris, quam minoris cuius nihil intereſt niſi ratione damni quod ſit affectionis tantùm aut ratione lucri omiſſi.

n *Qui rem bona fide emit.* Id eſt, qui omnia inter minorem & primum emptorem geſta ignorauit. Hoc enim ſenſu bonæ fidei emptorem Paulus & Vlpianus dixerunt non quomodo aliàs accipi ſolet de eo qui rem alienam à non domino, quem dominum eſſe putabat, comparauit. Quod vero hinc generaliter colligit Bartol. prioris contrahentis bona prius diſcutienda eſſe quàm perueniatur ad tertium poſſeſſorem, quem ignorantia excuſat, vereor ne non ſit probabile, eo ſcilicet caſu quo bona quæ per tertium poſſidentur, ſunt actori obligata. Alioqui probaret hic locus iam inde ab Vlpiani & Pauli temporibus competiiſſe tertio poſſeſſori beneficium excuſſionis, quod falſum eſt cum fuerit nouo iure inductum à Iuſtin. *Nouell. 4. de fideiuſſ.* Et toti veteri iuriſprudentiæ incognitum extra caſum, *l. Moſchis 47. de iur. fiſc.* Habet ergo hic locus rationem ſpecialem quam attuli, quòd reſtitutio in integr. quæ ex hoc edicto datur minoribus, licèt imperſonaliter & in rem magis quàm in perſonam concepta ſint verba edicti, rem ipſam tamen non afficit, ſed perſonam, nec datur minori contra tertium poſſeſſorem niſi quodammodo in ſubſidium, ac proinde quatenus duntaxat neceſſe eſt vt indemnis ſeruetur.

15. Gaivs lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

SEd vbi reſtitutio datur poſterior emptor reuerti ad auctorem ſuum poterit.

Ad l. Sed vbi. 15.

Ratio dubitandi. Qui rem quam à minore comparauit non refragantibus legibus alij ſubinde vendidit, is neque rem alienam vendidit neque alij obligatam, cùm factus ſit dominus per emptionem. Emit enim à domino & iure non prohibente. Ergo non poteſt obligatus eſſe de euictione. Sunt namque duæ illæ cauſæ ex quibus actio de euictione naſci ſolet, *l. 3. & paſſim Cod. de euiction.*

Rat. dec. Euictio debetur à venditore omni caſu quo non licet emptori rem habere. Quid enim refert emptoris an rem habere ideo non poſſit quòd aliena fuerit aut obligata? An quia fuerit minoris cui reſtituenda ſit cognitione prætoria? *l. euictus 35. l. minor 39. de euiction.* Id eſt, an iure communi res euincatur an ſpeciali per beneficium & auxilium reſtitutionis? Etſi enim non videtur venditor aut expreſſe aut tacitè hoc promiſiſſe quod extraordinario prætoris auxilio & contra ius commune euenire poſſet, *l. 3. in principio & §. 1. ratam rem habet.* Æquum tamen non eſt beneficium prætoris cuiquam eſſe captioſum, *leg. Paulus notat. 8. de prætoria ſtipulatione,* vt Accurſius noſter non inſubtiliter ratiocinatur, ad *d. l. minor.*

1 ¶ Per plures quoque perſonas ſi emptio ambulauerit, idem iuris erit.

Ad §. 1. Per plures.

R. dub. Quo plures perſonæ ſunt per quas emptio ambulauit, eo minus æquum eſt inquietari poſſeſſorem eundémque vltimum emptorem, cùm tanto minus ei imputari poſſit quod emerit rem quæ aliquando fuit minoris, aut quod non fuit diligentior & curioſior in inquirendo an ea res minoris aliquando fuiſſet. Ne alioqui detur progreſſus in infinitum ſi etiam iis qui emũt à maiore neceſſitas imponatur perquirendi an ex tot venditoribus qui præceſſerunt aliquis fuerit minor. Ergo multum intereſt an per duas tantum perſonas emptio ambulauerit, an per plures.

Rat. dec. Eædem rationes quas ſupra attulimus pro minore reſtituendo contra ſecundum emptorem militant etiam contra tertium, quartum & quintum, aliósque deinceps, quia omnimodo minor indemnis ſeruandus eſt, dum ne ſoli eius affectioni indulgeatur, propter quam ſane in damno morari poſteriorem emptorem æquum non eſſet. Ex quo fit apertius quod in præcedenti diximus, ſi primus emptor eiúſve hæres idoneus ſit & ſoluendo non eſſe faciendam reſtitutionem aduerſus ſequentes emptores, nec ſi minoris interſit rem potius habere. Nemo enim negauerit parcius ei ſuccurrendum ex hac cauſa cum per plures perſonas emptio ambulauit: quo tamen caſu idem iuris eſſe Paulus hîc ſcribit, lunge *l. ſi pro re 22. §. & ſeq. inf. de euict.* At cum minor non aliter audiendus ſit petens in integr. reſtitutionem quàm ſi pecuniã reſtituat quę ei data fuit, ſiue in totum, ſi fortè ſoluta ſit curatori, ſiue quatenus ſaltem locupletior factus eſt, *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio, l. patri 27. §. ſi pecun. infr. h. t.* At cogendus erit eam pecuniam reſtituere primo emptori cum quo contraxit, an tertio poſſeſſori qui ipſe conuenitur? Et Accurſ. quidem variat, vt ſolet. Sed cum iam toties dixerimus poſt Vlp. & Paulum non aliter dandam minori reſtitutionem contra tertium bonæ fidei emptorem qui rem cum minore geſtam ignorauit, quàm ſi primus emptor eiúſve hæres non ſit ſoluendo, intrepidè dicendum eſt reſtituendam poſſeſſori pecuniam, vt qui actionem de euictione nullam niſi inefficacem ob inopiam debitoris ſui habere poteſt, *l. nam is nullam 6. de dol.* vt hoc ſaltem habeat ex perſona primi emptoris pro cuius facto conuenitur quod emptor ille habiturus eſſet ſi conueniretur arg. *l. qui ſolid. 78. §. 1. de l. 2. l. dot. 6. in fin. de collat. bon. l. empt. 65. de rei vind.* Cum in eo nulla fiat iniuria vel minori, cuius planè nihil intereſt cui reddat pecuniam dummodo liberetur, vel primo emptori, qui ſi ſoluendo eſſet pleniſſimam indemnitatem ſecundo emptori præſtare cogeretur, quique proinde ex ea pecuniæ reſtitutione vltimo emptori facta nullo damno afficiatur, arg. *l. in creditore 38. de euict.* tanto minus ſcilicet ei ex cauſa euictionis debiturus.

16. Vlpianvs lib. 11. ad Edictum.

IN cauſæ cognitione etiam hoc verſabitur, num fortè alia actio poſſit competere [a] citra in integrum reſtitutionem. Nam ſi communi [b] auxilio, & mero iure munitus ſit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Vtputa cum pupillo contractum eſt ſine tutoris auctoritate nec locupletior factus eſt.

¶ Item relatum eſt apud Labeonem, ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit [c], vel etiam donationis cauſa, [d], nullam eſſe ſocietatem nec inter maiores quidem: & ideò ceſſare partes prætoris, idem & Ofilius reſpondit: ſatis enim ipſo iure munitus eſt.

Ad l. In cauſa. 16.

Num fortè alia actio poſſit competere. Rat. dub. Reſtitutio in integrum quæ ex hoc edicti capite competit non eſt ſimilis ceteris quæ dantur ex duabus prioribus

bus partibus edicti, id eſt, ex edicto. Quod metus cauſa, & De dolo. Illa enim ita demum dantur ſi alia actio non ſit, *l. item ſi cùm 14. §. cauſæ, ſupr. quod met. cauſ. l. 1. §. ait prætor. leg. & eleganter 7. in princ. & paſſ. ſupr. de dol.* Hæc verò datur etiamſi alia actio ſit, *§. Pomponius h. l.* Ergo non hoc in cauſæ cognitione verſari poteſt an alia actio poſſit competere citra in integrum reſtitutionem.

R. dec. Aliam actionem Vlp. hîc intelligit non quamcunque ſed eam duntaxat quam haberet minor ſi negotium quod geſſit geſtum non eſſet, id eſt, quæ ei competit ipſo iure, idque non aliam ob cauſam quàm quod ipſo iure non valeant quæ geſta ſunt per minorem. Cuius rei exempla ponuntur in hac lege ſi fortè cum pupillo contractum ſit ſine tutoris auctoritate, nec is locupletior factus ſit. Item, ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit vel etiam donationis cauſa: quibus caſibus certum eſt cùm ipſo iure contractus non teneat nullam ex eiuſmodi contractu actionem contra minorem aut pro minore naſci. Actio enim præſupponit obligationem, obligatio contractum. Atqui ſi negotium nullum geſtum eſſet nulla actione poſſet conueniri pupillus ex eo contractu ex quo locupletior factus non eſſet: rem autem ſuam de qua perperam & contra leges contraxit poſſet vendicare. Nulla ergo indiget reſtitutione quoniam habet aliam actionem ſibi competentem ipſo iure, id eſt, vindicationem. Quòd ſi aliam haberet actionem ex ipſo negotio competentem verbi gratia condictionem vt in ſpecie, *§. Pomponius*, non eo minus danda eſſe minori reſtitutio. Atque ita hic locus accipiendus eſt, non quomodo à Cuiacio qui poſt Accurſium hîc notat actionis verbo etiam contineri ſua dicendum nullum, vt in edicto De dolo malo, quod vtrumque falſum eſt. Nec enim iure noſtro quidquam dicitur nullũ per viam actionis, ſed ob hoc ipſum quod quid nullum eſt priſtina actio ſiue vindicatio ſiue alia illa ſit competit quæ non competeret ſi contractus nullus non fuiſſet. Malè rurſum idem Cuiacius addit eſſe ſemper aliam actionem minori ſi id minor malit: priſtinam ſcil. inquit ille, vel in rem reſciſſa alienatione, vel in perſonam reſciſſa liberatione ex *l. in cauſa 13. §. interd. ſupr.* Nam cùm neceſſe ſit reſcindi alienationem vt actio in rem competat, vel liberationẽ vt actio in perſonam: reſciſſio autem illa non fiat niſi per in integrum reſtitutionem: apparet ſatis non eſſe has actiones tales de quibus poſſit dubitari, an debeant impedire reſtitutionem, quam è contrario petitam ſupponunt & impetratam. Nec ſubtilius eſt quod idem Cuiac. ſubiicit. Eſſe etiam minori ſemper ætatis exceptionem & replicationem: ex *l. nam poſteaquam 9. §. ſi minor. de iureiur.* Is enim locus probat potius neque exceptionem ætatis eſſe neque replicationem niſi beneficio in integrum reſtitutionis vt oſtendunt verba illa Vlpiani. *Sed plerumque ipſum prætorem debere cognoſcere an minor captus ſit & ſic in integrum reſtituere:* quod & Accurſius noſter ad eum locum notat. Debuit ergo Cuiacius dicere. Tunc aliam actionem minori competere citra reſtitutionem cum id quod à minore geſtum fuit ita nullum eſt vt neque actionem in eum aliquam nouam parere potuerit, neque ſi quam veterem aut actionem aut exceptionem habuit ei auferre. Proinde his caſibus ceſſare partes prætoris nec reſtitutioni locum eſſe.

b *Nam ſi communi.* R. dub. Auxilium appellationis eſt commune auxilium iuris, *l. 3. §. falſus procurator Rat. rem hab.* Atqui quod appellatio interpoſita præſtat maioribus, id beneficio ætatis per reſtitutionem conſequuntur minores, *l. præſes 41. infr. hoc tit.* Ergo etiam ei qui communi auxilio munitus eſt tribui debet extraordinarium auxilium reſtitutionis.

R. dec. Non ait Vlp. quod plerique putant non eſſe dandum minori auxilium reſtitutionis ex hoc capite, cùm ei aliud competit ordinarium & commune, ſed non eſſe dandum ei qui communi auxilio & ipſo iure munitus eſt, id eſt, cui auctoritas iuris illæſum ius ſuum conſeruauit non obſtante negotio, quod geſſit perinde atque ſi non geſſiſſet. Itaque pro ſynonimis iſta accipit Vlpianus *communi auxilio, & ipſo iure munitum quem eſſe,* & commune auxilium intelligit non quod ſit commune maioribus & minoribus, quale eſt auxilium appellationis (nam & minor appellare poteſt ſi id malit.) ſed quod minoribus omnibus aut pupillis omnibus commune eſt ex ſola iuris auctoritate citra vllam adeundi prætoris neceſſitatem: ad differentiam auxilij reſtitutionis pro quo impetrando neceſſe eſt adiri prætorem adeóque cauſæ cognitionem ab eo interponi. Idque apparet etiam ex eo exemplo quod ſtatim ſubiicitur de pupillo qui ſine tutoris auctoritate contraxit nec locupletior factus fuit. Quod enim is non obligatur, fit quidem iure communi pupillis omnibus: ſed tamen quod poſſis dicere proprium pupillorum cùm neque maioribus neque verò minoribus adultis ſit commune. Alia ſanè exempla quæ ſequuntur pertinent ad ius commune omnis ætatis hominibus, vt textus ait. Cùm autem in hoc verſ. reddat Vlp. rationem eius quod prius dixerat in cauſæ cognitione etiam hoc verſari, num fortè alia actio poſſit competere vt nimirum ſi competat reſtitutio non detur ſiue generalis ſit ſiue ſpecialis (hoc enim addo vt Ioannis diſtinctionem conuellam) apparet non alio ſenſu ita ſcripſiſſe Vlpianum quàm quo ſupra interpretati ſumus. Et in eo quoque Ioannem erraſſe qui hunc verſiculum ſic accepit ac ſi non tam dicti rationem contineat quàm nouum à ſimili argumentum. Si enim ita ſenſiſſet Vlp. debuerat ſcribere, *nam etſi communi auxilio,* non quomodo ſcripſit *nam ſi.* Illud ſane verum eſt quod hîc notat Accurſ. non debere auxilium extraordinarium peti vbi competit ordinarium & commune, ex *leg. cùm ſint 11. infr. de Carbon. edict. leg. quædam 9. ſupr. de edend. leg. 1. in fin. ad municip.* Noli tamen ſic intelligere vt non poſſit dari reſtitutio ei qui ſit ipſo iure munitus. Non debet quidem dari vt hîc Vlpianus loquitur, ſed tamen poteſt quamvis ex abundanti & non neceſſario, *l. 2. & l. ſiquidem 11. C. de præd. minor.* Nemini enim facit iniuriam prætor cum dat reſtitutionem ei qui ſatis tutus eſt ipſo iure, non magis quàm cum dat prætoriam actionem ei qui habet ciuilem, *l. 3. §. ait prætor infr. naut. caup. ſtab.* aut cum dat exceptionem ei qui habet actionem, *l. 1. §. is autem de ſuperf.*

c *Si minor circumſcriptus ſocietatem coierit.* Ratio dubitandi. Licèt bona fides contraria ſit fraudi & dolo, *l. 3. §. vlt. pro ſoc.* tamen dolus interueniens in ceteris contractibus bonæ fidei, putà in venditione & emptione, non ideo facit contractum ipſo iure nullum niſi etiam dederit cauſam contractui, *§. idem Pomponius infr. h. l.* iunct. *l. & eleganter. 7. ſupr. tit. prox.* Et ideo venditionem ex doli cauſa per reſtitutionem reſcindi neceſſe eſt, *leg. ſi dolo 5. C. de reſcind. vend.* Falſum igitur eſt ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit adeo nullam eſſe ſocietatem, ne inter maiores quidem nulla ei ſit opus reſtitutione.

R. dec. Locus hic vt & *d. §. vlt. l. 3.* accipiendus eſt de dolo qui interuenerit in eo ipſo vt minor ſocietatem coïret, quam alioqui nunquam fuiſſet coïturus, id eſt, de dolo qui dederit cauſam contractui ſocietatis. Quod genus doli certum eſt ita repugnare bonæ fidei, vt nullum faciat contractum quemlibet, qui alioquin bonæ fidei eſſet, *d. l. & eleganter 7.* vbi dixi. Non tamen diſplicet quod notat Accurſius contractum hoc caſu teneri ex parte illius qui dolum paſſus eſt vt poſſit agere pro ſocio ſi velit. Non quaſi contractus pendeat in id vſque tempus quo ſuam ille declarauerit voluntatem, quod abſurdum eſſet: arg. *l. Pomponius 9. de negot. geſt.* Sed vt ab initio ſtatim ex parte ipſius teneat, non ex parte alterius, quippe qui dolum ſuum allegare non po-

teſt, *l. ſi creditorib. 5. C. de ſeru. pign. dat. manu.* Quanquam non eo minus permittendum eſt doloſo, vt excipiat ex eodem contractu ex quo conuenitur, *l. ſi in emptione 34. §. item ſi emptor.* vbi aliquando dicemus, Deo faciente, de contrah. empt.

d *Vel etiam donationis cauſa.* R. dub. Vnuſquiſque ſuæ rei moderator eſt & arbiter, vulg. *l. in re mand. 21. C. mand.* Ergo ſi quis ex ſociis velit donationis cauſa coïre ſocietatem non eſt impediendus.

R. dec. Donationis cauſa ſocietas rectè non contrahitur, ne quidem inter maiores, *l. 5. §. vlt. pro ſocio*, vt neque venditio: nimirum ſi in totum non pro parte ita contrahitur, *l. ſi quis donationis, 38. de contrah. empt. l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi inter de don. int. vir. & vxor.* Nec enim id fieri poteſt quin aliud agatur, aliud ſimuletur quod bonæ fidei contractus non admittit. Hactenus autem ſuæ rei moderator quiſque eſt arbiter, dum ne tamen vis vlla legibus fiat. Legis enim eſt non hominis priuati legibus & iuribus imperare, *l. vlt. de ſuis & leg. l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* Ergo his caſibus ceſſant partes prætoris in danda minori reſtitutione, quia minor ipſo iure ſatis munitus eſt, qui in eadem conditione & cauſa eſt, ſi conſeruatur in qua eſſet, ſi nullum negotium geſſiſſet. Denique hoc vnum in his omnibus caſibus vult Vlpianus non debere ſe interponere prætorem ad reſcindendum per reſtitutionem factum illud quod ipſa iuris auctoritas iam fecerit irritum & infectum, & per quod non magis impediatur minor rem ſuam vindicare, quàm ſi ſocietatem nullam contraxiſſet. Societas valida impedit ne quis ex ſociis res ſuas vindicare poſſit, cùm ſocietas fecerit eas communes. Sed ſocietas inutilis cum effectum nullum habeat priſtinam actionem, id eſt, vindicationem quæ alioqui competeret impedire non poteſt.

1 ¶ Pomponius quoque refert libro vigeſimooctauo cùm quidem hæres rogatus eſſet fratris filiæ complures res dare ea conditione, vt ſi ſine liberis deceſſiſſet, reſtitueret eas hæredi: & hæc defuncto hærede, hæredi eius cauiſſet, ſe reſtituturam: Ariſtonem putaſſe in integrum reſtituendam. Sed & illud Pomponius adiicit, quòd potuit incerti condici hæc cautio etiam à maiore, non enim ipſo iure, ſed per condictionem munitus eſt.

¶ Et generaliter probandum eſt, vbi contractus non valet, pro certo prætorem ſe non debere interponere.

Ad §. 1. Pomponius.

R. dub. Vbi alia actio poteſt competere citra in integrum reſtitutionem non eſt danda reſtitutio, vt proximè dictum eſt initio huius legis. Atqui in hac ſpecie competit condictio incerti, quoniam cautio præſtita hæredi hæredis pro fideicommiſſo conditionali, cuius conditio iam defecerat fuit prorſus indebita. Siquidem fideicommiſſum conditionale neque debetur ante impletam conditionem, neque ad hæredem tranſmittitur, *l. vnic. §. ſin autem aliquid. Cod. de caduc. toll.* Ergo non debet hoc caſu dari reſtitutio.

Ratio dec. Eſt quidem munitus minor per condictionem quæ competeret etiam maiori, quia non magis in maioris quàm in minoris poteſtate eſt facere, vt fideicommiſſum conditionale ad hæredem fideicommiſſarij tranſmittatur. Sed non eo minùs reſtitutio locum habet, quia non ipſo iure munitus eſt hoc caſu minor, id eſt, ita vt nullo facto indigeat vt indemnis ſeruetur, cum neceſſe ſit ei vt condicat, ne alioqui remaneat obligatus. Proinde cum aliquid ei neceſſariò faciendum ſit ad conſequendam indemnitatem tam facilè, tamque æquũ eſt dari ei reſtitutionem atque condictionem. Quod planè diuerſum eſſet ſi ſola iuris auctoritas poſſet ſufficere ad conſeruanda ei iura integra quæ ante habebat. In eóque differt maximè condictio à vindicatione. Condictio enim præſupponit contractam obligationem aut factam dominij tranſlationem, naſcitúrque ex negotio, quod tenet ipſo iure, *l. ſi area 33. de condict. indeb.* ſicut & reſtitutio, atque ita ſpeciem quandam habet reſtitutionis, cùm per eam dominium quod fuerat tranſlatum repetatur, aut contracta obligatio reuocetur. Quare nec mirum eſt ſi concurrat cum reſtitutione in integrum in perſona minoris.

At vindicatio è contrario tunc competit cum negotium quod geſtum fuerat vt dominium transferretur, ipſo iure non tenet. Præſupponit enim dominium manſiſſe illum qui ante fuerat, nec proinde vlla egere reſtitutione. Nimirum propter concurrentem iuris communis & ordinarij poteſtatem. Dices condictionem non poſſe quidem proponi niſi interueniente aliquo facto agentis, ſed tamen competere ipſo iure. Non ergo hac parte differre à vindicatione. Nam & vindicare facti eſt non iuris, ſed aliud eſt dicere, condictionem competere ipſo iure quod non nego, aliud verò munitum eſſe ipſo iure, eum qui poteſt habere condictionem, quod hic Vlpianus negat, cum opponit iſta tanquam contraria, *munitum quem eſſe ipſo iure*, &c. *munitum eſſe per condictionem.* Munitum enim ipſo iure intelligit non cui aliqua actio ipſo iure competit ex negotio, quod geſſit, ſed cui è contrario nulla competit ex illo negotio, & contra quem etiam nulla, quia negotium non tenuerit. quod euenit quoties contractus non tenet. Quo tamen caſu vindicatio competit, & conſequenter alia actio citra reſtitutionem, at non ex negotio geſto, imò ob hoc ipſum quod cum contractus ipſo iure non tenuerit nihil geſtum intelligatur. Ideóque bene ſubiicit Vlpianus *& generaliter probandum eſt vbi contractus non valet pro certo prætorem ſe non debere interponere.* quo velut epilogo totam hanc tractationem concludit, & interpretationem noſtram mirificè confirmat, non ait, *vbi alia actio eſt*, inquit Cuiac. ſed *vbi contractus non valet.* Verum idem in hoc loco vtriuſque formulæ ſenſus eſt, vt apparebit ſi huius legis initium iungas cum hoc fine. Ibi enim dixit Vlp. ſi alia actio ſit non dari reſtitutionem. Hic verò, non debere prætorem ſe interponere vbi contractus ipſo iure non valet, nempe, quia cum contractus ipſo iure non tenet, per quem voluit minor dominium rei ſuæ in alium transferre, alia ſemper actio competit, ſcilicet, vindicatio quæ ante contractum competebat, nec proinde naſcitur ex negotio. At cum contractus ipſo iure tenet, non poteſt competere vindicatio, ſed neceſſe eſt recurri ad condictionem quæ naſcitur ex negotio ipſo, vt dixi ex *leg. ſi in area 33. de condict. indeb.* Tota igitur hæc quæſtio in eam tandem diſtinctionem noſtram incidit, an alia actio competat ex eo ipſo negotio ex quo petitur reſtitutio, an ipſo iure citra negotium, vt ſi alia competat ex negotio, reſtitutio quoque detur, aut ſi aliud remedium, putà appellationis. Tam enim appellationi quàm reſtitutioni in integrum aduerſus ſententiam dat cauſam ſententia & condemnatio, ſi verò alia competat ſed aliunde quàm ex ipſo negotio, ea verò impediat reſtitutionem. Hoc verò neque Ioannes neque Martinus intellexerunt qui de huius loci ſententia tantopere pugnarunt. Etſi melius Martinus in eo quod ſenſit Ariſtonem bene putaſſe, nec fuiſſe à Pomponio reprehenſum. Illam denique rationem, *non enim ipſo iure*, &c. ad Ariſtonis ſententiam probandam referri debere non ad probandam adiectionem Pomponij:

ponij: Nam cum initio legis dictum eſſet non eſſe dandam reſtitutionem ſi alia ſit actio videbatur hoc ſuadere, non eſſe igitur dandam in ſpecie ab Ariſtone propoſita cum in ea detur condictio, quam obiectionem diluit Vlpianus iis verbis *non enim*, vt intelligamus quod initio dictum fuerat, *ſi alia actio non ſit*, de ea demum actione intelligi debere, quæ competat ipſo iure aliunde quàm ex negotio quod geſtum fuit. Malè igitur interpretes noſtri vulgo exiſtimant minorem qui læſus eſt, vltra dimidiam iuſti pretij non poſſe reſtitui ex hoc edicto niſi cum ipſius intereſt rem omnimodo habere quaſi ſufficere ei debeat, quod habeat auxilium commune, *leg. 2. Codice, de reſc. vendit.* Quod in ſpecie conſuluit, *Crauet conſ. 7. n....* Nam cum vtrumque auxilium ex huius edicti, & *dicta leg. 2.* Ex eodem negotio & contracto naſcatur, non poteſt reſtitutio per condictionem impediri. Præſertim cùm valde interſit minoris, vt ex hoc edicto potius reſtituatur, ſiue quòd non tam facilè ſit enormem læſionem, & quæ vltra dimidiam iuſti pretij ſit probare, quàm aliam minorem, ſiue quod etiam probata enormi læſione is, qui à minore emit habet electionem ſupplendi iuſti pretij, ſi ex *dicta leg. 2.* conueniatur quàm electionem non habet ſi aduerſus eum reſtitutio ex hoc edicto concederetur. Text. eſt in 1. *Cod. ſi aduerſ. fiſc.* Nec probabilius eſt, quod vult Accurſ. minorem ſi ſit deceptus ex propoſito non poſſe reſtitui, nec ſi dolus inciderit in contractum, quod hoc caſu tutus ſit minor iure communi cum actionem ex contractu habere poſſit ad dolum vindicandum, quam & maior haberet. Fateor non reſtitui ſi dolus cauſam dederit contractui, vt dicam ad fin. *§. ſequent.* Sed nego idem dici poſſe ſi dolus inciderit in contractum, putà ſi dolo malo venditoris emptor deceptus ſit in pretio aut contra, vt in *§. ſeq.*

2 ¶ Idem Pomponius ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter a licere contrahentibus ſe circumuenire.

Ad §. 2. Idem Pomponius.

Ratio dubitandi. Venditio eſt contractus bonæ fidei, atque nihil tam contrarium eſt bonæ fidei, quàm fraus & dolus, *leg. 3. §. vlt. infr. pro ſocio. l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Ergo non poteſt eſſe quod hîc dicitur, In pretio emptionis, & venditionis licere contrahentibus naturaliter ſe decipere.

Ratio decidendi. Intelligendus eſt, hic locus non de deceptione quæ dolum adnexum habet qui ſemper, & in omnibus contractibus etiam ſtrictis prohibitus eſt, *leg. bonam fidem 4. Codice, de oblig. & action.* Sed de læſione, quæ in re ipſa interueniat ex natura contractus venditionis, qui ſic iniri ſolet, vt emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque poſt multas contentiones paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum tandem conſentiant pretium, *leg. ſi voluntate 8. Codice, de reſcind. vend. iunct. leg. item ſi pretio 22. §. vltim. cum leg. ſequent. infrà locat.* Si ergo dolus interuenerit, quia nunquam licitus eſt, vindicabitur per actionem ex ipſo contractu, etiam à maiore, multò magis à minore, ſed ſi minor malit in integrum reſtitui non eo minus erit audiendus. Vt dixi contra Accurſ. ad *§. præcedentem.* Quod ſi non dolus aliquis interuenerit. Sed ſola læſio, vltra dimidiam tamen iuſti pretij, non erit licita læſio, ſed vindicanda auxilio, *leg. 2. Cod. de reſcind. vend.* Quæ nouum ius continet ſolis maioribus neceſſarium, non etiam minoribus quibus longè vtilius, & commodius eſt beneficium reſtitutionis, ex cauſa ætatis, *l. quiſquis 15. Cod. de reſcind. vend. leg. ſi quidem 11. Cod. de præd. minor. dicta leg. 1. Codic. ſi aduerſ. fiſc. leg. 1. Codic. ſi maior. fact. alienat. rat. hab.* Niſi quod beneficium competens maioribus durat 30. annis, cùm ſit condictio ex lege, *leg. 3. Cod. de præſcript. 30. ann.* Licèt Cuiac. malè hic ſcribat poſt Conſtantinum finiri quadriennio quaſi ſpeciem quandam habeat reſtitutionis, quod falſum eſt. Si enim ita eſſet non haberet emptor arbitrium iuſti pretij ſupplendi. At reſtitutio minorum finitur quadriennio ſicut cæteræ, *leg. vltim. C. de temp. in int. reſtit.* Hodie decennio continuo apud nos ex iure noſtro prouinciali. Illud quoque falſum eſt, quod Cuiac. addit *dictam leg. 2.* trahi ad emptorem. Idque Cuiac. ipſe poſtea refutauit, ſcripſi latè in *err. 7. Decad. 8. de error. pragmat.*

a *Naturaliter.* Noli intelligere cum Accurſio, de iure gentium aut naturali, ſed refert hoc ad naturam, & ſubſtantiam contractus, vt ſcriptum eſt in *dicta leg. ſi voluntate 8. Codic. de reſcind. vendit.* Aut intellige *naturaliter, id eſt, reuera,* aut quod idem eſt *in re ipſa,* quomodo dicimus naturaliter aperiri tabulas teſtamenti in *leg. 3. §. aperire,* de SC. Silan. ſcripſi *in err. 7. Decad. 7. de error. pragmat.* Videtur autem Vlpianus ex Pomponio hanc ſententiam addidiſſe, quaſi per antitheſim eius quod dictum eſt in præcedentibus. Nullam eſſe ſocietatem ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, ideóque nec egere reſtitutione. Nam ne quis putaret idem dicendum, ſi minor in venditione circũſcriptus eſſet, ſubiungendum fuit. In pretio emptionis, & venditionis licere contrahentibus naturaliter ſe circumuenire, vt intelligamus non eſſe hoc caſu nullam venditionem, & conſequenter neceſſariam eſſe minori reſtitutionem ſi velit ſibi ſuccurri aduerſus venditionem, aut emptionem. Venditioni hac parte ſimilis eſt locatio, *dicta leg. item ſi pretio 22. §. vltim. locat.* Non etiam ſocietas in qua cum omnia communicentur ſic vnuſquiſque rem ſuam gerit vt alienam, & alienam vt ſuam. Omnibus tamen bonæ fidei contractibus commune illud eſt, vt nulli ſint ſi dolus dederit iis cauſam, *leg. & eleganter 7. ſupra, tit. 1.* vbi dixi. Proinde cum id euenit reſtitutio dari non debet ei qui eſt ipſo iure munitus.

3 ¶ Nunc videndum, qui in integrum reſtituere poſſunt a. Et tam præfectus vrbi b quam alij magiſtratus c pro iuriſdictione ſua d reſtituere in integrum poſſunt tam in aliis cauſis, quàm contra ſententiam ſuam e.

Ad §. 3. Nunc videndum.

a *Qui in integrum reſtituere poſſint.* Nec enim omnes poſſunt, putà magiſtratus municipales, *leg. ea. quæ 26. §. 5. ad municip.* An quia dare in integrum reſtitutionem ſit mixti imperij, ea verò quæ mixti imperij ſunt magiſtratus municipalis facere poſſit. Ita vulgo putant interpretes ex *dicta. leg. ea quæ in princip.* ſed malè. Nam neque verum eſt, reſtitutionem in integrum eſſe mixti imperij, cùm in ea danda nulla coërcitio verſetur, neque aliud quicquam præter iuriſdictionem. Neque illud quoque, ea, quæ ſunt magis imperij, quàm iuriſdictionis eſſe mixti imperij, vt docui ad *leg. 3. de iuriſdict.* Ratio igitur eſt, quia dare in integrum reſtitutionem eſt iuriſdictionis prætoriæ, quam proinde alius dare non poteſt, quàm prætor aut præfectus vrbi, aliíque magiſtratus maiores prætore, aut quibus nominatim id ius datum eſt, in quo numero non ſunt magiſtratus municipales, ſi non habeant expreſſum mandatum.

b *Tam præfectus vrbi.* Notandus eſt hic locus contra eos, qui putant præfectum vrbi nullam niſi criminalem iuriſdictionem habuiſſe, ob id quod præfectura vrbis omnia ſibi crimina vindicauerit poſt epiſtolam D. Seueri ad Fabium Chilonem, *leg. 1. de offic. præf. vrb.* Nam etſi verum eſt, habuiſſe præfectum vrbi iuriſdictionem de omnibus omnino criminibus, illud quoque tamen verum eſt, cognouiſſe præfectum vrbis de multis cauſis ciuilibus, præſertim ex appellatione à prætore, *leg. Æmilius 38. infrà, hoc titul.*

c *Quàm alij magiſtratus.* Ratio dubitandi, Reſtitutiones omnes in integrum ſunt ex edicto prætoris, ergo non alij magiſtratus quàm prætores poſſunt in integrum reſtituere.

Ratio decidendi. Solus prætor reſtituit ex ſuo edicto, ſed alij tamen magiſtratus qui iuriſdictionem habent, reſtituunt etiam pro ſua iuriſdictione, moti eadem æquitate qua prætor, cùm non minùs habeant auctoritatis, qui maiores ſunt magiſtratus, in iis ſcilicet quæ ad ſuam iuriſdictionem pertinent. Id enim eſt, quod ſequitur in hoc textu.

d *Pro ſua iuriſdictione.* Dare enim reſtitutionem in integrum iuriſdictionis eſt, *l. vlt. Cod. vbi & apud quem cognit. in integ. reſt. agit. ſit.*

e *Quàm contra ſententiam ſuàm.* Ratio dubitandi. Iudex poſteaquam ſemel ſententiam dixit, poſtea iudex eſſe deſinit, nec ampliùs ſuam ſententiam corrigere poteſt, quia ſiue benè, ſiue malè, officio functus eſt, *leg. iudex 55. de re iudicat.* Idémque de ſententia prætoria ſcriptum eſt in *leg. quod iuſſit 14. in fin. de re iudic.* Ergo non poteſt fieri, vt quis contra ſententiam ſuam in integrum reſtituat. Præſertim cùm per reſtitutionem in integrum reſcindatur, id contra quod reſtitutio poſtulatur, *leg. ſi dolo 5. Codic. de reſcin. vendit. leg. in cauſa 13. §. interdum, ſupr. hoc tit.* Sententia verò reſcindi non poſſit, *tot. tit. C. de ſen. reſcind. non poſſ.*

Ratio decidendi. Quod ſcriptum eſt, in *dict. leg. iudex* ad iudices pedaneos pertinet qui nullam habent iuriſdictionem, ſed tantùm notionem qualem iis dedit qui iuriſdictioni præeſt, *leg. 5. in princip. eod. titulo, dicta leg. vltim. Codic. vbi & apud quem.* Non autem ad magiſtratus qui iuriſdictionem habent proprio iure. Qui etiamſi pronunciauerint, retinent tamen iuriſdictionem, quia & magiſtratum cui adnexa eſt iuriſdictio, & quamvis iure Pandectarum magiſtratus iſti per ſe cognoſcere non poſſent, ideóque iudices dare cogerentur, exceptis quibuſdam duntaxat grauioribus cauſis, non eo minus tamen dicebantur ferre ſententiam, ſi quando niſi cognoſcebant, & pronunciabant, *leg. prox. ſeq. & tit. Codice, de ſenteut. præf. prætor.* Ea ratio faciebat, vt aduerſus ſuam ſententiam poſſent dare in integrum reſtitutionem, atque ita ſententiam ſuam reſcindere, ſi qua reſtitutionis cauſa iuſta proponeretur. Nam quod dicitur ſententiam reſcindi non poſſe, non ita generaliter accipiendum eſt, quaſi ſit perpetuò verum. Reſcinditur enim ſententia aut iure communi per appellationem, quæ ſcilicet extinguit iudicatum, *leg. 1. §. vltim. ad Turpil. leg. furti 6. §. 1. de his qui not. infam.* Aut per in integrum reſtitutionem, *tot. tit. Cod. ſi aduerſ. rem iudic.* Sed non per reſcriptum Principis, neque per ſolam eius, qui ſententiam dixit voluntatem. Atque ita accipi debet, *dict. lege quod iuſſit. 14. de re iudic. leg. pœnam 16. Cod. de pœn. leg. 1. §. vltim. de quæſt. & totius tit. Cod. ſentent. reſcind. non poſſ. vt conſtat ex leg. 1. & 3. ill. titul.* iunct. *leg. 2.* in illis verbis *citra remedium appellationis*, & *lege ſi cauſa cognita 32. C. de tranſact.* Eſt tamen hoc ſpeciale in minore, vt poſſit reſtitui contra rem iudicatam, *tot. titulo Codice, ſi aduerſ. rem iudic. leg. 1. §. vltim. de offic. præf. prat.* Nam maiores tum quoque cùm iuſtam habent cauſam petendæ reſtitutionis contra ſententiam hactenus tantùm reſtituuntur, vt poſſint appellare, *leg. vltim.* ſi ſecundùm Gouean. emendationem quem nos poſt Cuiac. probamus, legatur & intelligatur, *ſupr. de in integrum reſtit.*

PRæfecti etiam prætorio ex ſua ſententia in integrum poſſunt reſtituere, quamvis appellari [a] ab his non poſſit. Hæc idcirco tam variè: quia appellatio quidem iniquitatis ſententiæ querelam: in integrum verò reſtitutio erroris proprij veniæ petitionem, vel aduerſarij circumuentionis allegationem continet.

Ad leg. Præfecti. 17.

a *Quamvis appellari.* Ratio dubitandi. Eadem vis eſt reſtitutionis, & appellationis ad ſuſpendendam auctoritatem rei iudicatæ, *leg. ſi cauſa cognita 32. Codice, de tranſact.* Atqui non poteſt appellari à ſententia præfectorum prætorio, ne quidem ad Principem, quia Princeps credidit eos, qui ob ſingularem induſtriam explorata eorum fide, & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia, & luce dignitatis ſuæ, quàm ipſe eſſet iudicaturus, *l. vn. §. 1. de offic. præf. præt.* Ergo neque aduerſus ſententiam præfecti prætorio danda reſtitutio eſt.

Ratio dec. Alia ratio eſt hac parte appellationis, alia reſtitutionis, propter eam diuerſitatis cauſam quæ hîc poſita eſt in textu. Neque in hoc quicquam fit contra dignitatem præfectorum prætorio, cùm ſubnixi ſint eo priuilegio, vt ab eorum ſententiis minores ætate ab aliis magiſtratibus, quàm à præfectis ipſis reſtitui non poſſint, *d. l. 1. §. vlt. de offic. præf. præt.* Præfecti enim prætorio cæteris omnibus magiſtratibus dignitate antecellunt, *l. 1. C. de offic. vicar. l. quilibet 40. C. de decur.*

18. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

MInor autem magiſtratus contra ſententiam maiorum non reſtituet.

Ad leg. Minor autem. 18.

b *Contra ſententiam maiorum.* Ergo maior magiſtratus reſtituet contra ſententiam minoris, vt in exemplis, quæ affert Cuiacius. Præfectus prætorio aduerſus ſententiam præſidis, Præfectus vrbi aduerſus ſententiam prætoris, itémque conſul, quia & hic maior prætore eſt, *l. 3. §. vltim. & leg. ſeq. de recept. qui arbitr. recep.* Vnde eſt, quod in pleriſque cauſis ceſſante, & veluti manca poteſtate prætoris ſi Princeps mandet dari reſtitutionem, id mandat Conſuli non prætori, vt in *leg. cùm quidam 30. in princip. de acquir. hered.* Sed an par reſtituit aduerſus ſententiam paris, putà præſes aduerſus ſententiam alterius præſidis? Ita putat Accurſ. nec videtur diſſentire Cuiacius. Alioqui fruſtra moneret Vlpianus minorem magiſtratum non poſſe reſtituere contra ſententiam maioris, ſi nec par poſſet reſtituere contra ſententiam paris. In eámque rem citant, *leg. præſes 42. infrà, hoc tit.* Vbi dicitur præſidem prouinciæ poſſe minorem reſtituere aduerſus deceſſoris ſui ſententiam. Sed aliud eſt dicere, Præſidem poſſe reſtituere aduerſus ſententiam deceſſoris ſui, quod ea lex ait, & nos admittimus, quia videtur eo caſu contra ſuam propriam reſtituere: Aliud verò dicere Poſſe præſidem reſtituere aduerſus ſenten-

tiam alterius præſidis, id eſt, etiam qui alterius prouinciæ præſes ſit, ſi tamen ſic iſti intellexerunt. Etſi enim præſidum omnium par eſt auctoritas, quia omnes omnium magiſtratuum, qui in vrbe ſunt partibus, & vice funguntur, *leg. ex omnibus 10 cum duabus ſeqq. ſuprà de offic. præſid.* Separatæ tamen ſunt, & quidem integris prouinciis iuriſdictiones, & cùm par in parem non habeat imperium nec iuriſdictionem, *dicta leg. 5. §. vltim & leg. ſequent. de recept. leg. ille à quo 13. §. tempeſtiuum ad SC. Trebell.* Fieri nullomodo poteſt, vt ſententia per præſidem reſcindatur. Id enim fieri non poteſt ſine iuriſdictione, quam nemo extra prouinciam ſuam habet, *l. vlt. de iuriſdict.* Nec ſanè aliter fieri poſſet, quin iuriſdictiones omnes turbarentur, *leg. à Diuo Pio 15. §. 1. de re iudic. leg. cùm vnus 12. §. ſi quis poſſidere. de reb. auctor. iudic. poſſ.* Dices, Reſtitutionem in integrum id præſtare minoribus, quod appellatio præſtat maioribus, *dicta lege præſes.* Atqui non poteſt appellari ad parem, ſed tantum ad ſuperiorem, *l. 1. quis à quo appell. & Nouell. 23. de appellat. & intr. qua temp. §. vlt.* Ergo neque alius quàm ſuperior poteſt dare reſtitutionem minori contra rem iudicatam. Ergo non præſes, non præfectus vrbi aduerſus ſuam, ſiue deceſſoris ſententiam reſtituere poteſt. Reſpondeo euidentem eſſe rationem diuerſitatis inter appellationem, & reſtitutionem, de qua in leg. præcedent. Princeps verò aduerſus omnium magiſtratuum ſententias reſtituit, quia omnibus maior eſt, *lege 1. Codice, vbi & apud quem. lege 3. Codice, ſi aduerſus rem iudicatam.* Neque ideo tamen ab omnibus appellatur: excipitur enim præfectus prætorio, *dicta leg. 1. §. 1. de offic. præf. prætor.* Non etiam præfectus vrbi, *Æmilius 38. infrà hoc titulo.*

1 ¶ Sin autem princeps ſententiam dixit, perrarò ſolet permittere reſtitutionem, & induci[a] in auditorium ſuum eum, qui per infirmitatem ætatis captum ſe dicat: dum ea, quæ pro cauſa ſunt dicta, non allegat, vel ab aduocatis proditum queratur. Denique Glabrionem Acilium Diuus Seuerus, & Imperator Antonius non audierunt incolorate[b] reſtitui deſiderantem aduerſus fratrem poſt ſpeciem in auditorio eorum finitam[c].

Ad §. 1. Sin autem Princeps.

Ratio dubitandi. Reſtitutiones omnes in integrum dantur ex æquitate contra nimium iuris rigorem, *leg. 1. l. 3. & paſſ. ſuprà de in integr. reſt.* Atqui Princeps potiſſimum æquitatis cuſtos eſt, ita vt inter ius, & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Principi liceat inſpicere, *leg. 1. Codic. de legibus.* Ergo nulla frequentior reſtitutio eſſe debet, quàm quæ à Principe concedatur aduerſus propriam ipſius Principis ſententiam.

Ratio decidendi. Ad principis dignitatem pertinet, non ſolùm vt ne quid iniquè decreuiſſe videatur, ſed etiam ne paſſus ſit minorem in ſuo auditorio, ſiue propria facilitate, ſiue aduerſarij calliditate circumueniri. Omnium enim iudiciorum ſolemnitatem ſuperare videtur, quod inſertum mera fide precibus inter tot nobiles, probataſque perſonas etiam Principis conſcientiam tenet, nec de ſententia vnquam tractandum eſt, quæ medio Principe, & toto iure, quod in ſcriniis Principis conſtitutum eſt, teſte lata fuit, argum. *l. omnium 19. C. de teſtam.*

a *Dum ea quæ pro cauſa dicta ſunt non allegat.* His verbis duo caſus exprimuntur quibus permittere ſolet Princeps in auditorium ſuum induci eum, qui per infirmitatem ætatis captum ſe dicat. Primus eſt, ſi allegat ea quæ non ſunt dicta pro cauſa, id eſt, ſi nouas & omiſſas allegationes proferat, vt in *leg. minor. 36. infrà, hoc titulo.* Et ita hic legendum eſt alio ordine, *Non dicta allegat*, vt Budæus, & Cuiacius obſeruarunt. Alius caſus ſi minor ſe ab aduocatis ſuis proditum queratur. Quo probato certum eſt, præuaricationem aduocati non poſſe nocere minori, *leg. 1. Cod. de aduoc. diuerſ. iudic.* His verò caſibus ideo facilior eſt, princeps ad dandam reſtitutionem, contra ſuam ſententiam, quòd nihil poſſit imputari Principi, qui ſententiam dixit contra minorem ob omiſſas ab eo allegationes, aut per occultam aduocati præuaricationem.

b *Incoloratè.* Id eſt, nullo colore.

c *Poſt ſpeciem in auditorio eorum finitam.* Speciem dixit pro cauſa & lite, vt & Accurſ. interpretatur. Sed me verbum hoc ferè monet, vt putem verſic. hunc eſſe Triboniani. Vix enim reperiat, ita vnquam ſcripſiſſe Vlpian. aut alium ex prudentibus noſtris. Alio ſanè ſenſu & elegantiore, *litis ſpeciem*, dixit Modeſtinus in *l. etiam 29. §. 1. infrà hoc tit.*

2 ¶ Sed & Percennio Seuero contra res bis iudicatas in integrum reſtitui, D. Seuerus, & Imperator Antoninus permiſerunt in auditorio ſuo examinari.

Ad §. 2. Sed & Percennio.

Ratio dubitandi. Non poteſt ſæpiùs in eadem cauſa reſtitutio in integrum poſtulari, *leg. 1. & 2. Codice, ſi ſæpiùs in integrum reſtitution. poſtulet.* Atqui ponendum eſt, aduerſus priorem ſententiam fuiſſe datam reſtitutionem, vt potuerit bis iudicari. Alioqui prior ſententia reſcindi non potuiſſet, neque iudicari ſuper iudicato non magis, quàm tranſigi cùm res iudicata pro veritate habeatur, *tot. titulo Codice, ſentent. reſcind. non poſſ. l. res iudicata 206. de regulis iuris.* Ergo non poteſt dari reſtitutio, ne quidem à principe contra res bis iudicatas.

Ratio decidendi. Poteſt res bis iudicari, etiam citra reſtitutionem in integrum, ſcilicet reſciſſa priore ſententia per appellationem. Et eo caſu cùm datur reſtitutio contra res, bis iudicatas non ideo, bis impetratur reſtitutio in eadem cauſa. Ideo autem datur reſtitutio contra res bis iudicatas, quia & in eadem cauſa ſecundò appellare licèt, dum ne tertio appelletur. *leg. vnic. Cod. ne liceat in vna eademque cauſ. tert. prouoc.* Id verò præſtat reſtitutio minoribus, quod appellatio præſtet maioribus, *leg. præſes 42. infra, hoc titul.* Ergo aduerſus res ter iudicatas non dabitur reſtitutio, quia nec ab iis appellari poſſet, at ne quidem ſupplicare Principi, ſi iudex ſecundæ appellationis præfectus prætorio fuiſſet, *dicta l. vnic.* Si qua tamen noua, & iuſta cauſa eſſet dandæ reſtitutionis contra res ter iudicatas dubitandum non eſt, quin liceat Principi ſi velit dare ex hoc caſu etiam reſtitutionem. Nullis enim certis & abſolutis legibus poteſtas Principis concluditur, quoties eam ratio aliqua, æquitatis implorat, licèt ius refragetur. Sacrilegum namque inſtar eſt, de poteſtate Principis dubitare, *leg. ſacrilegij 5. Codice, de diuerſ. reſcript.* Sed tamen id eſſet inſolitum quomodo ſcriptum eſt, in ſpecie ſeq.

3 ¶ Idem Imperator Lucinnio Frontoni reſcripſit, inſolitum eſſe, poſt ſententiam vice ſua ex appellatione dictam, alium in integrum reſtitutionem tribuere, niſi ſolum principem.

Ad §. 3. Idem Imperator.

Ratio dubitandi. Etiam præfectus vrbi cognoſcit, & iudicat vice ſacra, id eſt, vice Principis, ob idque iudicium eius ſacrum appellatur in *leg. ſi apud vtrumque 17. Codice, de appellat.* Et tamen à præfecto vrbi poteſt appellari non tantùm Princeps, *lege Æmilius 38. infrà hoc titulo.* Sed etiam præfectus prætorio, ergo præfectus prætorio etiam aduerſus ſententiam Præfecti vrbi poteſt reſtituere, quemadmodum Princeps ipſe poſſet, cuius vices gerit.

Ratio decidendi. Præfectus vrbi non tam vice ſacra verè iudicat, quàm ſacræ cognitionis imaginem tantùm obtinet, *lege eos etiam 16. Codice, de appellat.* Proinde & ab eo appellari præfectus poteſt, & aduerſus ſententiam eius reſtituere. Nam & præfectus ipſe poſſet aduerſus ſuam ſententiam reſtituere, ſi in eodem officio perſeueraret, vt hîc notat Cuiacius, & probat ſatis, *lege præſes 42. infrà, hoc titulo.* Nec eſt contrarium, quod in hoc §. dicitur ſolum Principem reſtituere poſt ſententiam vice ſua ex appellatione dictam. Id enim dictum videri debet ad excluſionem aliorum, qui ſententiam non dixerunt, quique non ſunt maiores, & ſuperiores eo qui ſententiam dixit. Sicque accipi etiam debet quod ait, *leg. 7. Cod. ſi aduerſ. rem iudic.*

4 ¶ Sed & ſi ab Imperatore iudex datus cognoſcat: reſtitutio ab alio, niſi à Principe, qui iudicem deſtinauit, non fiet.

Ad §. 4. Sed & ſi ab Imperatore.

Ratio dubitandi. Iudex ab Imperatore datus, non ideò aut magiſtratus eſt, aut tantam habet iuriſdictionem & poteſtatem, vt non alios magiſtratus putà prætores, conſules & præfectum vrbi, itémque præſidem prouinciæ, aut proconſulem maiores ſe, & ſuperiores debeat agnoſcere: Atqui maiores magiſtratus poſſunt reſtituere contra ſententiam minoris, vt diximus initio huius legis. Ergo & aduerſus ſententiam iudicis dati à Principe reſtituere poterunt.

Ratio decidendi. Iudex à Principe datus, licèt magiſtratus non ſit, in eo tamen in quo iudex eſt alium ſuperiorem neminem habet præter Principem, ideóque habet priuilegia omnia, quæ habent cæteri, qui vice Principis cognoſcunt, adeò vt etiam alium iudicem dare poſſit, *leg. 5. C. de iudic.* Non enim ſuam, ſed Principis iuriſdictionem exercet, *leg. etſi prætor. 16. iunct. l. 1. §. 1. qui mandat. de offic. eius.* Neque tamen huic conſequens eſt, vt poſſit etiam ille contra ſententiam ſuam reſtituere quomodo alius poſſet, habens à Principe iuriſdictionem ordinariam non delegatam. Hic enim vbi ſemel pronunciauit officio ſuo functus eſt, & deſinit eſſe delegatus, quod & Cuiacius noſter monet, contra quàm Accurſius noſter hîc ſenſerit, qui iudicem delegatum accipiens pro magiſtratu abutitur eo quod ſcriptum eſt, in *§. vlt. l. 16. ſupr.*

5 ¶ Non ſolum autem minoribus, verùm ſucceſſoribus quoque minorum datur in integrum reſtitutio, & ſi ſint ipſi maiores.

Ad §. vlt. Non ſolùm.

Ratio dubitandi. Non reſtituitur minor ex hoc capite edicti niſi beneficio ætatis. Atqui hæc ratio non conuenit hæredibus minoris ſi ſint maiores. Ergo non ſunt reſtituendi hæredes ex perſona minoris defuncti. Quamvis enim dici ſoleat hæredem in omnibus cenſeri eodem iure quo defunctus cenſebatur, certum tamen eſt, priuilegia perſonalia in hæredem non tranſire, *lege quia tale 14. ſolut. matrimon. lege ex pluribus 41. de adminiſt. tutorum, lege in omnibus cauſis 68. leg. priuil. 196. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Priuilegium reſtitutionis non datur perſonæ, quam cauſæ, & patrimonio minoris, ne qua ratione ob eius ætatem, & infirmitatem patrimonium ipſius minuatur. Minueretur autem, ſi cum vita minoris etiam priuilegium finiretur, quia minor tanto pauperiorem relinqueret hæreditatem, quæ res facere poſſet, vt hæreditatem, aut nullomodo aut tardiùs adire vellent ij, quos minor deſtinaſſet habere hæredes ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato. Ergo non tantum hæredum minoris intereſt, ſed ipſius etiam minoris, *vt beneficium reſtitutionis ad hæredem tranſmittatur.* Itemque vt cedi poſſit, *leg. quod ſi minor. 24. in princ. infr. h. tit.* Quod poſterius tamen multo difficilius eſt. Hæres enim ſuccedit in vniuerſum ius defuncti, *leg. cùm hæres 11. de diuerſ. temp. præſcript.* Ceſſionarius verò non ſuccedit, niſi iure & titulo ſingulari, multa autem cum vniuerſitate tranſeunt, quæ alioqui non tranſirent in ſucceſſorem ſingularem, *leg. quadam 62. de acquir. rer. domin. l. 1. §. ſi hæres ad SC. Trebell. l. vlt. §. 1. de contr. empt.* Vnde eſt quod noſtri volunt quicquid eſt, ceſſibile eſſe etiam multo magis tranſmiſſibile, ſed non contrà. Sed cùm reſtituitur maior hæres minoris, ſicuti non ex ſua, ſed ex defuncti perſona reſtituitur, ita non niſi intra annum vtilem, quem defunctus habuit ad petendam reſtitutionem reſtitui poteſt. Diuerſum eſt in minore hærede minoris, vt dicemus ad *leg. ſeq.*

19. Idem lib. 13. ad Edictum.

INterdum tamen ſucceſſori plus quàm annum dabimus, vt ex dicto expreſſum: ſi fortè ætas ipſius ſubueniat. Nam poſt annum vigeſimumquintum habebit legitimum tempus. Hoc enim ipſo deceptus videtur quod, cùm poſſet reſtitui intra tempus ſtatutum ex perſona defuncti, hoc non fecit. ¶ Planè ſi defunctus [a] ad in integrum reſtitutionem modicum tempus ex anno vtili habuit, huic hæredi minori poſt annum viceſimumquintum completum, non totum ſtatutum tempus dabimus ad in integrum reſtitutionem, ſed id duntaxat tempus, quod habuit is, cui hæres extitit.

Ad leg. Interdum tamen. 19.

Ratio dubitandi. Cùm hæres vtitur iure defuncti, neceſſariò vti debet, eo ipſo modo quo defunctus ſi hodie viueret, vteretur. Nemo enim plus iuris ad alium transferre poteſt quàm ipſe habuerit, *leg. nemo plus iuris 74. de regul. iur.* Atqui defunctus non habuit plus quàm annum vtilem ad petendam reſtitutionem ex capite minoris ætatis, *l. intra vtile 39. infr. hoc tit.* Ergo neque ſucceſſori eius, quamvis minori plus quàm annum dare prætor vnquam debet.

Ratio decidendi. Cùm minori ſuccedit minor ætas hæredis facit, vt ipſi hæredi ſubueniendum ſit, vt poſtquàm viceſimum quintum annum impleuerit, habeat legitimum tempus, id eſt, annum vtilem, ad petendum reſtitutionem, ex perſona tamen defuncti quamvis cauſa

prorogandi

prorogandi temporis deſcendat ex perſona hæredis. Ideo namque prorogatur tempus hæredi, quod ille hoc ipſo deceptus videatur, quod cùm poſtea reſtitui intra tempus ſtatutum ex perſona defuncti hoc non fecit, vt hæc lex ait. Reſtitutio igitur aduerſus contractum ex perſona, & iure defuncti petitur, ſed aduerſus lapſa tempora petendæ reſtitutionis, vt eam nihilominus ex defuncti perſona petere poſſit minoris hæres. minor reſtituitur ex propria perſona. Proinde falſum eſt, quod poſt Bulgarum defendit Accurſius contra Martinum, tempus quod ad petendam reſtitutionem defuncto ſupererat non currere ipſius hæredi minori. Nam ſi non curreret, nil eſſe opus reſtituere minorem ex propria perſona, vt poſſet petere reſtitutionem ex perſona defuncti. Sufficerétque vna reſtitutio, cum tamen Vlpianus in hac lege duplicem neceſſarium eſſe innuat hæredi minoris, vnam tanquam hæredi, & ex perſona defuncti aduerſus id quod defunctus geſſit, aliam tanquam minori, & ex perſona propria aduerſus propriam negligentiam. Et verò ſi minor hæres non reſtitueretur, niſi ex perſona defuncti non poteſt fieri, vt reſtitueretur eo tempore quo defunctus ipſe ſi viueret reſtitui non poſſet. Neque rurſus verum eſſet, quod hîc Vlpianus ait, deceptum fuiſſe hunc minorem hæredem minoris hoc ipſo, quod cùm poſſet reſtitui intra tempus ſtatutum ex perſona defuncti hoc non fecit. In quo error deciperetur is cui tempus non curreret: nec ſanè hanc obiectionem effugere aut diluere, aut etiam diſſimulare Accurſius noſter poteſt. Vt miror Cuiacium ſcripſiſſe vtramque opinionem, & Martini, & Bulgari probabiliter defendi poſſe. Opinio enim Martini tam vera eſt, quam Bulgari falſiſſima: quod conſtat etiam ex *Auther. ſi minor. Codice, de temp. in integr. reſtit.* Ad quem textum nihil aliud reſpondere poteſt Accurſ. niſi quæ multa ibi, ſunt ſpecialia quaſi & hoc ſit ſpeciale. Nec me monet quod ille obiicit, ſi quis finito anno 25. incipiat abeſſe cauſa reipublicæ, non ſtatim currere tempus petendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis, ſed ex eo demum die quo is reuerſus fuerit, *leg. 1. 2. & 3. Codice, de tempor. in integr. reſtit.* vbi dicitur priuilegium ætatis continuari cum alio priuilegio cauſa reipublicæ. Id enim fit quia vtrumque priuilegium competit eidem perſonæ, licet ex diuerſa cauſa, quo caſu nihil impedit quominùs fiat ea continuatio, & per poſterius priuilegium retineatur prioris tempus quod alioqui fluxiſſet. At nos eum caſum tractamus, quo priuilegium vnum competit defuncto, aut quod idem eſt, hæredi quidem, ſed ex defuncti perſona. Alterum verò hæredi ex perſona propria, quæ diſtinctio perſonarum planè impedit continuationem iſtam priuilegiorum, quia nullum poteſt eſſe priuilegium hæredis ex perſona defuncti eo tempore, quo defunctus ipſe ſi hodie viueret reſtitui amplius non poſſet, quo priùs ſit ipſe reſtitutus ex propria perſona aduerſus lapſum temporis, intra quod priuilegio defuncti vti debuit. Neque rurſus obſtat quod idem Accurſ. obiicit, ita futurum, vt inducatur circuitus, & detur progreſſus in infinitum ſi detur reſtitutio reſtitutionis, præſertim ſi ponas per diuerſa tempora pluribus minoribus plures minores ſucceſſiſſe. Non enim dici poteſt hic circuitus euitandus tanquam ſuperuacuus, vt in *leg. dominus § 3. de condic. indeb.* Cùm ſit neceſſarius. Poteſt enim facilè fieri, vt propter inter mediam vnius ex minoribus, iiſdémque primi minoris defuncti hæredibus perſonam longè breuius tempus ſuperſit vltimo hæredi, quàm ſuperforet ſi ex ſolius primi defuncti perſona reſtitueretur. Finge primum minoris hæredem minorem ſuperuixiſſe ſex menſibus poſt completum annum viceſimumquintum, cùm primus minor intra 25. annum deceſſiſſet, ideóque annum vtilem ad petendam reſtitutionem in integrum habuiſſet. Non habebit minor vltimus niſi aliud ſemeſtre poſt annum viceſimumquintum, qui alioqui habiturus fuerat annum tam ex ſua, quàm ex primi defuncti perſona ſi circuitus nullus fieret, neque vlla intermedij hæredis ratio haberetur. Minùs obſtat, quod obiicitur ex *leg. vltim. in fi. Codice, ſi maior fact. alien. rat. habuer.* Non enim ibi agitur de danda minori hæredi minoris in integrum reſtitutione, ſed de ea ipſi deneganda, ſi per decennium aut vicennium tacuerit. In quo prouidendum fuit à Iuſtiniano ius nouum inducente, & aliud pro arbitrio conſtituente, vt non poſſet hæredi minoris imputari ſilentium ſuum ſi tacuiſſet in minore ætate conſtitutus, ſed ex eo tantùm die quo ætatem legitimam impleuiſſet, ne alioqui neceſſaria ipſi eſſet reſtitutio, quæ defuncto non fuit neceſſaria aduerſus alienationem ſine decreto factam, nullaque iuris auctoritate ſubnixam, *leg. 2. leg. 11. Codice, de præd. minor.* Proinde non pertinet is locus ad quæſtionem noſtram, quæ eſt de reſtitutione danda minori tam ex perſona propria, quàm ex perſona defuncti. Quod autem poſtremo loco obiicitur ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione, in *leg. vltim. Codice. In quibus cauſ. neceſſ. non eſt in integr. reſtitut.* minùs viget. Ea namque conſtitutio ad eos minores pertinet, quibus ex propria tantùm perſona competit reſtitutio in integrum, non ad eos qui ex perſona defuncti, quos neceſſe eſt, vti iure defuncti.

a *Planè ſi defunctus.* Ratio dubitandi. Minor reſtituitur hoc caſu ex ſua perſona ad petendam reſtitutionem, vt proximè diximus. Atqui annus vtilis, qui olim dabatur minori ad petendã reſtitutionem non currebat, niſi à die viceſimiquinti anni completi, vt probant verba illa huius legis. *Nam poſt annum viceſimum quintum habebit legitimum tempus.* Sicut nec hodie antè currit quadriennium, quod loco illius anni ſubſtitutum fuit à Iuſtin. in *leg. vlt. C. de temp. in integr. reſtit.* Ergo etiamſi defunctus modicum duntaxat tempus habuerit ex anno vtili ad petendam reſtitutionem in integrum, totum tamen ſtatutum tempus hæredi dandum eſt, non id duntaxat quod habuit defunctus cui hæres extitit.

Ratio decidendi. Reſtituitur quidem minor hoc caſu ex propria perſona ad petendam reſtitutionem, ſed ad petendam eam ex perſona defuncti. Reſtitutionis enim huius indulgendæ color totus in eo eſt, quod hæres minor hoc ipſo deceptus videtur, quod cùm poſſet reſtitui intra tempus ſtatutum ex perſona defuncti hoc non fecit. Ergo ſi modicum tempus ſuperfuit, intra quod poſſet minor defunctus reſtitui, non amplius dandum erit hæredi ipſius ad petendam reſtitutionem: vt quatenus fuit læſus minor, eatenus reſtituatur. Nihil enim poteſt aut debet reddere reſtitutio, niſi quod abſtulit læſio, *lege ſed etſi 9. §. quoties, leg. necnon 28. §. ſi quis ſæpius, infrà ex quibus cauſ. maior.* Quid autem ſi maior ſucceſſerit minori, aut minor etiam maiori? Res non habet dubitationem, quin maior qui ſucceſſit minori omnimodo debeat reſtitutionem petere intra tempora, quæ defuncto competebant, & quæ proinde certum eſt, ſtatim cedere & computari, *l. ex qua 4. §. vlt. Codice, de tempor. in integr. reſtit.* Nullam enim reſtitutionem petere poteſt ex propria perſona cùm ſit maior. De maiore verò qui ſuccedit minori, iam dictum eſt, in *§. vltim. leg. præced.* Non aliud tempus poſſe illum habere ad petendam reſtitutionem quàm, quod habuit defunctus mortis tempore. Iunge, *l. 2. & 4. Cod. de temp. in integ. reſtit.*

20. IDEM lib. 11. ad Edictum.

PApinianus libro ſecundo reſponſorum ait, exuli reuerſo non debere prorogari tempus in integrum reſtitutionis ſtatutum: quia abfuit: cum potuerit adire prætorem per procuratorem [a]. Nec

dixit,

dixit, vel præſidem, vbi erat [b]. ¶ Sed, quod idem dicit, & indignum eſſe propter irrogatam pœnam [c], non rectè. Quid enim commune [d] habet delictum cum venia ætatis?

Ad leg. Papinianus. 20.

Ratio dubitandi. Qui in exilium miſſus fuit, ſiue temporale illud fuerit, ſiue perpetuum, quod poſtea vel tempore ipſo, vel Principis indulgentia finitum ſit, tamdiu abfuit à ciuitate, quandiu in exilio manſit, & conſequenter non potuit ipſe adire prætorem, vt ab eo impetraret cognitionem, & in integrum reſtitutionem. Ergo dignus eſt, cui ſuccurratur data ei prorogatione temporis ſtatuti ad petendam reſtitutionem, & continuato priuilegio ætatis cum priuilegio abſentiæ, vt fit cùm minor factus maior, & intra annum vtilem cœpit abeſſe reipublicæ cauſa, vt in *leg. 3. Codice, de tempor. in integr. reſtit.* Aut cum alio priuilegio ætatis, vt in ſpecie, *leg. proxim. præced.* Quæ ratio fuiſſe videtur huius legis cum illa coniungendæ.

Ratio decidendi. Relegatus ſiue ad tempus, ſiue in perpetuum, dummodo in exilium miſſus ſit ſalua ciuitate, licèt abſit, tamen quod ad ius petendæ reſtitutionis pro præſente habendus eſt, quia & procuratorem in ciuitate potuit relinquere, *leg. ſed etſi per prætorem* 26. §. 1. *infr. ex quib. cauſ. maior.* & per procuratorem petere reſtitutionem, *l. illud* 25. §. 1. *infr. hoc tit.* Non ergo dignus eſt, cui ſuccurratur, cùm poſſit ei imputari cur non reliquerit procuratorem.

a *Cùm potuerit adire prætorem per procuratorem.*

Ratio dubitandi. Quod quis potuerit procuratorem in ciuitate relinquere, & per procuratorem adire prætorem, non facit quominùs æquum ſit eum adiuuari per reſtitutionem in integrum ex cauſa abſentiæ, quamvis non reipublicæ cauſa abfuerit, *dicta leg. ſed etſi per prætorem* 26. *§. vltim. ex quibus cauſ. maior.* Idque etiam in relegato disertè ſcriptum eſt in §. 1. *eiuſdem legis.* Ergo hæc Papiniani ratio non eſt bona, quamvis Vlpian. eam probet.

Ratio decidendi. Nunquam reſtitutio datur ei qui damnum aliquod ex culpa ſua paſſus eſt, quia nec damnum vllum ſentire videtur is qui ſentit ex culpa ſua, *leg. quod quis* 203. *de regul. iur.* Culpa autem imputari poteſt ei, qui cùm in exilium iturus, aut aliter reipublicæ cauſa abfuturus eſſet, potuit relinquere procuratorem in ciuitate & non reliquit, aut per eum quem reliquerat potuit adire prætorem, & petere reſtitutionem, & non petiit. Non eſt igitur ei danda reſtitutio unquam, qui non ſit audiendus ſi dicat ſe læſum. Nec ſi reipublicæ cauſa abfuit, *leg. is qui reipublica* 39. *infrà ex quib. cauſ. maior.* Quanto minùs ſi exilij, & pœnæ cauſa. Ex cauſa tamen ſuccurritur non ſolum ei qui procuratorem in ciuitate relinquere potuit, ſed etiam ei qui reliquit, nec tantum ſi ex honeſta cauſa abfuerit, putà vt legatione fungeretur, *dicta leg. ſed etſi* 26. *§. vltim. ſed etſi propter relegationem.* §. 1. *eiuſ. leg.* Cauſa verò eſſe poteſt, vt benè Cuiac. explicat, ſi vel procurator mortuus ſit vel non idoneus deprehendatur, vel ſi non potuerit inueniri, qui exulis vel aliter abſentis mandata ſuſciperet. Sunt tamen qui obiiciant quod Vlp. ſcribit, in *l. ſi qua* 40. §. 1. *eod. tit. quib. ex cauſ. maior.* vt probent exuli reuerſo indiſtinctè ſubueniri oportere ſi quid aduerſus eum abſentiæ tempore vſucaptum ſit. Cuiac. reſpondet eam legem non de vſucapto eſſe, ſed de vſurpato, quod ferè ſemper in malam partem accipitur, ſed parum ſubtiliter. Alio enim ſenſu ibi ſumitur ea dictio vt ad illum locum dicemus. Melius igitur eſt vt dicamus eam legem intelligendam de caſu exceptionis, id eſt, in quo ex aliqua cauſa æquum ſit ſuccurri relegato, non potiùs deportato, qui procuratorem ad agendum aut defendendum relinquere non potuit.

b *Nec dixit, vel præſidem vbi erat.* Intellige præſidem loci & territorij in quo minor exulabat, quod Accurſ. non potuit intelligere.

Ratio dub. Præſes prouinciæ fungitur vice omnium magiſtratuum qui ſunt Romæ, *l. ex omnibus* 10. *cum duab. ſeqq. de off. præſ.* Ergo ſicut minor hic ſi Romæ fuiſſet adire potuiſſet prætorem, ita & in prouincia potuit adire præſidem ad impetrandam cognitionem.

R. dec. Reſtitutio in integr. dirigitur in perſonam, & ideo exercenda eſt in eo loco in quo domicilium habet is qui conuenitur, *l. 2. C. vbi & apud quem &c.* Ergo qui potuit petere reſtitutionem in ciuitate vbi aduerſarium habebat non poterit petere in prouincia contra eundem aduerſarium. Hæc enim meo iudicio fuit ratio Papin. & Vlp. non quam affert Cuiac. quòd non potuerit exul in integrum reſtitui à præſide ex negotio geſto in ciuitate quam non amiſerit. Nam ſi poneres mutatum fuiſſe domicilium ab aduerſario exulis translatúmque in eam prouinciam in qua minor exulabat, poſſet vtique præſes prouinciæ dare reſtitutionem, tametſi negotium fuiſſet geſtum Romæ, *d. l. 2. C. vbi & apud quem.*

c *Et indignum eſſe propter irrogatam pœnam.* Placuit hæc ſuperior Papiniani ratio etiam Pomponio quem Vlpian. noſter refert, in *dict. lege ſed etſi* 26. §. 1. *ex quib. cauſ. maior.* vbi dicitur non eſſe ſubmouendum relegato, quia potuit procuratorem in ciuitate relinquere, ideóque faciliùs dandam eſſe reſtitutionem aduerſus relegatum quam relegato, quia ſi relegatus non reliquerit procuratorem non habuit eius aduerſarius quem poſſet conuenire, neque tamen quidquam ei poteſt imputari, ſed habuit relegatus aut habere potuit procuratorem, per quem poſſet agere, & tamen nec Vlpiano tantopere placet ea ratio, vt eam perpetuam eſſe putet. Subiicit enim ex cauſa ſuccurrendum eſſe relegato quod hîc prætermiſit. Sed ratio ſecunda Papiniani, quæ his verbis exprimitur, neque Vlpiano placuit, neque Pomponio. Eſſet enim perpetua ſi eſſet vera: Ideo autem vera non eſt quia nil commune habet delictum cum venia ætatis: in iis nimirum in quibus extra cauſam delicti fauetur ætati.

d *Quid enim commune.* Rat. dub. Ei qui delinquendo facit contra leges non eſt danda ætatis excuſatio, *l. ſi ex cauſa* 9. *§. nunc videndum ſup. l. auxilium.* 37. *in fin. inf. hoc tit.* Ergo nullum habet commune delictum cum venia ætatis.

Rat. dec. Locus hic ita intelligendus eſt quomodo proximè diximus, vt delictum in vna re admiſſum nihil cõmune habeat cum venia ætatis circa rem aliam aliúdque negotium petita. Quemadmodum in *l. ſi maritus.* 50. *de don. int. vir. & vxor.* ſcriptum eſt cauſam liberalitatis à criminatione ſeparatam eſſe. Cæterum in huius legis ſpecie nihil refert, an ponas minorem hunc fuiſſe cum cœpit exulare an verò iam maiorem, ſi modò fuerit intra tempus petendæ reſtitutionis, quia neutro caſu ei ſuccurretur, neque tanquam minori, neque tanquam maiori, ſi tempus illud petendæ reſtitutionis durante exilio effluxerit. Illud ſanè verum eſt non tam ſententiam quàm rationem Papiniani hoc loco ab Vlpiano improbari, ſed tamen ex eiuſdem Vlpiani ſententia addendam exceptionem ad Papinianum, vt nihilominus ex cauſa ſuccurrendum ſit exuli reuerſo, quamuis in ciuitate procuratorem habere potuerit ex d. *leg.* 26. §. 1. *ex quib. cauſ. maior.* Illud etiam verum quod Accurſ. notat accipiendam eſſe hanc legem de relegato, qui & libertatem & ciuitatem retinet, non de deportato qui ciuitatem amittit. Nam neque deportato neque aduerſus deportatum reſtitutio vlla dari poſſet, cum nullam habeat iuris noſtri ſiue ciuilis ſiue prætorij, quod inter ciues tantum redditur communionem, *l. 2. in princ. l. tutelas.* 7. *in fin. inf. tit. prox.*

1 ¶ Si quis tamen maior viginti quinque annis intra tempus reſtitutionis ſtatutum conteſtatus poſtea deſtiterit: nihil ei proficit ad in integrum reſtitutionem conteſtatio: vt eſt ſæpiſſimè reſcriptum.

Ad §. 1. Si quis tamen.

Ratio dubit. Conteſtatione perpetuantur actiones quæ alioquin aut anno aut morte finirentur, adeo vt etiam tranſeant in hæredem, *l. conſtit. 33. de obl. & action. l. aliam 29. in fin. de nouat.* Ergo etiam ius petendæ intra annum reſtitutionis perpetuabitur per conteſtationem eo anno factam. Præſertim cum reſtitutiones in integrum non ſint minus fauorabiles quàm cæteræ actiones, ſiquidem omnes æquitate nituntur, & ea maximè de qua in *hoc tit. l. 1. ſuprà.*

Ratio dec. Reſtitutionum ſingulare ius eſt, vt non perpetuentur per conteſtationem, ſiue quòd ſint minùs fauorabiles ob eas rationes quas attulimus ad *l. 1. ſup. de reſt. in integr.* Siue potiùs quod iis non tantum petendis, ſed etiam impetrandis legitimum tempus præſtitum eſt, *l. vlt. C. de dolo, l. petenda 6. C. de temp. in integr. reſt.* Si modò non ſtet per actorem, ſed per aduerſarium quominus intra id tẽpus tota reſtitutionis quæſtio finiatur, vt conſtat ex *l. inter. vtile 39. inf. h. t.* In propoſita verò ſpecie ſtat per actorem quem ponimus deſtitiſſe poſt petitam reſtitutionem, id eſt, vt lex ſequens interpretatur, liti in totum renunciaſſe, & beneficium prætoris repudiaſſe, vt loquitur Papin. *l. ſi filius 30. inf. h. t.* Nec aliud in aliis actionib. iuris eſſet. Generale namq; eſt, vt poſtquam liti renunciatum eſt cauſa finita inſtaurari poſtea nullo modo poſſit, *l. 4. C. de pact.* Nec ſi actionis tempora largiantur. Remittentibus enim actiones ſuas regreſſus nullus dandus eſt, *l. item quæritur 14. §. ſi vendit. de ædil. edict. leg. Papin. 8. §. 1. de inoff. teſt.* Igitur nihil aliud ex hoc loco inferre poſſis niſi quod notat Bartolus, litis conteſtationem, nil prodeſſe poſtea deſiſtenti.

21. IDEM lib. 10. ad Edictum.

DEſtitiſſe autem is videtur, non qui diſtulit, ſed qui liti renunciauit in totum.

Ad leg. Deſtitiſſe. 21.

Ratio dubitandi. Si quis cognita rei veritate ſuum negotium deſeruerit nolens in lite improba perſeuerare quam calumniæ cauſa inſtituerat, is deſtitiſſe non videtur *5. §. deſtitiſſe 10. infrà de iudic.* Et tamen hic liti renunciat in totum. Ergo non eſt bona definitio poſita in hac lege, ſiquidem non conuertitur cum ſuo definito, vt dixi ad *l. 1. §. 1. ſup. tit. prox.*

Rat. dec. ſumpſit Tribon. hanc legem non ex tractatu Vlp. de minoribus in integrum reſtituendis, ſed ex tractato de calumniatoribus, vt duo Iacobi Labittus, & Cuiac. obſeruarunt ex inſcriptione huius legis, & *d. l. deſtit.* Vnde hæc ſumpta eſt, vbi *deſiſtere*, definit Vlpian *de negotio abſtinere quod calumniandi animo quis inſtituerat.* Tolle igitur calumniandi animum, Tollis deſiſtentiam quod ad illum tractatum. De calumniatoribus, *l. deſtitiſſe 13. ad SC. Turpill.* Sed non quod ad hunc, vt neque quod ad alias iuris partes.

22. IDEM lib. 11. ad Edictum.

IN integrum verò reſtitutione poſtulata aduerſus aditionem à minore factam: ſi quid legatis expenſum eſt, vel pretia eorum, qui ad libertatem aditione eius peruenerunt, à minore refutanda non ſunt, quemadmodum per contrarium, cùm minor reſtituitur ad adeundam hæreditatem: quæ antea geſta erunt per curatorem bonorum decreto prætoris ad diſtrahenda bona ſecundum iuris formam conſtitutum, rata eſſe habenda, Calpurnio Flacco Seuerus, & Antoninus reſcripſerunt.

Ad leg. In integrum. 22.

Ratio dubitandi. Reſtitutionis in integrum ius proprium eſt, vt omnia reponat in priſtinum ſtatum ac ſi negotium quod reſcinditur geſtum non fuiſſet, & quidem ex vtraque parte, *leg. quod ſi minor. 24. §. reſtit. infrà, hoc tit. leg. vnic. Cod. de repu. quæ fiunt in iud. in integ. reſtit.* Atqui ſi minor hæreditatem non adiiſſet neque legata de hæreditate ſoluere potuiſſet, neque alios ex ſeruis hæreditariis ad libertatem perducere: quia ſcil. nullum ius in hæreditate habuiſſet, nec rurſus potuiſſet aut legatum aut libertas ipſo iure competere ex eo teſtamento quod aditione confirmatum non fuiſſet, *leg. ſi nemo 9. de teſtam. tutel. lege ea quam 16. Codice, de fideicommiſſariis.* Ergo ſi poſtea quam legata ſoluit, vel libertates dedit, præſertim quas teſtator non reliquerat, reſtituturus ſit in integrum, debet quicquid legatis expenſum eſt refundere, itemque pretia eorum, qui ad libertatem aditione eius peruenerunt. Maximè cum ex eiuſmodi ſolutione aut datione libertatis nullum accedat commodum ei, qui reſtituto aduerſus aditionem minore bona poſſeſſurus eſt ab inteſtato, cum inteſtati ſucceſſor neque legatis neque libertatibus teſtamento relictis obſtringatur ſi non ſit facta repetitio ab inteſtato, *leg. generaliter 24. §. ex teſtamento de fideic. libert.*

Ratio decidendi. Reſtitutio in integrum à minore aduerſus aditionem impetrata non facit quin minor hæres remaneat ipſo iure, *lege ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus ſuprà, hoc titulo.* Et conſequenter non impedit quominus libertates competant ipſo iure ſi directò datæ fuerint, aut ex cauſa fideicommiſſi ſi per fideicommiſſum relictæ & præſtitæ. Quæ autem ſemel competierunt, nunquam reuocantur, *l. ſi ex cauſa 9. § vlt. ſuprà, hoc tit.* Nec proinde cauſa vlla eſt, cur manumiſſorum pretia refundere debeat minor, qui adeundo hæreditatem ſibi delatam iure ſuo vſus eſt, ſicut & ſuo vtitur cum aduerſus inconſultam aditionem reſtituitur, quod & diſertè ſcriptum eſt, in *l. ſi mulier. 31. inf.* Niſi poneres aditam fuiſſe hæreditatem à minore ea mente, & propoſito, vt poſtea reſtitueretur aduerſus aditionem in fraudem eorum ad quos illo abſtinente bona debeant peruenire: quo tamen fraudis conſilio probato, neque ipſi danda eſſet reſtitutio: deceptis enim duntaxat non decipientibus minoribus ſubuenit prætor, quemadmodum, & ſenatus mulieribus, *leg. 2. §. ſed ita demum ad Velleianum.* Eadémque ratio obtinet in legatis, quæ in libertatibus, hactenus ſcilicet, vt quod legatis ſoluendis minor expendit, refundere non debeat. Non tamen etiam in eo, vt ſicuti datæ libertates, ita & legata ſoluta non reuocentur. Reuocantur enim & quidem per condictionem indebiti: quæ tamen

non minori datur qui ſoluit, ſed ei qui minore abſtinente ſit ab inteſtato bonorum poſſeſſor, *l. nec nouum* 5. *de cond. indeb.* Quod tamen mirum videtur cum vt ſerui debitas libertates, ita & legatarij debita legata ex teſtamento non deſtituto ſint optimo iure conſecuti, quomodo hîc ratiocinatur Cuiacius qui reſcriptum illud, de quo in *dicta leg.* 5. aperte ait iniquum eſſe. Accurſius verò ad *dict. leg.* 5. Vt iniquitatem hanc effugiat, coarctat reſcriptum ad ea legata quæ fuerunt indebita, puta ex eo teſtamento ſoluta quod poſtea inofficioſum, vel falſum vel agnatione poſtumi ruptum eſſe apparuit, de quibus in *leg.* 2. & 4. *eod.* Sed vtrique meo iudicio parum ſubtiliter. Debuerunt enim obſeruare non poſſe tractari de hæreditate inconſultò adita per minorem, niſi quæ non ſit ſoluendo: quod cum euenit, non poteſt fieri, vt legata debeantur, cum potior ſit cauſa æris alieni quam legatorum, & ideo legata ſemper ſunt indebita, quemadmodum & libertates, ſed minùs tamen priuilegiata, quia reuocari poſſunt, libertates non poſſunt. Itaque ſi poneres lucroſam eſſe hæreditatem, quæ fuerat legatis onerata, & nihilominus minorem poſt aditionem reſtitui ad abſtinendum (huc enim ſuo etiam iure facere poteſt, & qualem qualem hæreditatem aditam ſiue lucroſam ſiue damnoſam omittere beneficio reſtitutionis, vt diximus ad *dict. l.* 7. *§. reſtituens, ſuprà, hoc titulo.*) Non dubitarem quin legata ſoluta, & deberentur, & repeti non poſſent ceſſante nimirum ſupradicta ratione. Et quia hoc caſu hæreditas non tam inconſultè adita quàm inconſultè omiſſa videretur, cum nunquam poſſit eſſe damnoſa, propter legata, ex quibus Falcidiæ commodum hæredi ſaluum, & integrum manere neceſſe erat iure Pandectarum. Nec ſanè ferendum eſt, vt cum Cuiacius admittamus quidquam iniqui ab Impp. conſtitutum eſſe aut reſcriptum, *leg.* 3. *in prox. de vſur. leg. ex facto* 43. *de vulg. & pupill. leg.* 2. *§. merito. & §. ſi quid à principe, ne quid in loc. publ.* & ideò ſic accipienda eſt, huius l. ſententia, vt ſit generalior, quàm *dict. leg.* 5. Verum enim eſt, generaliter poſtulata reſtitutione aduerſus aditionem nihil minorem refundere vnquam debere, id eſt, ſiue damnoſa fuerit hæreditas, & inconſultè adita, ſiue lucroſa & inconſultè omiſſa, ac proinde ſiue legitimus poſſeſſor poſſit repetere legata à legatariis, ſiue non poſſit. Sed non eſt æquè verum generaliter poſſe legitimum ſucceſſorem a legatariis repetere legata quæ minor ſoluit, at eo tantum caſu quo inconſulte, id eſt, damnoſam hæreditatem, & quæ ſoluendo non erat maior adierit. Poſſunt quidem videri indebita iure prætorio etiam cum hæreditas eſt lucroſa, quia prætor non habet pro hærede illum qui per reſtitutionem abſtentus eſt, ſed eum cui ab inteſtato defert bonorum poſſeſſionem, niſi quod vtiles tantum ei dat actiones cum directas manere neceſſe ſit penes eum qui hæres manet, *dict. l.* 7. *§. ſed quod Papin. ſuprà, hoc tit.* Sed ea ratio iuris prætorij non poteſt inducere condictionem indebiti quæ eſt iuris ciuilis, vt & cæteræ omnes condictiones, *legat.* 2. *§. vltim. vi bon. rapt. leg.* 1. *de priuil. delict.* quia ex negotio naſcuntur, *leg.* 2. *in pr. l. ſi in area* 33. *infra, de cond. indeb. iunct. l.* 7. *§* 1. *ſupr. de pact.*

a *A minore refundenda non ſunt.* Intellige ſi minor nihil niſi bona fide geſſit, vt conſtat ex *l. quoties* 44. *de acq. her. l. ſi non expedierit* 6. *§.* 1. *de reb. aut. iud.*

b *Quemadmodum per contrarium.* Ratio dubit. Cum minor reſtituitur ad hæreditatem adeundam, a qua prius ſe abſtinuerat, certum eſt ſi hæreditas paterna fuit tanto magis manere illum hæredem, cùm hæres ſemper fuerit etiam poſt abſtenſionem, *l. cum quaſi* 30. *§. ſed & ſi ſuus de fideicommiſſ. lib.* Adeóque haberi illum pro hærede à prætore ac ſi nunquam ſe abſtinuiſſet, ita vt nec egeat actionibus vtilibus, quas prætor dare ſolet cùm habeat directas, arg. *leg. ſi heres* 70. *ad SC. Treb. iunct. l. neceſſ.* 57. *de acquir. heredit.* Si verò extranei hæreditas fuit, quamvis non fiat hæres niſi per aditionem, cùm tamen medio tempore alius nemo hæres fuerit, & ideirco curator ad bona diſtrahenda ſecundum iuris formam decreto prætoris conſtitutus ſit, vt hæc lex ait. Certum eſt videri eum fuiſſe hæredem iam inde ex die mortis, ſiquidem medium nullum eſt inhabile, quod impediat hanc iuris retrofictionem, & coniunctionem extremorum, *leg. heres quandocunque* 49. *de acquir. her. l. omnia fere* 193. *de reg. iur.* Apparet igitur ex poſtfacto nullum ius habuiſſe medio tempore curatorem gerendi negotia hæreditatis, & alienandi quicquam ex hæreditate, cum hæres ſignificet dominum, *§. vlt. Inſtit. de her. qual. & diff.* Nihil autem fieri poſſit in re aliena inuito domino, vulg. *l. id quod noſtrum* 11. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Ita quidem eſt ſi ſummo iure agatur, ſed tamen æquitas facit, vt quæcunque medio tempore geſta ſunt per curatorem ex decreto prætoris datum rata haberi debeant ac ſi per verum dominum geſta eſſent, ſi modo nihil dolo malo, & per colluſionem factum probetur, ne alioqui decipiantur, qui bona fide cum eo contraxerint, ſecuti decretum prætoris. In eamque rem fuit neceſſarium reſcriptum Impp. cuius hîc meminit Vlpianus. Obſeruandum tamen eſt, non alia per curatorem hunc geri poſſe, & debere quàm quæ maximè vrgent ſi aliquis hæres interim expectetur, *lege ſi quis inſtituatur* 23. *§. pen. & vltim. de hered. inſtit. lege ſi diu* 8. *ex quibus cauſ. in poſſeſſ. eatur. leg. ſed ſi is* 5. *§. quoties de Carb. edic.* Sic in ſpecie, *leg. Ariſt.* 5. *§.* 1. *leg. ait prætor.* 7. *§ vltim. de iur. delib.* Omnia vero ſi certum ſit neminem hæredem aut bonorum poſſeſſorem aut alterius generis ſucceſſorem fore, *l.* 2. *de curat. bon. dand.* Iunge *l. cum hered.* 36. *ad SC. Treb.* Quamvis non loquatur de curatore.

23. Pavlvs lib. 11. ad Edictum.

CVm mandatu patris filiusfamilias res adminiſtraret, non habet beneficium reſtitutionis nam, & ſi alius non mandaſſet, non ſuccurreretur: cum eo modo maiori potius conſuleretur, cuius damno res ſit ceſſura. ¶ Sed ſi euentu [a] damnum minor paſſurus ſit: quia, quod præſtiterit, ſeruare ab eo, cuius negotia geſſit, non poteſt, quia is non erit ſoluendo: ſine dubio prætor interueniet [b]. ¶ Si autem ipſe dominus minor ſit [c], procurator verò maioris ætatis, non poteſt facilè dominus audiri, niſi ſi mandatu eius geſtum erit, nec à procuratore [d] ſeruari res poſſit. Ergo & ſi procuratorio nomine minor circumſcriptus ſit: imputari debet hoc domino, qui tali commiſit ſua negotia: idque & Marcello placet.

Ad l. Cùm mandatu. 23.

Ratio dubitandi. Prætor reſcindit quicquid cum minore geſtum eſt ſi in eo negotio aliqua læſio interuenerit, *l.* 1. *§.* 1. *l. ait prætor.* 7. *ſup. h. t.* Atqui verum eſt in propoſito caſu, & minorem, & læſum fuiſſe illum qui contraxit. Ergo ex verbis edicti, quæ ſunt generalia poterit in integrum reſtitui.

Ratio decidendi. Non læditur minor qui ſi ex negotio quod geſſit aliquid præſtare cogatur, poſtea regreſſum habiturus eſt actione mandati contra eum qui mandauit ſi ſit extraneus. Nam cum patre cettoni eſt filium agere non poſſe, *leg.* 4. *infra, de iniur.* Sed quod à patre filius conſequi nil poteſt per actionem non facit, vt eo magis læſus videri poſſit, qui nihil de ſuo præſtare

poteſt,

poteſt nec ſi totum præſtiterit de peculio quippe quod licet ſit filij, magis tamen eſt patris, *l. 3. §. ſed virum, ſuprà, l. patri 17. infr. hoc tit.* Itaque quod ſequitur in verſ. *ſed ſi euentu.* Non de minore accipi debet, qui res paternas adminiſtrauerit, ſed de eo qui alienas, de quo proxime Paulus locutus fuerat illis verbis, *nam etſi alienis mandaſſet.* Non enim euentu poteſt damnum ſentire filiusfam. quia quandio filiusfamilias eſt, & viuo patre condemnari quidem poteſt, ſed non vrgeri ad ſolutionem, *l. ſi dubitet. 10. §. filiusfamilias, de fideiuſſ.* Quòd ſi poſt mortem patris cogatur de ſuo aliquid ſoluere, tum verò habebit actionem mandari contra hæredes paternos ſi non ſit ipſe hæres patris, aut officio iudicis familiæ erciſcundæ indemnitatem à fratribus aliiſve cohæredibus conſequetur, ſi pro parte tantùm hæres ſit. Nam ſi in totum, & ex aſſe ſibiipſi ſoluiſſe videbitur, *leg. qua dotis. 33. ſolut. matrim.*

a *Sed ſi euentu.* Ratio dubit. Intereſt minoris, vt & alterius cuiuſlibet, non ſoluere potius quàm ſolutum repetere, *l. 3. de compenſ. l. ſi ſtipulatus. 15. de fideiuſſ.* Atqui ſi non reſtituatur minor qui maioris mandatu contraxit, poterit ille conueniri procuratorio nomine, & cogi ad ſolutionem aut ad præſtandam euictionem ſi fortè alienam rem mandatu eius, qui dominus non erat, vendiderit, *l. ſeruum Titij. 49. Mandat.* Ergo quamvis habiturus ſit actionem mandati contra mandatorem non eo minus danda ei reſtitutio eſt, ſicut & ei datur qui iuſſu patris contraxit, *d. l. 3. §. ſed verum. ſup. hoc tit.*

Ratio decidendi. Non eſt propoſitum prætoris in hoc edicto, vt per minorum perſonam conſulat maiori. Auxilium enim pollicetur minoribus non maioribus, *d. l. 3. §. ſed vtrum.* Atqui ſi ſuccurreretur minori filiofamilias, qui mandatu maioris res alienas adminiſtrauit, viderentur eo modo potius conſuli maiori cui damno in effectu res eſſet ceſſura per regreſſum, quem habet procurator actione mandati aduerſus eum qui mandauit, cum non ſuum negotium geſſerit procurator, ſed alienum. Ergo minori ſuccurrendum non eſt, ne indirectò per mediam minoris perſonam ſuccurratur maiori, meliúſque eſt minorem cogi ſoluere poſtea repetiturum, quam prætextu eiuſmodi quod patitur cum ſoluere interim cogitur in effectu fauere maiori contra mentem, & propoſitum prætoris. Aliud eſt ſi filius minor de re peculiari etiam iuſſu patris contraxerit, quia tunc, ſicut proprio nomine reſtituitur, adeóque inuito etiam patre, vt dixi ad *dict. §. ſed vtrum. & ad §. vltim. eiuſd. legis iunct. l. 4. ſuprà.* Non tamen accipiendus eſt hic verſiculus de filiofamilias qui patris res adminiſtrauerit, ſed de alio minore qui extranei maioris mandatu aliquid geſſerit, vt ſuprà dixi. Ioannes & Azo apud Accurſium hîc delirant: nec minus Accurſ. qui ſequitur Azonem.

b *Prætor interueniet.* Dando ſcilicet reſtitutionem minori ad reſcindendum negotium, quod geſſit etiam procuratorio nomine. Ne alioquin eueniat, vt moretur in damno etiam, vbi conuentus non fuerit niſi tanquam procurator.

Ratio dubitandi. Hoc quoque caſo cum minor reſtituitur, qui procurator fuit maioris quem apparet non eſſe ſoluendo ad præſtandam minori indemnitatem actione mandati contraria reſtitutio minoris prodeſt maiori cuius negotium eſt. Atqui hoc abhorret à mente & propoſito prætoris, *d. l. 3. §. ſed vtrum ſup.* Ergo nec hoc caſu reſtituendus minor eſt.

Ratio decidendi. Melius eſt hoc admitti præter mentem prætoris, quàm reſtitutionem denegare minori eo metu ne reſtitutio minoris proſit maiori. Eſſet enim id contra mentem prætoris qui nullo modo patitur in damno morari eum qui, & minor, & læſus probatur. Eſt autem longè tolerabilius fieri quid à prætore præter quam contra mentem edicti, argument. *l. necnon. 28. §. quoad eius. ex quibus cauſ. maior.* Quanquam poteſt etiam defendi nihil aut parum admodum intereſſe maioris qui ſoluendo non eſt, vt minor reſtituatur, cum etiamſi non reſtitueretur, actionem tamen ſiue extraneo cum quo minor contraxit ſiue minori ipſi contra ſe competentem poſſet per inopiam ſuam eludere, *leg. nam u. 6. ſup. tit. 1.*

c *Si autem ipſe dominus minor ſit.* Ratio dubitandi. Inſpicienda eſt perſona domini non procuratoris, vt initio huius legis ſcriptum eſt, ſicut è contrario cùm mandatum nullum interceſſit, inſpicienda eſt perſona geſtoris non domini, *leg. proxim. in princ. infra* vt & Cuiacius tractat *ad leg. 3. §. vltim. ſupr.* Ergo ſi minor fuerit dominus, & læſus reſtituendus eſt, quamvis procurator fuerit maior.

Ratio decidendi. Inſpicitur perſona domini cum res eius domino ceſſura eſt, vt hæc lex ait. Atqui non poteſt cedere damno minoris cùm procurator fuit maior, quia poteſt minor quidquid ex ea cauſa ſoluerit repetere à procuratore per directam actionem mandati, quam effugere procurator nullo modo poteſt, ne quidem per reſtitutionem cum ſit maior. Ergo nec læſus videtur minor, nec proinde reſtituendus tanquam qui vice rei quam amiſit habeat actionem vulg. *l. is qui actionem 11. de regul. iur.* Quòd ſi obiicias minoris intereſſe non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, eadem expectanda erit reſponſio quæ allata eſt ad ſimilem obiectionem in ſpecie præcedenti. Nec obſtat rurſum, quod ſi ex contractu tutoris vel curatoris minor læſus ſit, nihilominus reſtituitur aduerſus eum qui contraxit cum tutore, vel curatore, *lege fin. tot. titulo, Codice, ſi tutor & vel curator interuen.* Cùm tamen æquè poſſit dici nihil abeſſe minori, qui contra tutorem, vel curatorem paratam habeat actionem. Tutoris enim, & curatoris perſona magis repræſentat perſonam pupilli, vel adulti quàm perſona procuratoris perſonam domini, vt ex eo conſtat, quod qui contraxit tanquam procurator procuratorio nomine conueniri poteſt, & condemnari, ita vt de ſuo quoque ſoluere cogatur ſalua repetitione contra eum qui mandauit, *dicta lege ſeruum Titij 49. infrà, mandat. lege eum qui 46. infra, hoc titulo.* At tutor, vel curator qui pupilli vel adulti nomine contraxit, nihil de ſuo ſoluere cogitur, nec in eum iudicati actio datur, *lege 2. de adminiſtrat. tutorum.* Ideóque verendum non eſt, ne reſtitutio conceſſa pupillo vel adulto proſit tutori, vel curatori, quomodo prodeſſet procuratori, & quidem contra propoſitum prætoris qui ſolis minoribus auxilium pollicetur. Prodeſt quidem tutori, vel curatori reſtitutio impetrata contra eum qui cum tutore, vel curatore contraxit, ſed hactenus duntaxat, vt quod fuerit conſecutus pupillus, vel minor per in integrum reſtitutionem poſtea petere non poſſit per tutelæ vel curæ actionem, ſed non prodeſt in eo, vt ob id minùs conueniri poſſit tutor vel curator ab eo cum quo contraxit à quo non poſſet conueniri, nec ſi reſtitutio nulla petita eſſet. Denique hoc vnum ſpectandum eſt, cuius damno ceſſura res ſit non impetrata reſtitutione, vt in hoc tract. domini loco habeatur etiam procurator ſi ex euentu, & effectu ipſo damnum paſſurus ſit. Vnde eſt, quod in procuratore ad litē dato idem ſeruandum eſt quod in tutore vel curatore, *l. 4. in fin. C. ſi aduerſ. rem iud.* Quamvis perinde ſit ille procurator ex voluntate, nempe quia res eius damno non poteſt cedere cum iudicati executionem pati non cogatur, *leg. ſi procur. 28. ſupr. de procur. vbi dixi iunct. d. l. eum qui 46. infr. hoc tit.* Et ita nodum hunc diſſoluendum arbitror, non quomodo Accurſius, rationem diuerſitatis inter tutorem, & procuratorem, illam affert: quòd tutor itémq; curator fiat ex neceſſitate, procur. autē ex voluntate, vt inferat mitius ergo agendum cum tutore vel curatore, quàm cum procur. Non enim mitius agitur cum tutore vel cum curatore cum poſſit minor ſi malit priores illos eligere: neque

curſus quomodo Cuiacius qui contrario errore putat non eſſe audiendum minorem, ſi velit rectà petere reſtitutionem aduerſus emptorem, niſi eo demum caſu quo tutor curatorve ſoluendo non ſit, aut emptor mala fide contraxerit, aut denique interſit minoris rem ſuam potius habere. Pugnat enim hæc opinio cum *dicta lege vltim. Codice, ſi tutor, vel curator interu.* Quæ dat electionem indiſtinctè minori an velit reſtitui, an agere contra tutorem, vel curatorem dicam ad leg. *leg. intra vtile 39. infrà, hoc titulo.*

d *Nec à procuratore.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad verſ. ſed ſi euentu, ſupr.

e *Ergo & ſi procuratorio.* Eadem ſententia eſt, quæ poſita eſt in principio legis. Sed noua ratio quam affert Paulus, quod imputare ſibi debeat maior, qui minori ſua negotia commiſit, ſicut dici ſolet de eo qui in arbitrium aliquem minus peritum cum promiſit, *l. denique 17. §. ſlare de recept. & qui arb. dixi in l. 5. §. fin. & l. ſeq. ſupra.*

24. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

QVod ſi minor ſua ſponte negotiis maioris interuenerit, reſtituendus erit, ne maiori damnum accidat a. Quòd ſi hoc facere recuſauerit b: tunc, ſi conuentus fuerit negotiorum geſtorum c, aduerſus hanc actionem non reſtituitur d: ſed compellendus eſt, ſic ei cedere e auxilium in integrum reſtitutionis, vt procuratorem eum in rem ſuam faciat: vt poſſit per hunc modum f damnum ſibi propter minorem contingens reſarcire.

Ad l. Quòd ſi minor. 24.

Ratio dubit. Prætoris propoſitum non eſt ſubuenire minoribus, vt per eos ſubueniat maioribus, *l. prox. ſuprà.* Ergo ſi minor ſua ſponte negotiis maioris interuenerit, non ob id ſolùm reſtituendus erit, quod alioqui futurum ſit, vt maiori damnum accidat, & quemadmodum mandato interueniente ſpectatur perſona domini non procuratoris, ita & ceſſante mandato ſpectanda eſt perſona domini non geſtoris. Eadem enim vtriuſque ratio eſſe videtur cum vterque interueniat ex voluntate gratuito, & vt impleat officium amici.

Ratio dec. Dominus in hoc. tract. habetur is cuius damno res ceſſura eſt, vt diximus ad *l. prox.* Mandato autem interueniente ſemper cedit damnum ei qui mandauit, & minori negotia ſua commiſit: proinde ſi ſit ipſe maior, non poteſt reſtitui, vt Paul. ait, *lib. 1. ſent. sit. de reſt. in integ.* At cum mandatum nullum interceſſit, debet res cedere periculo geſtoris, ſi ab initio malè geſta ſit cum nihil poſſit imputari ei cuius abſentis, & ignorantis negotia geſta ſunt. Ergo geſtoris perſona inſpicienda eſt non domini, vt ſcil. poſſit geſtor, qui minor fuit, reſtitui, ne alioqui aut ipſe damnum ſentiat, cū teneatur actione negotiorum geſtorū aduerſus quam reſtitui non poteſt, vt hic Paulus ſubiicit, aut ſi non reſtituatur in damno moretur dominus, cui tamen nihil imputari poteſt.

a *Ne maiori damnum accidat.* Rat. dub. Nemo cogitur ratum habere, quod à negotiorum geſtore ſine mandato geſtum eſt, *l. Pompor. 10. & paſſ. ſupr. de neg. geſt.* Ergo non poteſt ex geſtoris facto damnum accedere domino niſi velit. Non enim ſicut abſentis, & ignorantis meliorem conditionem facere poſſumus, ita & deteriorem, *l. ſoluendo 39. upr. eod. l. 2. quod vi aut clam.* Igitur non eſt bona hæc ratio, propter quam reſtituendus ſit geſtor qui minor fuit, præſertim cum habeat maior paratam actionem negotiorum geſtorum, eámque efficacem modò minor ſit ſoluendo, ſiquidem aduerſus eam actionem reſtitui non poteſt.

Ratio decidendi. Poteſt caſus talis euenire in quo dominus ex ipſo negotio geſtoris damnum ſenſerit quod per actionem *negot. geſt.* ſarciri non poſſit, vt in exemplo quod affert Accurſ. ſi minor emerit aliquid de pecunia domini, nec poſtea poſſit domino eam rem reddere fortè quam amiſerit cum non ſit ipſe ſoluendo: ſed malo hanc legem intelligere de maiore qui ratum habuerit geſtum à minore. Hic enim damnum ſuum facit per ratihabitionem, neque tamen eo minus dignus eſt, cui ſuccurratur quando nihil geſſit ipſe cum minore, & captioſa erit obiectio ſi quis dicat ratihabitionem comparandam mandato. Valet enim comparatio quantū ad confirmandum negotium abſentis nomine geſtum, vt ipſo iure teneat, non etiā vt ei qui nihil mandauit poſſit imputari quod imputatur mandanti cur minori negotia ſua cōmiſerit. Vera igitur ratio, propter quā in hac ſpecie minori ſuccurritur, illa eſt, quod cum poſſit ipſe conueniri actione negotiorum geſtorum, nec tamen poſſit aduerſus eam actionem reſtitui condemnandus eſſet ac de ſuo cogendus præſtare indemnitatem, ſi aut ipſe non reſtitueretur aut ſaltem reſtitutionis auxilio ſi minor non cederet: quod tamen cedere non poteſt quin prius pro explorato habeatur poſſe illum reſtitui. Quæ autem hic affertur ratio ne maiori damnum accidat, non tam ratio eſt, dandæ minori reſtitutionis contra eum cum quo contraxit quàm denegandæ eidem contra dominum cuius negotia geſſit. Sed ſic aptata eſt ſiue à Paulo ſiue quod magis crediderim à Tribonian. (cui totum hoc initium legis acceptum fero) quod tanto magis reſtituendus ſit minor aduerſus eum cum quo contraxit, ne domino cuius negotia geſſit teneatur, quanto minus contra dominum ipſum reſtitui poteſt, cui omnimodo tenetur.

b *Quod ſi hoc facere recuſauerit.* Quid verò hoc eſt? Nimirum reſtitui in integrum: Quaſi verò minor ſeipſum reſtituat, ac non potius à prætore reſtituatur. Item quaſi prætor reſtitutionem offerat minori, ac non potiùs minor eam poſtulare debeat à prætore. Denique minoris eſt eam poſtulare, prætoris verò aut concedere aut recuſare prout æquum illi videbitur. Itaque vel vnica hæc phraſis Triboniani eſſe locum hunc ſatis oſtendit, & & cætera quæ ſequuntur ſi Paul. & Triboniani ſtylum planè diuerſum bene agnoſco. Tanto magis quod in libris ſententiarum Pauli, vnde hic locus ſumptus dicitur ſententia hæc non repetitur. Etſi non ignoro ſatis mancas & mutilas eſſe eas quas hodie habemus.

c *Tunc ſi conuentus fuerit negotiorum geſtorum.* Hoc ipſo autem quod is cuius negotium geſtum eſt, agit negotiorum geſtorum, habet ratum quicquid ſuo nomine geſtum eſt. Ex quo apparet quàm verum ſit, quod ſuprà dixi intelligendam eſſe legem hanc de illo, qui negotium à minore geſtum ratum habuit, ac proinde cui facilè poſſet damnum ex ea geſtione accedere ſi minor non reſtitueretur.

Ratio dubit. Imputare ſibi debet dominus cur maluerit negotiorum geſtorum agere, atque ita negotium pro ſe geſtum ratum habere quàm id ratum non habendo omnem damni occaſionem effugere. Ergo non eſt ei ſuccurrendum quaſi nec damnum vllum paſſus ſit ex regula, *leg. quod quis 203. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Non poteſt minor qui eius nomine geſſit negotium ei imputare, cur poſtea id ratum habuerit quando nec alia mente geſſiſſe videri poteſt, quàm vt id negotium ratum haberetur.

d *Aduerſus hanc actionem non reſtituitur.* Ratio dubit. Minor reſtituitur non ſolum ſi contrahendo læſus ſit, ſed etſi quaſi contrahendo puta hæreditatem adeundo, *leg. ait prætor. 7. §. ſed etſi hereditatem ſupra, hoc tit. iunct. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* Geſtum enim accipimus in hoc edicto qualiter geſtum ſit,

ſit, ſiue contractus ſit ſiue quid aliud contigit, *diſt.l.ait prætor.7. in princ.* Ergo etſi abſentis negotia geſſerit in eóque læſus ſit perinde reſtituetur.

Ratio decidendi. Reſtituitur minor aduerſus eos cum quibus contraxit, quia poteſt iis imputari, cur cum minore ad eum lædendum contraxerint. At nihil poteſt imputari ei cuius abſentis, & ignorantis negotia per minorem geſta ſunt cum non minorem elegerit, ſed ignorans in minorem inciderit. Æquius igitur eſt in damno morari minorem cui poteſt imputari cur ad aliena negotia vltro acceſſerit quàm dominum cui nihil imputari poteſt, argument. *leg. vltim. rem pupil. ſalu. for.* Dices neque poſſe quicquam imputari creditoribus & legatariis, cum minor damnoſam adiit hæreditatem, quam vtique adire potuit iis etiam ignorantibus. Et tamen non eo minus contra ipſos reſtituitur. Reſpondeo reſtitui minorem aduerſus creditores, & legatarios cum quibus nihil contraxit, ſed per conſequentias tantum non principaliter. Reſtitui verò principaliter contra factum ſuum, quod damnoſam aut ſuſpectam agnouit hæreditatem, in quo facilè potuit labi infirmitate conſilij, cum lucroſam hæreditatem eſſe putaret, eámque agnoſcendo iure ſuo vteretur, vt tanto magis dignus ſit cui ſuccurratur. Quod planè diuerſum eſt, in eo qui abſentis, & ignorantis negotia geſſit. Nullam enim conſilij aut ætatis infirmitatem poteſt obtendere, cum nemo eum cogeret accedere ad negotia alterius gerenda, aut eligeret vtrum ea abſentis negotia gerere deberet, an negligere. Nec ſanè caret doli ſuſpicione quiſquis ad aliena negotia gerenda vltro accedit ſi poſtea malè gerat, & vbi malè geſſit recuſet ſuſcipere iudicium negotiorum geſtorum. Neque verò reſtitutio quæ datur minori aduerſus agnitionem hæreditatis quicquam aufert legatariis aut creditoribus, quibus integra remanent iura quæ habebant ante agnitionem à minore factam. At quæ daretur aduerſus actionem negotiorum geſtorum ea faceret, vt in damno moraretur dominus cui tamen nihil imputari poſſet.

e *Sed compellendus eſt ſic cedere.* Ratio dubitandi Beneficium reſtitutionis quod datur minori non aliam cauſam habet quam fauorem ætatis, *l.1 ſupr. h. tit.* Atqui fauor ætatis nullus poteſt eſſe in maiore cui minor vult cedere, & præſtare auxilium reſtitutionis. Ergo beneficium reſtitutionis cedi nullo modo poteſt, arg. *l. ex plurib. 42. de adm. tut.*

Ratio decidendi. Reſtitutionis beneficium non eſt merè perſonale cum tranſeat ad hæredem, *l. minor. 18. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. hoc tit.* Ergo nihil prohibet quominus etiam cedi poſſit. Cum ſit regulare, vt quæ ſunt tranſmiſſibilia eadem ſint ceſſibilia, & contra, *d. l. ex pluribus.* Hoc ipſum tamen non ſic accipiendum eſt, vt ex ea ceſſione poſſit ceſſionarius aliquam habere ſuo nomine reſtitutionem, ſiue directam, ſiue vtilem quomodo vtilem haberet ceſſionarius nominis ex reſcripto D. Pij, *l. ſi cum emptor. 16. ſupr. de pact. l. empt. 5. l. ex nomin. 8. C. de her. vel act. vend.* Non tam enim hic ceſſionarius eſt, quam procurator in rem ſuam, vt lex ait, qui proinde cogitur ex perſona minoris petere reſtitutionem, quam ex ſua non magis petere poteſt poſt ceſſionem, quam ſi nulla ceſſio facta eſſet. Atque ita hic locus accipi debet non quomodo ab interpretibus vulgo accipitur, quo ceſſionem reſtitutionis habent pro ceſſione nominis: in quo ſanè falluntur. Itaque rectiùs dixerit, qui reſtitutionem in integrum mandari, quàm qui cedi poſſe dixerit. Quod etiam conſtat ex *leg. ſi minoris 25. in fine, de adminiſtrat. tutor.*

f *Vt poſſit per hunc modum.* Obſerua in hoc potiſſimum verſiculo elegantiam Triboniani.

1 ¶ Non ſemper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, reſcindenda ſunt, ſed ad bonum & æquum redigenda ſunt, ne magno incommodo huius ætatis homines afficiantur, nemine cum his contrahente: & quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque niſi aut manifeſta circumſcriptio ſit, aut tam negligenter in ea cauſa verſati ſunt, prætor interponere ſe non debet.

Ad §. 1. Non ſemper.

Ratio dubitandi. Semper poteſt imputari ei qui cum minore contraxit, aut aliud negotium geſſit, cur non adhibuerit curatorem, *lege ait prætor. 7. §. 1. ſuprà.* Ergo ſemper reſcindenda ſunt, quæ cum minoribus geſta fuerunt ſine curatore.

Ratio decidendi. Minor etiam qui curatorem habet rectè obligatur, *lege puberes 101. de verborum obligationibus.* Qui verò curatorem non habet, omnia pro arbitrio ſuo adminiſtrare poteſt, niſi quod oratione Diui Seueri prohibetur alienare bona immobilia ſine decreto. Valde ergo intereſt minorum, vt non ſemper ea quæ cum ipſis geſta ſunt reſcindantur, ſed ad bonum, & æquum redigantur. Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius ætatis homines, nemine cum iis contrahere volente, & quodammodo commercio eis interdiceretur. Dixi ad *legem verum 11. §. ſciendum, ſuprà.* Manifeſtam ergo circumſcriptionem probare minor debet, aut magnam ſuam negligentiam & facilitatem, vt prætor ſe interponat. Similis ratio eſt, in *lege ſi mulier 12. infrà ad Velleian. l. ratas 7. Codice, de reſcind. vend. leg. Diuus 24. de teſt. milit. leg. pen. C. ad SC. Trebell.*

2 Scæuola noſter aiebat, ſi quis iuuenili leuitate ductus omiſerit, vel repudiauerit hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem: ſi quidem omnia in integro ſint, omnimodo audiendus eſt: ſi verò, iam diſtracta hæreditate [g], & negotiis finitis, ad paratam pecuniam laboribus ſubſtituti veniat, repellendus eſt, multóque parciùs ex hac cauſa hæredem minoris reſtituendum eſſe.

Ad §. 2. Scæuola.

g *Omnimodo audiendus eſt.* Ratio dubit. Hæreditas ſemel repudiata poſtea acquiri nunquam poteſt, ſicut nec ea quæ fuit adita repudiari, *leg. ſicut 4. C. de repud. vel abſtin. hered.* Quia vterque actus, & aditionis, & repudiationis eſt legitimus, *leg. actus legitimi 77. de reg. iur. leg. 1. §. vlt. vt in poſſ. leg.* Ergo non eſt audiendus minor qui hæreditatem ſibi delatam omiſit vel repudiauit, quamuis iuuenili leuitate ductus id fecerit, nec ſi omnia in integro eſſe videantur. Quomodo enim poſſunt omnia eſſe integra cùm delatio hæreditatis conſumpta ſit per repudiationem? Delatam ſiquidem oportet eſſe hæreditatem priuſquam adiri poſſit, *l. delata 151. de reg. iur.* Et cùm nemo cogatur adire aut repudiare ſibi delatam hæreditatem, adeóque nec rationem reddere cur eam ſibi velit acquiſitam aut amiſſam, *leg. 4. ad SC. Treb. l. nec emere 16. Codice, de iur. delib.* Non poteſt videri læſus minor qui hæreditatem repudiauit, etiam lucroſam,

cum facilè fieri poſſit vt damnoſa tandem appareat, ſi fortè æs alienum emergat quod diu latuit, *l. ſi hæreditatem. 35. mandat.* Quod quanquam ex poſtfacto non eueniat, prudentis tamen hominis eſt proſpicere quid euenire poſſit, & hæreditatem quantumlibet lucroſam pro ſuſpecta habere. Adde quòd cum hæreditas nobis delata nundum ſit in bonis noſtris quandiu non eſt adita, *l. pretia rerum 63. ad l. Falcid.* non poteſt videri factus pauperior minor qui delatam ſibi hæreditatem repudiauit expreſſa & ſolemni declaratione volũtatis, aut omiſit tacita renunciatione. Hic enim nihil de patrimonio ſuo diminuit, ſed tantum acquirendi occaſionem amiſit, *l. quod autem 6. quæ in fraud. cred.*

R. dec. Minoribus ſuccurrit prætor non ſolum ſi damnum aliquod incurrant, ſed & ſi lucrum omittant, *l. ait prætor 7. §. hodie & ſeqq. ſupr. h. t.* Lucrum autem omittit qui hæreditatem lucroſam non vult acquirere cum poſſit. Nec in eo fit vlla iniuria creditoribus & legatariis, quorum intereſt potius vt habeant quem poſſint conuenire, *l. cùm hæreditas. 55. de acq. her.* Dices fieri iniuriam ſubſtituto aut proximo agnato ad quem ex die repudiationis cœpit pertinere hæreditas, *l. 1. §. ſed vider. dum, de ſucceſſ. edict.* Quod enim ius ei ſemel quæſitum fuit, poſtea inuito auferri non poteſt, *leg. ſi ego 9. §. 1. de iur. dot. l. id quod noſtrum 10. de reg. iur.* Reſpondeo non fieri iniuriam ſubſtituto nec agnato proximo cum per in integrum reſtitutionem in eum ſtatum reducantur omnia in quo erant priuſquam minor læſus fuiſſet. Quo tempore nullum ius ſubſtituto aut agnato proximo competebat in ea hæreditate quæ minori delata erat primo loco: nec debent iſti ægrè ferre eripi ſibi per reſtitutionem in integrum occaſionem acquirendæ hæreditatis, quæ nunquam iis delata fuiſſet, ſi minor iuuenili leuitate ductus eam hæreditatem non omiſiſſet. In ſumma poteſtate reſtitutionis in integrum tollit intellectum repudiationis, exemplo eius quod à Papin. ſcriptum eſt, in *l. ſi patroni 55. §. vlt. ad SC. Trebell.* poteſtatem euictionis tollere intellectum reſtitutionis. Planè ſi ponas aditam fuiſſe iam hæreditatem ſiue à ſubſtituto ſiue ab agnato proximo, licèt nihildum ex rebus hæreditariis diſtractum ſit, non faciet reſtitutio quin is qui adiit te vera hæres maneat, ſed tantùm vt vtiles actiones minori dentur qui reſtitutus eſt aduerſus omiſſionem aut repudiationem hæreditatis, *l. 7. §. ſed quod Papin. ſupr. h. tit.* Omnia verò quæ diximus de minore in integrum reſtituendo aduerſus omiſſam aut repudiatam hæreditatem ad eum pertinent qui fuerit extraneus hæres. Suo enim hæredi qui ſe abſtinuit non eſt neceſſarium beneficium reſtitutionis, non ſolùm ſi minor ſit, ſed nec ſi maior, dummodo ſint omnia in integro, id eſt, dum ne ſint diſtractæ res hæreditariæ, *l. ſi quis ſuus, 8. de iur. delib.* cum diſtinctione tamen, *l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* Sed & poſt repudiationem ab extraneo factam euenit interdum vt non modò permittatur ei, ſed etiam cogatur hæreditatem adire, ſed alieni non ſui compendij gratia, vt ſi eam hæreditatem alteri reſtituere rogatus ſit, *leg. nam quod 14. §. 1. ad SC. Trebell* De cuius tamen loci ſententia vide quæ ſcripſi, *libro 18. Coniectur. cap. 9.*

h *Si verò iam diſtracta hæreditate.* Ratio dubitandi. Cùm diſtracta eſt hæreditas, pretia rerum fiunt hæreditaria & pretium ſuccedit loco rei in vniuerſalibus, quale eſt iudicium petitionis hæreditatis, *leg. ſi & rem & pretium 25. & leg. ſequent. infr. de petit. hæred.* Ergo quemadmodum rebus nondum diſtractis poteſt minor reſtitui aduerſus omiſſionem aut repudiationem hæreditatis, vt res ipſas conſequatur, ita & iis diſtractis reſtituendus eſt ad pretia ſaltem conſequenda. Quid enim ſubſtituti intereſt an res ipſas amittat, an pretia ex rerum venditione redacta? Aut quidni admittemus omnia eſſe in integro etiam poſt diſtractas res hæreditarias ſi minor precijs rerum contentus eſſe velit? Quanquam quid referre videtur an omnia ſint in integro necne, cum poteſtas reſtitutionis illa ſit, vt ea etiam quæ non ſunt integra, in integrum reponat, *§. reſtitutio. infrà hac lege.*

Ratio decidendi. Pretium rei venditæ non tam ex re ipſa quàm ex negotiatione percipitur, *leg venditor. 2. de hæred. vel action. vend.* Ergo poſt diſtractas res hæreditarias finitáque negotia, non debet audiri minor ſi velit venire ad pecuniam partam laboribus ſubſtituti. Idque ius ita ſemper & conſtanter obtinuiſſe teſtatur Iuſtinianus in *dict. leg. vlt. Cod. de repud. vel abſtin. hæred.* vbi tamen addit ille exceptionem nouam, & à iuris veteris ratione abhorrentem, niſi fortè durante minore ætate res venditæ ſint. Tunc etenim, inquit, per in integrum reſtitutionem non denegatur ei adire hæreditatem, & res recuperare, & creditoribus paternis ſatisfacere. Sed hoc ipſum tamen ſic accipiendum eſſe puto, ſi res venditæ ſint non à ſubſtituto, vt in hoc §. aut, quod idem eſt, ab agnato proximo ne tario poſita in hoc §. minori noceat, ſed à creditoribus, quorum ſanè nihil intereſt dummodo iis ſatisfiat. Ne alioqui pugnet hæc conſtitutio cum hoc §. in quo certè Paulus ex Scæuola eum caſum tractat, quo res hæreditariæ diſtractæ ſint tempore minoris ætatis. Intereſt tamen emptorum qui etiam à creditoribus emerunt, vel a curatore qui bonis dari ſolet quoties ſucceſſor nullus eſt qui velit reſpondere creditoribus, *lege 1. & tot. titul. de rebus auctoritate iudic. poſſidendis, ſeu vendendis.* Sed & creditorum qui diſtrahendi ius habent, ne tanto tardiùs ſuum conſequantur, non facilè reperturi emptorem qui velit accedere ad emptionem bonorum hæreditatis minori delatæ, & ab eo repudiatæ, idque propter metum reſtitutionis. Quare non placet mihi ea Iuſtiniani diſtinctio, quæ nec iuri veteri conuenit, nec ipſi quoque Iuſtiniano, qui initio legis conſtitui generaliter & indiſtinctè, quod antiquitas obſeruauerat, vt ſi res hæreditariæ iam venditæ ſint, nullus omnino minori aditus ad hæreditatem reſeruetur, non adhibita diſtinctione illa. An ſuus hæres qui paternam hæreditatem recuſauit, maior fuerit an minor, quam tamen diſtinctionem adhibet in altera parte conſtitutionis, cùm rebus omnibus integris ſuus hæres vult redire ad paternam hæreditatem quam priùs recuſauit. Præſertim cùm ex eius conſtitutionis præfatione appareat Iuſtinianum id agere, vt ſuorum hæredum ius antiquum hac parte minuat non vt augeat, quod tamen augetur proculdubio cum minori aditus reſeruatur ad hæreditatem poſt diſtractas res hæreditarias, etiamſi hærede qui recuſauerat adhuc in minore ætate conſtituto diſtractæ proponantur. Quanquam dici poteſt Iuſtinianum ea lege non tractare niſi de ſuis hæredibus, quorum cauſa fauorabilior eſſe ſolet & debet, cùm ſint ipſo iure hæredes etiam poſt abſtentionem, *l. cum quaſi 30. §. ſed & ſi ſuus de fideicom. libert. l. neceſſarius 57. de acq. hæred.* & ex ratione poſita in *l. ſi filius 12. de vulgari. & pupillari ſubſtitutione.* Paulum verò & Scæuolam in hoc loco de extraneis, quibus magis conuenit vtrumque illud verbum *omiſerit vel repudiauerit hæreditatem.* Suus enim magis propriè dicitur abſtinere. Extraneus verò tum omittere cùm patitur ſe tempore excludi ab adeunda hæreditate. vt conſtat ex *dict. l. 1. §. vlt. vt in poſſeſſ. legat.* Et ita ſanè eſt.

i *Multóque parciùs ex hac cauſa hæredem.* Ratio dubitandi. Reſtitutio in integrum quæ ex hoc edicto competit, tranſit etiam in hæredem quamvis maiorem, *leg. minor. 8. §. vlt. ſupra,* ſicut & cæteræ omnes reſtitutiones, *leg. non ſolùm 6. ſupr. de in integrum reſtitutionibus.* Ergo nulla cauſa eſt, cur difficiliùs hæredi minoris, quàm minori ipſi ſuccurratur, ſcilicet quandiu res hæreditariæ non ſunt diſtractæ. Si enim diſtractæ ſint, iam

diximus

diximus nullomodo audiendum eſſe minorem. Ergo nec hæredem. Alioqui non parciùs, ſed pleniùs hæredi ſuccurreretur.

Ratio decidendi. In hac cauſa minùs fauendum eſt hæredi minoris quàm minori, hoc eſt, cùm minor hæreditatem ſibi delatam repudiauit, & ante diſtractas res hæreditarias deceſſit nulla petita reſtitutione nec declarata voluntate ſe hæres eſſe vellet. Quamvis enim potuerit reſtitui aduerſus repudiationem, id tamen ſic accipiendum eſt ſi mutata volũtate hæres eſſe vellet, cuius voluntate mutatæ probatio non alia maior eſſe poteſt quàm ſi petat reſtitutionem ad hoc ipſum vt liceat ſibi adire. Atqui non eadem voluntas adeundi repudiatam hæreditatem in eius hærede eſſe non poteſt, quia eius eſt velle adire cui delata fuit hæreditas, quæ porrò non hæredi minoris fuit delata, ſed minori. Adeò vt nec ſi olim hæres impetraſſet ius deliberandi, id tamen ad hæredem ſuum tranſmitteret, ſi non ſuus hæres eſſet, ad tempora vſque Iuſtiniani qui hoc quoque immutauit, in *l. cum antiquiorib. 19. Cod. de iure deliberandi*. Cæterum illud etiam hodie ſupereſt ex iure vetere, vt ſi defunctus non habuerit ius deliberandi, quod vtique non habet is qui repudiauit, nihil omnino iuris ad hæredem eius tranſmittatur, & hæreditas non adita non tranſmittatur, *leg. vnic. §. in nouiſſimo Cod. de caducis tollendis*. Tantum abeſt vt hæreditas repudiata tranſmitti poſſit. Ergo ſicuti voluntas adeundi non poteſt tranſmitti ad hęredem minoris, ita neque reſtitutio ad adeundum, quę ſupponit non ſolùm voluntatem adeundi, ſed etiam voluntatem diuerſam ab ea quæ per defunctum fuit declarata per repudiationem, & quam quiſquis mutatam dicere vult, probare debet, *l. cum quis voluntatem. 22. de probat.*

3 ¶ Si ſeruus, vel filiusfamilias minorem circumſcripſerit: pater, dominúſve, quod ad eum peruenerit, reſtituere iubendus eſt: quod non peruenerit, ex peculio eorum præſtare, ſi ex neutro ſatisfiet, & dolus ſerui interuenerit [k]: aut verberibus caſtigandus, aut noxæ dedendus erit [l].

¶ Sed & ſi filiusfamilias hoc fecit, ob dolum ſuum condemnabitur. [m]

Ad §. 3. Si ſeruus.

Ratio dubitandi. Etiamſi ſeruus vel filiusfamilias minorem circumſcripſerit, verum tamen eſt nihil patrem dominúmve geſſiſſe aut contraxiſſe cum minore cùm alia ſit perſona patris, alia filij, alia domini, alia ſerui. Ergo non debet dari reſtitutio contra patrem aut dominum.

Rat. decid. Cùm filiusfamilias vel ſeruus contrahit, licèt patre vel domino ignorante, pater tamen vel dominus tenetur ex eo contractu ſaltem de peculio, adeóque ſupra peculium, ſi plus ad patrem dominúmve peruenerit, quàm in peculio ſit, aut in rem eius ſit verſum, *tot. titul. de pecul. & de in rem verſ. & Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt*. Eadem ergo ratione ſi filiusfamilias vel ſeruus minorem circumſcripſerit, danda eſt minori in integrum reſtitutio actio in patrem vel in dominum, De eo quod peruenit, aut ſaltem de peculio: ne ex dolo aut facto filij vel ſerui lucretur eſt damno minoris contra naturalem æquitatem. Alioqui eſſet inutilis reſtitutio etiam quæ contra filiumfamilias eſſet impetrata, niſi differretur executio in id tempus quo factus eſſet ſui iuris, *leg. ſi dubitet 10. §. filiusfamilias de fideiuſſoribus*. Contra ſeruum verò nulla reſtitutio concedi poteſt, ſicuti nec actio alia vlla exerceri, *leg. 1. infr. de capit. minut.* Ergo ne minor in damno moretur, non modò æquum eſt ſed etiam neceſſarium, vt contra patrem vel dominum reſtitutio detur, ſiue de eo quod peruenit, ſiue de peculio. Præſertim cùm nulla in eo fiat iniuria patri aut domino, quos placuit etiam cùm ex filij, vel ſerui delicto actio venit de peculio conueniri poſſe, *l. ex contractibus 49. de oblig. & action.*

k *Et dolus ſerui interuenerit.* Intellige cum Accurſio de dolo qui vel extra contractum interuenerit, vel in contractu quidem, ſed qui non dederit cauſam contractui, quomodo legendum eſt apud Accurſium, addita negatione.

l *Aut noxæ dedendus erit.* Ratio dubitandi. Etiam cùm dolus filiusfamilias aut ſerui interuenit datur actio de peculio in patrem vel dominum. Ergo non actio noxalis, *d. l. ex contractib. 49. de oblig. & act.* quæ ſcilicet cum actione de peculio concurrere non ſolet, *leg. ſi quis affirmauit 9.* aliàs *leg. ſi oleum, §. penult. ſupra tit. proximo*. Longè namque vtilius eſt ei qui cum ſeruo contraxit vt habeat actioné de peculio quam vt noxalem, cùm noxalis actio faciat vt dominus liberetur dando ſeruum noxæ, licèt multò plus ſit in peculio quàm in æſtimatione ſerui, *l. miles 6. §. decem. infr. de re iudicata*.

Ratio decidendi. Noxalis datur hoc caſu, non vt concurrat cum actione de peculio, ſed in ſubſidium aliarum actionum. De eo quod peruenit & De peculio, ſi fortè vel non competant, vel inutiles ſint & inefficaces, quòd aut nihil aut minus peruenerit ad dominum, vel in ſerui peculio ſit. Hoc enim eſt quod ſignificant verba illa. *Si ex neutro ſatisfiet*, ac ſi ſcriptum eſſet. *Si neque ex eo quod peruenit, neque ex peculio ſatisfieri poterit*, vt habeat dominus ſatisfaciendi neceſſitatem ſi ſatisfieri poſſit, non vt habeat electionem vel ſatisfaciendi vel dedendi ſeruum noxæ aut ad verberandum. Plane cùm ſatisfieri aliter non poteſt, neque ex peculio neque ex eo quod peruenit, electio domini eſt an verberibus caſtigandum dare velit ſeruum an noxæ dedere, vt eueniet etiam in actione iniuriarum, *l. ſed ſi vnius 21. § cum ſeruus de iniur.* De filiofamilias nihil tale tractari poteſt, quia cùm ſit liber non poteſt noxæ dedi, nec proinde metu noxæ deditionis ad verberandum dari. Sed ſi in dolo fuerit, debet ipſe ob dolum ſuum inſolidum condemnari, vt ſequitur in textu.

m *Ob dolum ſuum condemnabitur.* Filiusfamilias cùm nihil proprium habet, quia patri omnia acquirit, non poteſt vrgeri ad ſolutionem, *leg. placet 79. de acquirenda hæreditate, l. 1. in princip. ſi à parent. quis manum.* Ergo fruſtra & inutilis erit condemnatio quam debitoris eludet inopia, vulg. *leg. nam is nullam 6. ſupra titulo proxim.*

R. decid. Sicut aliud actio, aliud exactio, cùm illa ſit iuris, hæc facti: ita & ſeparanda eſt condemnatio ab executione rei iudicatæ, quidquam vetat condemnari filiumfamilias tum quoque cùm bona nulla habet, & tamen differri executionem condemnationis in id tempus quo ſui iuris factus erit, & aliquid habere cœperit, *l. ſi dubitet 10. §. filiusfam infr. de fideiuſſ.*

4 ¶ Reſtitutio autem ita facienda eſt, vt vnuſquiſque in integrum [n] ius ſuum recipiat.

¶ Itaque ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur: iubeat prætor *emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere* [o]: niſi ſi tunc dederit, cùm eum perditurum non ignoraret [p]:

ſicuti facit in ea pecunia, quæ ei conſumpturo crederetur [q]: ſed potius in venditione: quia æs alienum ei ſoluitur: quod facere neceſſe eſt: credere autem non eſt neceſſe. Nam & ſi origo contractus ita conſtitit [r], vt infirmanda ſit, tamen neceſſe fuit pretium ſolui [ſ], non omnimodo emptor damno afficiendus eſt [t].

Ad §.4. Reſtitutio.

n *Vt vnuſquiſque in integrum.* Ratio dubitandi. Nihil eſt quod tam impediat reſtitutionem in integrum quàm ſi res in integro eſſe deſierit, §. Scæuola, *hac l. aut ſi ex cauſa 9. §. pen. ſupr. hoc tit.* Ergo non poteſt reſtitutio facere vt vnuſquiſque integrum ius ſuum recipiat.

Ratio decidendi. Rem eſſe in integro tum dicimus cùm in eo eſt, vt in integrum reſtitui poſſit, contrà verò non eſſe in integro, cùm ita eſt immutata vt non poſſit in integrum reponi, vt in exemplo, *d.§. Scæuola & d.§. penult. l. ſi ex cauſa 9. ſupr.* qui locus debet accipi de mutatione ſtatus publici non priuati, vt ibidem poſt Cuiacium diximus.

o *Et pretium recipere.* Ratio dubitandi. Non tenetur minor pretium reddere quod accepit, niſi ab emptore probetur in rem ipſius minoris verſum eſſe, *leg. patri 27. §. ſi pecuniam verſ. ex diuerſo in fin. infr. eod. l. ſi ſine 32. §. interpoſito de adm. tutor.* Nec ſi ſolutum fuerit curatori minoris, aut, quod idem eſt, ipſi minori curatore auctore, *l. prædiorum 10. C. de præd. minor.* Ergo non eſt hoc caſu ſic facienda reſtitutio, vt vnuſquiſque integrum ius ſuum recipiat.

Ratio decidendi. Prætoris beneficium nemini debet eſſe captioſum, *l. Paulus notat. 8. de prætor. ſtipulation.* Eſſet autem captioſum ſi emptor qui pretium dedit vt fundum conſequeretur, fundum ipſum cogeretur reddere & quidem cum fructibus, nec pretium reciperet cum vſuris, *d. leg. patri 27. §. ſi pecuniam verſic. ex diuerſo l. minor. 41. in fin. leg. tutor. 47. §. vlt. infra hoc titulo.* Sed & meliorationes & *ἐμπονήματα* reddere, *leg. vnic. Cod. de reputat. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Nec obſtat quod ſcriptum eſt, in *dict. §. interpoſito & in dict. leg. prædiorum.* Diſtinguendum enim eſt an minor petat reſtitutionem ad hoc tantùm vt pretium quod ei iam ſolutum eſt iterum ei ſoluatur quaſi malè conſumptum: an verò ad hoc vt ſibi res ſua quam vendidit reſtituatur tanquam læſo, ſiue contractus ab initio tenuerit, ſiue non. Priore caſu nihil eſt quod de reſtitutione tractari poſſit: quia ſi bene facta fuit ſolutio liberatus eſt emptor, nec proinde aut inuitus aut ignorans recidere in obligationem poteſt, vt nec alius quilibet minoris debitor nil obſtante eo quod ſcriptum eſt, in *lege 1. C. ſi aduerſus ſolut.* de cuius ſententia ſcripſimus, ad *leg. 7. §. ſupr. hoc titul.* Si verò ſolutio perperam facta ſit cùm emptor non ſit liberatus nulla minor aduerſus eum indiget reſtitutione: poſteriore verò caſu non aliter pretium reddendum eſt emptori quàm ſi vel in rem minoris verſum ſit, vel neceſſe fuerit emptori vt ſolueret vi actionis contrà eum inſtitutæ, probetúrque alterutrum per emptorem: tametſi curatore auctore, ſolutio facta proponatur, vt in legibus contrariis. Non quòd ſolutio facta curatori vel adhibito curatore emptorem ipſo iure non liberauerit. Sed quoniam ea liberatio facere tantùm poteſt ne debitor iterum ſoluere cogatur, non autem ne fundus ipſe reddi debeat minori qui ad fundum agit, non ad pretium. Emptor enim vt cogat minorem ad pretij reſtitutionem non tantùm probare debet ſe liberatum ſolutione pretij cùm ab eo pretium non petatur, ſed illud præterea obligatum eſſe minorem vt pretium reddat: quod porro non aliis caſibus quàm ſuperioribus duobus euenire poteſt. Altero quidem ne locupletetur minor ex alieno damno, *leg. ſi fundus 13. §. 1. de rebus eorum qui ſub tutel.* Altero vero, quia iniquum eſt immunè non ſoluiſſe eum qui coactus fuerit à prætore vt ſolueret, *l. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraudem creditorum*, & in iis verbis huius §. *quod facere neceſſe eſt*, & paulò poſt, *ſi neceſſe fuit pretium ſolui.* Proinde ſi contractus ab initio tenuerit, & pretium ſolutum fuerit curatori illud exigenti, aut minori in id agenti curatore auctore, obligatus erit minor petens reſtitutionem vt illud emptori reſtituat, quia emptor ſoluere habuit neceſſe. Niſi ponas fraudem interueniſſe, vt in ſpecie *d. §. interpoſito.* Nunquam enim fauendum eſt emptori qui fraudem vel ſolus admiſit, vel participauit. Si verò contractus non tenuit, licèt curatori ſolutum ſit pretium, contrà erit, quia nulla ex tali contractu potuit naſci obligatio aut actio venditi ad cogendum emptorem vt pretium ſolueret, adeóque nec poterit dici emptor liberatus per ſolutionem factam curatori, quia tunc habet curator poteſtatem accipiendæ ſolutionis, cùm id quod ſoluitur minori debetur, ſiquidem liberatio quælibet præſupponit præcedentem obligationem. Sed de tota quæſtione iſta videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus in tertia parte Chiliadis noſtræ de Errorib. pragm. contra omnes omnium opiniones.

p *Cùm eum perditurum non ignorauit.* Ratio dubitandi. Qui cum alio contrahit non cogitur inquirere in quam rem aduerſarius pecuniam ſit impenſurus: & quamuis ſciat malè conſumpturum, diſſimulare debet ne curioſus videatur, *leg. doli 19. §. vltim. de nouationibus.*

Ratio decidendi. Fallit hoc in eo qui contrahit cum perſona ſuſpecta, id eſt, cui ſcit ſubuentum iri per legem aut per prætorem ſi pecunia malè conſumatur, vt cum fœmina intercedente contra Velleianum, aut cum minore, *leg. vir vxori 17. §. mulier & Titius infra ad Velleian.*

q *Quæ ei conſumpturo crederetur.* Ratio dubitandi. Mutuum cùm ſit gratuitum & meræ liberalitatis, in quo differt à fœnore, fauorabile eſt & fauorabilius emptione, in qua quod emptor ſoluit pretium non facit liberaliter, ſed quia viciſſim accipit fundum. Ergo creditor debet eſſe fauorabilior emptore. Quam ob cauſam putant plerique quod ſcriptum eſt, in *lege prima C. ſi aduerſus creditor*, onerandum eſſe creditorem probatione pecuniæ in rem minoris verſæ non ad liberalem creditorem pertinere, ſed ad fœneratorem, de quo in *l. 2. eodem tit.*

Ratio decidendi. Fauorabilior eſt cauſa emptoris quàm creditoris cum minore contrahentis: quia cùm emptor ſoluit pretium, ſoluit æs alienum, quod facere neceſſe eſt, pecuniam autem credere non eſt neceſſe. Dices neque eſſe neceſſe vt quis emat à minore, *leg. nec emere 16. Cod. de iur. deliberandi*, perinde ergo imputari poſſe emptori atque creditori cur cum minore contraxerit. Reſpondeo, inde nimirum fieri vt per reſtitutionem in integrum cogatur emptor fundum reddere. Sic enim punitur in eo ipſo in quo poteſt ei aliquid imputari: ſed non ideo puniri debet iactura pretij, quia nihil hac parte imputari ei poteſt, cùm poſt factam emptionem neceſſe habuerit ſoluere.

r *Nam & ſi origo contractus ita conſtitit.* Ergo intelligendus eſt hic §. de eo caſu quo contractus ab initio tenuerit, reſcindi tamen potuerit & debuerit ex æquitate.

ſ *Si tamen neceſſe fuit pretium ſolui.* Adhibenda igitur duplex diſtinctio eſt. Prior illa, An ſiue emptor ſiue alius minoris debitor coactus ſit ſoluere necne. Altera, An ſi coactus fuit vt ſolueret, ſoluerit perdituro, an in rem ſuam verſuro. Vt hoc demum non etiam illo caſu ſit ſecurus: quæ diſtinctio in creditorem cadere non poteſt.

poteſt. Itaque omni caſu tenetur probare creditor in rem minoris verſum eſſe, *l. pater 27. §. ſi pecuniam infr.* etiamſi ſimplex ſit creditor, non fœnerator, *dict. leg. 1. C. ſi aduerſ. credit.* Nec obſtat quod hic locus loquitur de creditore qui credidit conſumpturo. Aliud enim eſt credere conſumpturo, aliud verò ei credere quem conſumpturum non ignores. Conſumpturo credit etiam is qui ignorat an accipiens ſit conſumpturus, niſi crediderit in eam rem quam ſciebat minori neceſſariam aut vtilem fore, *l. vltim. de exercit. act. l. ſeruus 17. de in rem verſ.* quibus locis dicitur perinde habendam hanc pecuniam ac ſi in rem verſa eſſet, quamvis perdita probetur. Creditori contra quem minor reſtitutus eſt, nihil reſtituitur ſi credidit conſumpturo, id eſt, non tanquam in rem ſuam verſuro, etiamſi conſumpturum eum ignorauit. Emptori verò reddendum eſt pretium quod ſoluere habuit neceſſe, niſi cùm eum conſumpturum non ignorauit.

t *Non omnimodo emptor damno afficiendus eſt.* Non ait, *omnimodo emptorem damno afficiendum non eſſe.* Quibus verbis ſignificaret nullo modo nulloque caſu damno affici debere, ſed ait non omnimodo damno afficiendum eſſe: qua loquendi formula oſtendit aliquo caſu poſſe fieri vt damnu afficiatur, quamvis neceſſe habuerit ſoluere: nempe cùm ex perſpectis moribus minoris potuit præuidere futurum vt eam pecuniam minor perderet. Non enim ei tunc proderit coactio, quia debuit ipſe minori meliùs prouidere vt ſibi quoque meliùs proſpiceret, & vel curatores vel condemnationem expectaret.

5 ¶ Ex hoc edicto nulla propria actio, vel cautio [u] proficiſcitur, totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.

Ad §. vlt. Ex hoc edicto.

Ratio dubitandi. Plerumque ex hoc edicto prætor dat minori vtilem actionem, idque fauore minoris ætatis vt in ſpecie, *l. prox. in fin. & l. verùm 11. ſupr. eod.* vbi dixi. Ergo etiam ex hoc edicto aliqua actio naſcitur.

Ratio decidendi. Non negat Paulus quin prætor ex hoc edicto det aliquando actionem, ſed negat dari vllam propriam, id eſt, quæ dicatur de minoribus, quomodo ex edicto de dolo dicitur actio De dolo, & actio Quod metus cauſa ex edicto Quod metus cauſa. Actio autem illa vtilis quam prætor interdum dat ex hoc edicto non propria & ſpecialis aliqua actio eſt, ſed generalis, licèt cauſam huius edicti habeat propriam & ſpecialem.

u *Vel cautio.* Placet quod Cuiac. interpretatur hoc de cautione quæ inſtar actionis obtinet. Vnde & cautionales ſtipulationes appellantur, in *leg. 1. §. cautionales de prætor. ſtipul. & in l. non ſolùm 20. rat. rem hab.*

x *Pendet ex prætoris cognitione.* Vnde & prætoria cognitio dicitur reſtitutio quæ fit ex hoc edicto, *leg. in cauſa 13. §. interdum ſupr. hoc tit.* Idcoque verba edicti ſic concepta ſunt, *uti quæque res erit, animaduertam, leg. prima §. 1. ſupra*, aliter quàm in cæteris partibus edicti, in quibus prætor ſe iudicium daturum pollicetur. Iudicium enim & actionem dare idem eſt, & hic vtrumque cùm prætor non vult ipſe cognoſcere, ſed iudicem dare quomodo ſemper olim dare cogebatur, ante *lege 2. Codice de pedaneis iudicibus*, niſi fauorabilis cauſa eſſet quam ſua cognitione dignam putaret, cuiuſmodi eſſe credebatur reſtitutio minoris, itémque cauſa liberalis, *leg. non diſtinguemus 32. §. de liberali infr. de recept. qui arbit. leg. vltim. C. vbi & apud quem cog. in integr. reſt. ag. ſit.*

25. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

ILlud nullam habet dubitationem, quin minor, ſi non debitum ſoluerit ex ea cauſa, ex qua iure ciuili repetitio non eſt danda, ſit ei vtilis actio ad repetendum: cùm & maioribus vigintiquinque annis iuſtis ex cauſis dari ſolet repetitio.

Ad l. Illud nullam 25.

Ratio dubitandi. Non læditur nec decipitur minor qui iure communi vtitur, *leg. vlt. Codice de in integrum reſtitution. minor. leg. inter eos 51. §. penult. infr. de fideiuſſoribus l. nihil. conſenſus 116. §. 1. de regulis iuris.* Atqui ius commune illud eſt vt ea quæ per inficiationem in lite creſcunt ab ignorante etiam indebita ſoluta repeti non poſſint, *leg. ea quæ 4. Cod. de condictione indebiti §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi contract.* quaſi redemptio periculo inficiationis & dupli hoc veluti pretio vt Cuiacius tractat ad Paulum, *libr. 1. Sententiarum titul. 19.* Ergo non eſt hoc caſu reſtituendus minor, cuius ſcilicet intereſt non minùs quàm maioris, ne periculum illud inficiationis & dupli præſtandi incurrat.

Ratio decidendi. Læditur minor & alius quilibet quoties indebitum ſoluit, quia fit pauperior ſine cauſa. Ergo reſtitui debet hactenus vt petita in integrum reſtitutione habeat repetitionem quam maior non haberet, idque per vtilem actionem ex hoc nostrum edicto dandam quomodo & vtilis illa datur, de qua in *l. verum 9. in princ. ſupr. hoc titulo.* Dixi ad finem legis præcedentis. Per inficiationem verò creſcunt & duplantur actiones iudicati, depoſiti, legati per damnationem relicti damni iniuria legis Aquiliæ. Item de modo agri cùm venditor ab emptore deceptus eſt, vt ſcribit Paulus *dict. titul. 19.* vbi rectè monet legendum eſſe *depoſiti* pro eo quod vulgo legitur *depenſi.* *l. inde Neratius 23. §. hac actio ad leg. Aquil. l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus, de petition. hæreditatis §. ſed furti de actio.* Hodie addenda eſt actio omnium legatorum intuitu pietatis relictorum, *§. ex maleficiis eod. & d. §. vlt. Inſtit. de obligationibus quæ ex quaſi contract.* Addit Accurſius aliud exemplum ad hanc legem de naturali debito quod à minore ſolutum ſit ex ignorantia iuris, ex *l. interdum 29. de cond. interdum 29. de cond. indeb. & l. 2. C. ſi aduerſ. ſol.* Sed malè meo iudicio. Nec enim priuilegium vllum minoris eſſe poteſt ad reſcindendum id quod fecit ex bona fide, ac ius gentium ſecutus, cum bonam fidem agnoſcere nemo prohibeatur, *l. quoties 9. §. ſicut de damn. inf.* Quod autem natura debetur id iure gentium dari oportet, *l. cum amplius 84. §. is natura debet de reg. iur.* Et vero lex hæc loquitur euidenter de indebito ſoluto, cuius appellatione non poteſt id contineri quod naturaliter debetur, *l. Iulianus vtrum debitorem 59. de cond. indeb. l. nec ſeruus 41. de pecul. & arg. leg. cùm filius 76. §. hæres meus de leg. 2.* Contra verò *l.* interdum loquitur de debito etiam ciuili. Nam quod pupillus debet quantumcunque ciuiliter, ita vt eo nomine poſſit conueniri: ſi tamen ipſe ſine tutoris auctoritate ſoluat, repetit: quia perſona non cauſa locum facit repetitioni, vt ea *l.* ait. Quod autem ſcribitur, in *d. l. 2. C. ſi aduerſ. ſolut.* de indebito legato per iuris errorem ſoluto non de eo legato accipi poteſt quod naturaliter tantùm debeatur, quia nullomodo vel ciuiliter quoque legatum deberi neceſſe eſt, quandoquidem legata omnia ſunt iuris ciuilis, ſed de legato quod

quod ne quidem naturaliter debeatur, cuius tamen quantumlibet indebiti repetitio nulla eſt ſi ſolutum fuerit per errorem iuris à maiore, ſed ita ſi à minore, cui permittitur, *l. regula 9. de iur. & fact. ignor.* Si verò à maiore ita demum ſi ſolutum ſit per errorem facti, *l. error. 9. C. ad l. Fal.* Exemplum igitur ad hanc legem omnium aptiſſimum eſt de indebito ex ea cauſa quæ per infitiationem creſcit.

a *Cum & maiores.* Ratio dub. Non ſubuenitur maioribus ſi in iure errent, ſed tantùm ſi in facto, *d. l. error. C. ad l. Falc. l. cum quis 10. C. de iur. & fact. ign.* Ergo non poteſt hac parte ſimilis eſſe ratio maiorum & minorum, & ob id nimirum Accurſ. hunc verſ. intelligit de errore facti, priorem verò partem de errore iuris. Sed parum probabilior. Eſſet enim euidenter abſurda ratiocinatio ſi quis diceret minoribus per errorem iuris indebitum ſoluentibus ideo ſuccurrendum eſſe quod etiam maioribus qui per facti ignorantiam ſoluerunt, ſuccurratur. Cùm nihil ſimile aut commune habeat ignorantia iuris cum ignorantia facti, *d. l. regula & tot. tit. D. & C. de iur. & fact. ign.*

Ratio dec. Etiam maioribus per iuris ignorantiam aliquid facientibus interdum ſuccurritur, vt in ſpecie *l. 1. in princ. vt in poſſ. leg.* & in exemplo quod attulimus ad hanc legem de indebito ſoluto ex ea cauſa quæ per infitiationem in lite creſcit. Poteſt iuris ignorantia facere etiam in maiore vt ei ſit ſuccurrendum. Nam cùm ratio propter quam iſta quamvis indebitè ſoluta non repetuntur, non alia ſit quàm quòd videatur voluiſſe is qui ſoluit eo veluti pretio redimere pretium infitiationis & dupli, vt ſupra docuimus: nemo certè dixerit hanc rationem poſſe aptari ei qui ius ignorans neſciat id quod ſoluit tale eſſe vt poſſit creſcere per infitiationem. Illa tamen ſemper differentia eſt inter maiores & minores, quòd in minoribus iuris ignorantia præſumitur, quam in maioribus probari ſemper oportet, *dict. lege regula*, & hoc innuere videtur Gaius hoc loco in illis verbis, *iuſtis ex cauſis.* Ergo in ſpecie huius legis non cauſa neque perſona, ſed in integrum reſtitutio facit locum repetitioni, vt benè monet Cuiacius.

1 ¶ Si talis interueniat iuuenis, cui præſtanda ſit reſtitutio: ipſo poſtulante [b], præſtari debet, aut procuratori eius, cui idipſum nominatim mandatum ſit, qui verò generale mandatum de vniuerſis negotiis gerendis alleget, non debet audiri.

Ad §. 1. Si talis.

Ratio dubitandi. Qui generale mandatum habet, generaliter & in omnibus vice eius qui mandauit fungitur: & tantum poteſt generalitas quòd ad omnia, quantum ſpecialitas quod ad ſingula: cùm nihil excipiat is qui totum dicit, *l. 1. §. 1. de l. praeſt. l. qui conductu 39. de cond. & dem. cum ſimil.* Ergo qui mandatum generale habet à minore, poteſt etiam ipſius nomine petere reſtitutionem.

R. dec. Reſtitutionis auxilium extraordinarium eſt & hoc ipſo odioſum, quia per reſtitutionem reſcinditur id quod ipſo iure tenet, *l. in cauſa 19. ſupr. hoc tit.* Mutatam ergo voluntatem eſſe oportet cùm petitur reſtitutio. Mutatio autem voluntatis nunquam præſumitur, ſed probanda eſt ab eo qui allegat. *l. eum qui mutatam 22. de prob.* præſertim in ea re quæ ritè facta ſit, arg. *l. ſancimus 27. verſ. quod enim C. de teſtam.* Ergo cùm reſtitutio in integrum non detur niſi petenti, neceſſe eſt vt vel à minore ipſo petatur, vel ab eo qui habeat ſpeciale mandatum. Neque nouum eſt vt generali mandato non omnia contineantur. Sunt enim multa quæ ſpeciale mandatum exigunt, *l. mandato generali 60.* vbi dixi *ſupra de procurat.* iunge *lege vn. Codice, etiam per procurat. cauſ. in integr. reſt. ag. poſſ.* & alias leges quas in hanc rem cumulat hic Accurſ. & ad *leg. Pomponius 40. gloſſ. 2. ſupr. de procur.*

b *Ipſo poſtulante.* Intellige ex auctoritate curatoris ſi quem habeat. Nam & curator ipſe poſſet petere reſtitutionem nomine minoris, *l. 1. C. ſi tut. vel cur. inter.* Curator enim plus quàm procurator eſt, & magis repræſentat perſonam minoris vt poſſit omnia facere pro vtilitate minoris quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent etiam ſolus adeóque reluctante minore, niſi in iis in quibus perſonale factum ipſius perſonæ omnino requiritur, vt in *l. cum in vna 17. §. tutor de app.* Sed ſi minor curatorem non habeat, poterit vtique etiam per ſe petere reſtitutionem & adire prætorem, qui cùm ipſe ſolus ex hoc edicto cognoſcat pro cura quam ſuſcipit vtilitatis minorum, ſatis hoc ipſo fungitur officio curatoris & quidem optimi, facit *l. 5. in 2. part. C. de in integr. reſtit. min.* Idémne ergo eſt ſi velit dare procuratorem ad petendam reſtitutionem? Ita hîc contra Accurſ. defendit Cuiac. quamvis aliud ſit ſi minor velit dare procuratorem ad litem coram iudice tractandam, *l. neque tutores 11. C. de procur.* Sed poteſt dici pro Accorſio tum quoque cùm reſtitutio per procuratorem, quamvis prætor ipſe cognoſcat, intereſſe tamen minoris vt in dando procuratore auctoritas curatoris interuenerit, ne forte minor infirmitate conſilij eum procuratorem eligat, qui minus fortaſſe habeat fidei & induſtriæ quàm neceſſe ſit ad tractandam cauſam reſtitutionis circa quam multa occurrunt, quæ ſunt facti, quæ nec ſupplere nec diuinare prætor poteſt ſi per procuratorem aut non allegentur aut non probentur. Qua etiam ratione defendi poteſt tum quoque cùm minor per ſe petit reſtitutionem, adhoc vtilis ei eſſet vt adhibeat curatorem.

26. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

QVod ſi de ſpeciali mandatu dubitetur, cùm reſtitutio poſtuletur: interpoſita ſtipulatione ratam rem dominum habiturum, rei poteſt mederi.

Ad l. Quod ſi de ſpeciali 26.

Ratio dubitandi. Cautio de rato non poteſt habere vim ſpecialis mandati. Alioqui ex perſonæ quibus permiſſum eſt agere alieno nomine data eiuſmodi cautione de rato, *leg. ſed & hæ. 35. ſupr. de procurat.* poſſent etiam adoleſcentis nomine petere reſtitutionem, quod nos proximè negauimus, & Caius negat, in *leg. ſeq.* Ergo ſi de ſpeciali mandato non appareat quod neceſſarium eſt ad petendam reſtitutionem alterius nomine, fruſtrà eſt ſi cautio rati offeratur.

Ratio decid. Nihil quidem prodeſt cautio de rato, ſi mandatum ſpeciale nullum allegetur. Sed ſi allegetur adeóque proferatur, at in ea tamen forma vt de eius fide ac veritate dubitari poſſit, putà ſi de eo conſtet per ſcripturam dumtaxat priuatam quæ non ſit recognita, aut per ſcripturam publicam quidem, ſed quæ aliqua falſi ſuſpicione vrgeatur, poteſt huic incommodo afferre

ferre medelam interpoſita ſtipulatio. Ratam rem dominorum habiturum. Ratihabitio enim quandocunque ſecuta cùm æquiparetur mandato, & ſpecialiter fiat petitæ reſtitutionis, non generalis mandati, ſed ſpecialis vim & poteſtatem habet. Sic iure noſtro prouinciali cum nemo admittatur ad litem alieno nomine ſine agendo ſine excipiendo, tractandam ſine mandato expreſſo. Si tamen mandatum quis proferat, de cuius fide aut idoneitate aliqua incurrat quæſtio, ſufficit eo nomine offerri cautionem de rato.

1 ¶ Quod ſi is, qui circumſcripſiſſe dicitur, abſit: defenſor eius ſatis iudicatum ſolui dare debebit.

Ad §. 1. Quod ſi is.

Ratio dubitandi. Procurator eius contra quem petitur reſtitutio, cogitur cauere de rato, non alia ratione quàm quia partes actoris obtinet, *l. non ſolùm 39. §. eſt & caſus ſupr. de procur.* iunct. *leg. procurator 8. §. vlt. rat. rem haber.* Ergo non eſt cogendus ſatiſdare iudicatum ſolui, cùm ea ſatiſdatio non niſi ex parte rei interponatur.

Ratio decidendi. Tam is qui petit reſtitutionem quàm is contra quem petitur reſtitutio, duplicem perſonam ſuſtinet, actoris nimirum & rei propter mutuas præſtationes & adiudicationes quæ fiunt in iudicio in integrum reſtitutionis, *l. quòd ſi minor 4. § reſtitutio ſupr. & l. prox. ſeq. §. ſi pecuniam infr. hoc tit.* Ergo duplicem cautionem interponere debet de rato & de iudicato ſoluendo, *d. §. eſt & caſus.*

27. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

PAtri pro filio omnimodo præſtanda reſtitutio eſt, licet filius reſtitui nolit: quia patris periculum agitur qui de peculio tenetur. Ex quo apparet a, cæteros agnatos vel affines alterius eſſe conditionis, nec aliter audire oportere, quàm ſi ex voluntate adoleſcentis b poſtulent: aut eius vitæ ſi iſte adoleſcens c, vt meritò etiam bonis ei debeat interdici.

Ad l. Patri 27.

Ratio dubitandi. Si quis alterius nomine petat reſtitutionem in integrum, non aliter audiri debet quàm ſi habeat in eam rem mandatum ſpeciale, *leg. illud 25. §. 1. ſupr.* vbi dixi. Ergo ſi filius conueniatur, non eſt permittendum patri vt filij nomine petat reſtitutionem, ſi non hoc ei filius nominatiuè mandauerit. Tantum abeſt vt poſſit filio inuito: quod tamen hæc lex ait.

Ratio decidendi. Proprium hoc ius eſt patris cùm filiosfamilias ex cauſa peculiari conuenitur, non etiamſi ex alia qualibet. Intereſt enim patris filium ex ea cauſa neque conueniri neque condemnari poſſe, vt nec ipſe pater de peculio teneatur. Peculium enim profectitium filij quidem eſt & velut ipſius patrimonium, ſed ita vt magis tamen ſit patris. *l. 3. §. ſed vtrum ſupr.* vnde petenda ſunt cætera quæ ad huius loci explicationem pertinent. Ergo in alio genere obligationis & actionis ex qua filius conueniatur, aliud erit: Nec enim quicquam intereſt patris principaliter, quamvis interſit per conſequentias.

a *Ex quo apparet.* Id eſt, ex qua ratione. Ratio enim quæ facit vt patri pro filio conuento danda omnimodo ſit reſtitutio, etiamſi filius nolit, nempe quod patris periculum in eo verſetur qui de peculio tenetur, non habet locum in cæteris agnatis & affinibus, qui ſcilicet non ſimiliter de peculio tenentur. Accurſius tamen aliter explicat, quaſi quod in patre conceditur, in alijs prohiberi videatur, argument. *leg. cùm prætor 12. de iudic. leg. maritus 21. Codic. de procuratoribus.* Sed non ita eſt. Ad alios enim æquè poſſet hoc ius extendi, ſi ratio quæ habet locum in patre, haberet etiam in cæteris. Et ratiocinatio quam ſibi fingit Accurſius, in iis tantùm valet quæ ſunt iuris conſtituti, non etiam in iis quæ ſunt iuris recepti.

b *Quàm ſi ex voluntate adoleſcentis.* Ratio dubitandi. Iſtis perſonis permittitur agere etiam ſine mandato, *leg. ſed & hæ. 35. ſupr. de procuratoribus.* Ergo & petere in integrum reſtitutionem. Eſt enim facilius vt quis petat reſtitutionem quàm vt agat, ſicuti ex eo conſtat quòd filius contra patrem impetrare poteſt cognitionem, qui non poſſet impetrare actionem, *leg. 3. §. ſed vtrùm ſupr.* vbi dixi.

Ratio decidendi. Quod iſtis ſine mandato agere permittitur, non facit eos procuratores, *l. 3. §. ſed & ſi fortè iudicatum ſolui.* Multò minus ergo poteſt eos facere procuratores ſpeciales. Atqui, inquies, mandatum ab iis nullum exigitur, *d. §. ſed & ſi fortè.* Ergo neque ſpeciale. Reſpondeo nullum exigi mandatum in iis quorum nomine actio ſimpliciter & abſolutè abſenti competit at non etiam in iis de quibus actio non competit niſi ſub ea velut conditione ſi abſens velit eam ſibi competere. Tunc enim declaranda & probanda prius voluntas eſt. In eo autem numero ſunt omnes reſtitutiones. Nec enim eas pollicetur prætor, niſi volentibus & petentibus reſtitui: neque tam ex edicto competunt quàm ex decreto: cum dentur omnes cauſa cognita, *l. 3. ſupr. de in integr. reſt. & l. 27 infr. hoc tit.*

c *Aut eius vita ſit iſte adoleſcens.* Ratio dubit. Quòd quis eius vitæ ſit vt meritò etiam bonis ei interdici poſſit & debeat, non facit vt hoc ipſo ſit ei interdictum. Facto enim prætoris aut alterius magiſtratus, opus eſt vt interdictio ſequatur, *leg. 1. l. Iulianus 10. de curat. fur. prod.* Ergo nec facit agnatos curatores, vt eo iure poſſint petere reſtitutionem nomine adoleſcentis.

Ratio decidendi. Imò ex *l. 12. tab.* & ipſo iure bonis interdicitur prodigo, qui proinde ipſo etiam iure in agnatorum gentiliúmque tutela & curatione conſtituitur, *d. l. 1. de curat. furioſ. prod.* quamuis poſtea ceperit requiri decretum prætoris. Vnde eſt quod pragmatici noſtri iactare ſolent, quanquam nimis generaliter omnes tutelas & curatelas hodie eſſe datiuas: ſed tamen is mihi videtur ſenſus Caij in hoc loco, vt ſi adoleſcens ſit prodigus, poſſint eius agnati, vel affines tanquam curatores pro eo petere reſtitutionem. Primùm quia nihil tale ſonant verba legis. Deinde, quia minori tum quoque cùm furioſus vel prodigus inuenitur, dandus eſt curator tanquam minori, non tanquam prodigo aut furioſo quaſi vitium ſit ætatis, *l. 3. §. 1. de tutel.* Senſus igitur eſt ni fallor quoties adoleſcens eius vitæ eſt ei bonis quoque interdici debeat non eſſe expectandum, vt vel poſtulet ipſe reſtitutionem vel mandet alijs nominatim vt poſtulent, quia eo caſu cogi poteſt accipere curatorem tanquam minor, cùm etiam ſi maior eſſet cogeretur accipere tanquam prodigus. Accepto autem curatore, qui potiùs vnus ex agnatis aut affinibus eſſe ſolet, non exigemus vt habeat mandatum ſpeciale à minore, ſufficiente nimirum mandato quod habet generale à lege vt ea omnia poſſit exequi, quæ ad minoris vtilitatem pertinere videbuntur. Quod etiam Accur. non intellexit.

5 ¶ Si

1 ¶ Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, diſſipauit: denegare debet proconſul creditori aduerſus eum actionem, quòd ſi egenti minor crediderit; vlteriùs procedendum non eſt, quam vt iubeatur iuuenis actionibus ſuis, quas habet aduerſus eum, cui ipſe crediſſet, cedere creditori ſuo.

¶ Prædium quoque ſi ex pecunia pluris, quàm oporteret, emit: ita temperanda res erit, vt iubeatur venditor reddito pretio recuperare prædium: ita vt ſine alterius damno etiam creditori à iuuene ſuum conſequatur. Ex quo ſcilicet ſimul intelligimus: quid obſeruari oporteat ſi ſua pecunia pluris, quàm oportet, emerit: vt tamen hoc, & ſuperiore caſu venditor, qui pretium reddidit, etiam vſuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat: & fructus, quibus locupletior factus eſt iuuenis, recipiat. Item ex diuerſo ſi minore pretio, quàm oportet, vendiderit adoleſcens: emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus reſtituere: iuuenis autem catenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior eſt.

Ad §.1. Si pecuniam.

R.dub. Puberes curatorem non habentes rectè & efficaciter ex omnibus contractibus obligantur, *l. puberes 101. de verb. obl.* præſertim cùm ex re actio venit. Nam & furioſus & pupillus eo caſu obligantur, *l. furioſus 46. de obligat. & act.* Atqui obligatio mutui re contrahitur & ex ea naſcitur actio quæ condictio certi ex mutuo appellatur, de qua in *tot. tit. de reb. cred. ſi cert. pet.* Ergo etſi minor pecuniam quam ab alio mutuam accepit diſſipauerit, non poteſt prætor in eum denegare actionem, ſed neceſſaria eſt minori reſtitutio.

Ratio decidendi. Quod hic Caius ſcribit denegandam creditori actionem in minorem ſic intelligi debet vt id fiat beneficio reſtitutionis quam & minor petierit & prætor conceſſerit. Alioqui cùm teneatur ipſo iure, poteſt etiam conueniri danda in eam rem actione per prætorem, niſi aliquid interueniat propter quod poſſit dici, non haberi eum à prætore pro obligato. Tale verò eſt auxilium reſtitutionis, & in *leg. neceſſarius 57. de acquir. hæreditat.* Nam cùm prætoris vtrumque ſit & reſtituere & actionem dare vel denegare ſecum pugnaret prætor, ſi contra minorem daret actionem ex obligatione quam reipſa reſcinderet. Atque ita etiam rectè ſentit Accurſ. ex *l. 1. 2. C. ſi aduerſ. cred. l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio ſupr. hoc tit.* vbi dixi.

a *Quod ſi egenti.* Ratio dubitandi. Tum demum liberatur quis præſtando actiones quas habet cum non aliam ob cauſam tenetur quam quod actiones habeat, *l. quod ſi in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait ſenatus, de pet. hæred. l. quod debetur 51. in fin. de pecul.* Atqui hoc caſu non ob id ſolùm tenetur minor creditori, à quo mutuam pecuniam accepit quod eiuſdem pecuniæ nomine habeat actionem aduerſus alium cui eam ſubinde credidit, ſed quia mutuam ipſe accepit: Ergo eam reddere omnimodo debet, nec liberandus eſt ſola actionis ceſſione: quæ ſanè nihil commune habet cum mutui obligatione, cuius ea vis & poteſtas eſt, vt tantundem reddi debeat, & quod ſit eiuſdem generis & qualitatis, *l. 2. §. mutui datio inſt. de reb. cred.*

R. dec. Poteſtas & æquitas reſtitutionis hoc facit, quia minor aduerſus obligationem mutui reſtitutus nihil debet reddere, niſi id in quo factus eſt, locupletior, *d. l. 1. C. ſi aduerſ. cred.* Qui autem egenti, id eſt, non habenti vnde ſoluat, credidit pecuniam, in hoc tantum factus eſt locupletior quod pro pecunia habet actionem quam porro non haberet, ſi eam prius pecuniam ipſe mutuam non accepiſſet. Æquum igitur eſt eam actionem ab ipſo præſtari, quod ſine ſuo vllo diſpendio facere poteſt, *l. in creditore 28. de euict.* non etiam aliud quidquam prætterea de ſuo, quoniam alioqui remaneret in damno. Idem verò alijs quibuſdam caſibus euenire notat Accurſius, vt in *l. 1. §. pen. ſi quadr. paup. feciſ. dic. l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum verſ. idem Labeo infr. commodum.*

b *Prædium quoque.* Ratio dubitandi. Cum minor emit ab alio prædium & pretium ſoluit, non habet venditor inquirendum ex qua pecunia ſoluatur, dummodo ſit illa ſoluentis vndecunque eam habuerit, *leg. qui aliena 8. C. ſi quis alter. vel ſib.* Ergo etiamſi minor idemque emptor eam pecuniam prius ab alio mutuam acceperat, nihil tamen cauſæ eſt cur eò magis reſtitui debeat contra venditorem.

Ratio decidendi. Non ob id reſtituitur minor contra venditorem, quod ſoluerit ex pecunia quam ab alio mutuam acceperit, ſed quia emit pluris quàm oportuit atque ita læſus eſt in pretij quantitate: quæ res facit vt non ſit ei neceſſaria reſtitutio aduerſus creditorem quam nec poſſet impetrare, tametſi vellet niſi in eo in quo factus eſſet pauperior, id eſt, quatenus rem pluris emiſſet. Nam vſque ad concurrentem rei emptæ valorem negari non poteſt, quin pecunia in rem eius verſa ſit pro qua rem habet. Impetrata verò contra emptorem reſtitutione, ſicuti rem quam emit debet reddere ita viciſſim reſtituendum eſt ei pretium quod ſoluit quo facto habet ille quod ſuo creditori poſſit reddere, nulla proinde contra eum egens reſtitutione. Ita fit vt ſine cuiuſquam ex tribus iniuria reſtituantur omnia in priſtinum ſtatum, creditore ſuam recipiente pecuniam, venditore ſuum fundum, minore verò hoc vnum lucrante quod neque læſus neque obligatus.

c *Ex quo ſcilicet.* Ratio dubitandi. Fauorabilior eſt minor qui pretium ſoluit ex pecunia quam ab alio mutuam acceperat vt reſtitui debeat in integrum, ne alioqui cogendus ſit aut in damno morari aut reſtitutionem petere contra creditorem, cui obligatus eſt vt creditam pecuniam reddat. Hic enim ſicuti bis contraxit ita bis læſus intelligitur, quod non ſimiliter dici poteſt de illo qui ex pecunia ſua rem aliquam pluris comparauit.

Ratio decidendi. Iam diximus, non ob id reſtitui minorem contra emptorem quòd ex pecunia mutuo accepta ſoluerit, ſed quòd pluris quàm oportuit emerit. Quæ ratio perinde locum habet cum ex ſua pecunia minor comparauit. Sufficit autem vt læſus ſit in quantitate pretij dummodo non prorſus modica, quamvis infra dimidiam iuſti pretij ad hoc vt reſtitui poſſit. Ea namque læſio quæ dimidiam iuſti pretij excedit exigitur tantùm in maiore, *leg. 2. C. de reſcind. vend.* Eſt tamen neceſſaria minori reſtitutio quotieſcumque deceptus eſt non in eo quod emerit aut vendiderit, ſed quòd vilius vendiderit aut cariùs emerit quàm par fuit: cùm ſi deceptus eſſet in eo ipſo quod emiſſet aut vendidiſſet contractus ipſo iure non teneret, vt dixi ad *legem & eleganter 7. ſupr. de dol. & ad legem in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. hoc tit.* Nec ſimile eſt quod Accurſius obijcit ex *l. ſi res 12. §. primo de iure dot.* vbi dicitur ſi mulier in æſtimatione fundi dotalis circumuenta ſit reducendã eſſe rem ad bonum & æquum. (Quod vtique ſic accipiendum eſt vt nulla eo nomine ſit neceſſaria in integrum reſtitutio.) Etſi enim æſtimatio ſolet facere emptionem, multum tamen differt emptio dotis cauſa

ab

ab emptione alia ſimplici qualibet. Quia dos ſiue æſtimata ſiue inæſtimata non ideò datur marito, vt aliquid lucretur ille ex damno mulieris, aut mulier ex damno mariti, *l. quoties 16. in fin. de iur. dot.* nec licet contrahentibus in eo contractus genere ſe decipere, *leg. iure ſuccurſum 6. ſupra dict. tit.* quod in emptione ſimplici non ita eſt *d. §. idem Pomponius.*

d *Etiam vſuras.* Ratio dubitandi. Minor qui fundum emit non cogitur reddere fructus omnes ne quidem quos percepit, ſed hactenus tantùm quatenus ex iis factus eſt locupletior vt lex ait. Ergo neque venditor cogendus eſt ei reſtituere vſuras niſi ex quibus locupletior factus ſit (in quarum numero eſſe non poſſunt eæ quas non percepit, tametſi percipere potuiſſet.) ne alioqui reſtitutió claudicet, & non ex vtraque parte omnia in integrum reponantur.

Ratio decidendi. Reſtitutio quæ minori conceditur, licèt minorem viciſſim obliget vt reddat quod accepit, fauorabilior tamen eſt minori quem non eſt æquum reddere niſi in quantum factus eſt locupletior. Aliter enim moraretur in damno nec proinde reſtitutus dici poſſet. Neque rurſus abſurdum eſt reſtitutionem claudicare, vt dici ſolet de contractu inito cum pupillo, *leg. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo. de act. empt.* dum ne minor remaneat in lucro quod non magis ferendum eſt quàm vt remaneat in damno, *l. ſi minoris 25. ad fin. de adminiſtr. tutor.* Rectè accurſius totum hunc §. accipit de venditione fundi per minorem facta interpoſito decreto cùm alioqui non eſſet neceſſaria reſtitutio, *l. 1. lege ſi quidem 11. Cod. de præd.* Quanquam nihil vetat eo quoque caſu quo decretum nullum interuenerit dari reſtitutionem ſi modo in ea ſit ætate is, qui vult reſtitui, vt poſſit ratam facere venditionem, id eſt, ſi conſtitutus ſit intra annum vtilem, qui nõ incipit niſi ab anno quinto & viceſimo completo. Quemadmodum enim qui pretium rei malè venditæ petit hoc ipſo venditionem approbare intelligitur, *l. cùm pater 77. §. qui dot. de legat. 2.* ita & qui petit reſtitutionem aduerſus contractum ipſo iure nullum qui tamen in eo ſit, vt noua voluntate confirmari poſſit hoc ipſo eum confirmare intelligitur, non quidem adeò vt non poſſit eum improbare, alioqui non eſſet audiendus petens reſtitutionem, ſed quantum ſatis eſt, vt contractus teneat ipſo iure vel ob hoc ſolum vt reſcindi poſſit. Siquidem quod ipſo iure nullum eſt, id neque rumpi neque reſcindi poteſt, *l. nam etſi 5. de iniuſt. rupt.*

e *Item ex diuerſo.* Ratio dubitandi. Parcendum eſt emptori qui fundum a minore comparauit quod pretium ei ſoluerit quia ſoluere habuit neceſſe, *lege quod ſi minor 24 §. reſtitutio ſupra hoc tit.* Ergo ſicut emptor cogitur fundum minori reddere & quidem cum fructibus nec tantùm quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit æquè dicendum eſt cogendum minori totum pretium cum vſuris reſtituere non tantum id in quo factus eſt locupletior. Alioqui ſi fortè totum pretium perdiderit emptor & re & pretio carebit quod alienum ſanè eſt à bona fide nec minus in perſona minoris quam maioris. Omnibus enim commune eſſe debet quod ex bona fide eſt, *l. ex empto 11. §. vlt. lege bonæ fidei 50. de action. empt.*

Ratio decidendi. Sic facienda reſtitutio eſt vt minor nullatenus moretur in damno. Aliter enim non poſſet dici in integrum reſtitutus. Moraretur autem in damno ſi cogeretur reddere pretium ex quo locupletior factus nõ eſſet. Nec abſurdum eſt emptorem carere & re & pretio, dummodo minor non habeat & rem & pretium ſimul. Hoc enim vnum eſt quod abſurdum & iniquum eſſet; *d. l. ex empto. §. vlt. l. vn. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Sed neque verum eſt emptorem habuiſſe ſoluendi pretij neceſſitatem ſi ponas venditionem factam eſſe ſine decreto, cùm eo caſu non potuerit contractus ipſo iure ſubſiſtere, vt dixi ad *d. l. §. reſtitutio.* Interueniente autem decreto licèt contractus teneat ipſo iure ac proinde potuerit cogi emptor vt pretium ſolueret cùm tamen in ipſo pretio deceperit minorem, minus dignus eſt cui faueatur quaſi qui ipſe ſoluendi neceſſitatem ſibi impoſuerit vt tanto citius minoris fundum pretio viliore extorqueret quem niſi oblato prius pretio petere non potuiſſet, *l. Iulianus 13. §. offerri. de act. empt.* Nec rurſum ſufficit emptori ad reſtitutionem pretij conſequendam, vt potuerit cogi, niſi etiam fuerit coactus ad ſolutionem vi propoſitæ actionis, quæ porro cùm non potuerit proponi ſine curatore, nec proinde ſolutio ei fieri abſque curatore qui nullus hic interuenerat. Ergo nec vſuras hoc caſu vllas minor debet, niſi quas fortè ipſe perceperit, & quidem ita vt ex earum perceptione locupletior factus ſit, cùm ex perſona ſua conueniatur ad pretij reſtitutionem. Secus enim eſſet ſi ex patris aut alterius perſona conueniretur, vt bene monet Accurſius ex *lege minor 40. §. prædia. infr. eodem.*

2 ¶ Si minor annis vigintiquinque ſine cauſa debitori *acceptum* tulerit: non ſolùm in ipſum, ſed & in fideiuſſores, & in pignora actio reſtitui debet. Et, ſi ex duobus reis a alteri acceptum tulerit, in vtrumque reſtituenda eſt actio.

¶ Ex hoc intelligimus b, ſi damnoſam ſibi nouationem fecerit, fortè ſi ab idoneo debitore ad inopem nouandi cauſa tranſtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem reſtitui.

Ad §. 2. Si Minor.

Rat. dub. Cum minor annis 25. debitori ſuo à quo fideiuſſorem acceperat acceptum tulit, quamuis ſine cauſa, fideiuſſor liberatur ipſo iure non beneficio minoris, ſed poteſtate iuris: quia cùm vim ſolutionis habeat acceptilatio & fideiuſſoris obligatio acceſſoria ſit, non poteſt fieri, vt liberato per acceptilationem debitore fideiuſſor maneat obligatus, nec ſi minor ita eſſe vellet, *l. ſi quis reum 5. de liber. legat.* Nam & quod magis eſt acceptilatione ſoli fideiuſſori facta reus liberaretur, *l. & per iuſiurandum 13. §. ſi fideiuſſori. de acceptil.* Ergo non poteſt reſtitutio minoris auferre fideiuſſori beneficium quod is non à minore habeat, ſed à lege, vulg. *l. ſi adrogator 22. §. 1. de adopt. l. 5. de interd. & releg.*

Rat. dec. Minoris intereſt, vt obligatum habeat etiam debitoris ſui fideiuſſorem vt plures habeat debitores: itémque vt eadem pignora remaneant obligata poſt acceptilationem quæ erant antea, ne ſit ei minus cautum, *l. ſi mandatu 59. §. vlt. mand.* Ergo ne quid ei damni acceptilatio attulerit, quod non plenè farciat reſtitutio, reſtituenda ei actio, & in fideiuſſores, & in pignora, *l. illud verum 10.* vbi dixi *ſup. quod met. cauſ.* nec ratio inſpiciendum eſt quid minor fecerit, aut cum quo contraxerit, quàm quid ex eo quod fecit damni ſenſerit, vt aduerſus totum damnum reſtituatur.

a *Et ſi ex duobus reis.* R. dub. & dec. eadem eſt quæ ad *verſ. præced.* Nam acceptilatione vni ex correis debendi facta alius ipſo iure liberatur, *l. 2. §. 1. de duob. reis, l. in duo. 28. in pr. & ex duob. de iurei.* cùm vnica omniũ obligatio ſit, *d. l. 2. §. 1.* & æquè minoris intereſt habere vtrumq; potius quàm alterutrum obligatum reſciſſa per reſtitutionem acceptilatione. Nec ſanè quicquam intereſt, aut fideiuſſoris, aut correi, qui hodie obligatus ex propria promiſſione inueniretur ſi minor acceptum non tuliſſet debitori, arg. *l. ſi iudex 41. in fin. infr. hoc tit.*

b *Ex hoc intelligimus.* Ratio dubit. Obligatio ſemel

exincta nunquam reſſuſcitari poteſt, *l.qui res 98.§.aream de ſolut.* Atqui nouatio nihil aliud eſt quàm prioris obligationis peremptio, & in ſeqoentem transfuſio, *l.1. de nouat.* Ergo ſi damnoſam ſibi nouationem minor fecerit, fortè ſi ab idoneo debitore ad inopem nouandi cauſa tranſtulerit obligationem non poteſt fieri vt in priorem debitorem actio reſtituatur, quia res quæ ita ſtatom mutauit vt eſſe deſierit, non capit reſtitutionem, *l.ſi ex cauſa 9.§.pen.ſupr.* Idémque tractari poteſt circa reſtitutionem in integrum impetratam contra acceptilationem de qua in præcedentibus. Nam & acceptilatio peremptio eſt obligationis, *l.pen.C.de ſolu.* cum ſit imaginaria ſolutio, §.1.*Inſt.quib.mod.toll.obl.*

R.dec. Verum quidem eſt obligationem ſemel extinctam nunquam reuiuiſcere, vt ſit eadem ipſa numero, ſed nihil vetat eam à prætore ita reſtitui vt eadem ſit ſi non numero & ſpecie ſaltem genere ac effectu. Vnde eſt quod paſſim vtiles appellantur huiuſmodi actiones reſtitutæ, aut reſtitutoriæ, cùm tamen obligatio quæ per nouationem aut acceptilationem ſublata eſt fuerit directa. Directæ actiones competunt ipſo iure vel ciuili ſi ſint ciuiles, vel prætorio ſi ſint prætoriæ: vtiles verò non competunt, ſed dantur à prætore qui eas tum primum inducit cùm dat ſiue per reſtitutionem in integrum id faciat, ſiue ea qua alia cauſa æquitatis, vt alibi ſcripſi, iunge *l.1.C.de reput.quæ fiunt in ind.in integ. reſt.*

3 ¶ Aduerſus eos quoque reſtitutio præſtanda eſt, quorum de dolo agere non permittitur: niſi quædam perſonæ [c] ſpeciali lege exceptæ ſint.

Ad §.vlt. Aduerſus.

Ratio dubitandi. Quod actio de dolo præſtat maioribus, id reſtitutio ex hoc edicto minoribus præſtat, *leg.quidam 38.ſupr.tit.1.* Ergo de quorum dolo agere non permittitur, nec aduerſus eos reſtitutio ex hoc edicto danda eſt.

Ratio decidendi. Plenior & fauorabilior hæc reſtitutio eſt quæ datur ex edicto, De minoribus, quàm actio de dolo: ſiue propter fauorem ætatis, ſiue quod non vt actio De dolo ſit famoſa, itaque bona quidem ratiocinatio eſt, vt aduerſus quos de dolo agi poteſt, multò magis permitteoda ſit reſtitutio ex hoc edicto, ſed noo è contrario, vt contra qnos de dolo agi non poteſt, nec reſtitutionem ea hoc edicto dari oporteat.

c *Niſi quædam perſonæ.* Iam olim idem mihi viſum eſt quod Cuiac. qni ad *leg. non debet 11.ſupr. tit.1.* notae exceptionem hanc eiſe Triboniani reſpicieotis ad Iuſtiniani conſtitutionem, in *l.vlt.C.qui & aduerſ.quos.* Quæ primum induait, vt neque filius cootra patrem, oeque libertus contra patronum reſtitutionem ex hoc edicto petere poſſit, non magis quàm ea edicto De dolo. Vide tamen quæ ſcripſi, ad *l.3.§.ſed vtrum.verſ.ego etiam ſupr. hoc tit.* Quænam autem perſonæ aliæ ſint præter patrem & patronum, de quarum dolo agere non permittatur, vidimus in *d.l.non debet.*

28. Celsvs lib.2. Digeſtorum.

CVm minor, quàm quinque & viginti annis, aduerſus eum, cum quo tutelæ egit, reſtituitur: non ideò tutori contrarium tutelæ iudicium reſtituendum eſt.

Ad l. Cùm minor 28.

Ratio dubitandi. Actio contraria tutelæ non minùs naſcitur ex tutela quàm actio directa & altera alteri correſpectiua eſt & correlatiua. Dicitur enim directa ea comparatione coot rariæ & è conuerſo, *l.5. §. tutelæ de oblig.& act.l.1.& tot.tit.de contr.tut.& vtil.act.* Atqui in actibus correſpectiuis & correlatiuis poſito vno aliud etiam neceſſariù ponitur, *l. cum te fundum 6. C. de pact. inter empt.l.1.C.de cupreſſ.lib.11.tit.vlt.* Ergo cùm minor 25. annis aduerſus tutorem cum quo tutelæ egit reſtituitur, vt iterum agat ſiue nihil ſiue minùs quàm deberetur à totore fuerit conſecutus etiam tutori contrarium iudicium reſtituendum eſt: vt ex vtraque parte fiat reſtitutio quæ potiſſima regula eſt omnium reſtitutionum, *l.quod ſi minor 24. §.reſtitutio ſupr.l.vn.C.de reput.quæ fiunt in ind.l.1.& 2.C.ſi aduerſ.tranſact.* vbi dicitur reſciſſa tranſactione vel diuiſione facta cum minore reſtituendum eſſe priſtinum iodicium vt aduerſarius minoris iis actionibus qoas antè habuit vtatur.

Ratio decidendi. Pendet quidem ex eadem cauſa tutelæ vtraque actio & directa & contraria & ſe habent inuicem correlatiuè. Sed tamen alia actio eſt quæ directa, alia quæ contraria vt non ſolùm ea eo apparet quòd dioerſis perſonis non iiſdem competunt & ad diuerſos effectus: verùm etiam ex hoc maximè quod & directo iudicio agi poteſt etiamſi contrario non agatur & viciſſim contrario licèt non agatur directo, *l.1.§.vlt.infr. de contr.tutel.& vtil.act.lege in commodato 17.§.1.cum l.ſeq. §.vlt.commodat.* Nihil ergo oeceſſe eſt vno reſtituto aliud reſtitui cùm nihil habeant commune, arg. *l.proxim.§.1. infra.* In eóque differt ſpecies huius legis ab iis de quibus, in *d.l.1.& 2.C.ſi aduerſ.tranſ.* in quibus reſtituitur iudiciom priſtinum quod exercebatur ante tranſactionem non aliud vllum quod ſit ab eo diuerſum vt Cuiacius tractat poſt Accurſium cuius fuit hæc tertia ſolutio. Sed quid attinet inquies quærere hic de reſtituendo iudicio tutelæ ſiue directo ſiue contrario: aut potius quomodo poteſt reſtitui vtrumque pronunciauerit. Reſpondeo coonſumi actiooem tutelæ quoties exercetur, quia nunquam bis tutelæ agi poteſt: proinde etiamſi prima actione non fuerit quidem ſub motus minor, ſed tamen minus conſecutus eſt quā debuit reſtitutione indiget vt iterum tutelæ agere poſſit. Similiter igitur ponendum eſt tutorem contrario tutelæ iudicio egiſſe vt poſſit videri conſumptum iodicium tutelæ contrarium, indéque fieri locus quæſtioni an ſit reſtituendum, *lib.2. Reſponſorum.*

29. Modestinvs lib.2. Reſponſorum.

ETiam ſi patre, eodémque tutore, auctore, pupillus captus probari poſſit curatorem poſtea ei datum, nomine ipſius in integrum reſtitutionem poſtulare non prohiberi.

Ad l. Etiam ſi pater 29.

Ratio dubitandi. Nullum filio melius & vtilius conſilium eſt quàm paternum, *l.vlt.C.de curat.furioſ.l. non ſolum 67.§.1. de rit. nupt.* Ergo ſi patre eodemque tutore auctore pupillus emancipatus captus probari poſſit (nec enim qui in patris poteſtate eſſet patrem tutorem habere poſſet,) non eſt permittendū curatori poſtea dato

vt nomine ipſius minoris petat reſtitutionem in integrum aduerſus id quod pater: qua ratione nec filio vnquam hodie permittitur vt contra patrem petat reſtitutionem *l. vlt. C. qui & aduerſ. quos.*

Ratio decidendi. Non poteſt quidem minor reſtitui contra patrem ſiue tanquam tutor ſiue proprio nomine pater contraxerit, ſed contra alium reſtitui poteſt de eo quod pater fecit ſi modò ſe læſum probet: Nam patria perſona & affectio excludit quidem præſumptionem fraudis, *d. l. non ſolum §. 1.* Sed non probationem, ſiue conſilio ſiue in reipſa fraus facta ſit. Nec in eo quidquã fieri videtur cõtra votum aut voluntatem patris cuius etiam intereſt, vt ſi quid damni ex facto paterno filius ſenſit totum id per reſtitutionem in integrum à curatore poſtea petitam corrigatur. Nihil enim vetat tutorem vacare delicto & nihilominus reſtituendum eſſe minorem, *l. tutor 47. in pr. inf. h. t. l. 2. & 3. C. ſi tut. vel cur. interu. l. vlt. C. ſi aduerſ. rem iudicat.*

1 ¶ Ex cauſa curationis condemnata pupilla, aduerſus vnum caput ſententiæ reſtitui volebat: & quia videtur in cæteris litis ſpeciebus releuata fuiſſe, actor maior ætate qui acquieuit tunc temporis ſententiæ, dicebat totam debere litem reſtaurare. Herennius Modeſtinus reſpondit: ſi ſpecies, in qua pupilla in integrum reſtitui deſiderat, cæteris ſpeciebus non cohæret: nihil propoui, cur à tota ſententia recedi actor poſtulans audiendus eſt.

Ad §. 1. Ex cauſa.

Ratio dubitandi. Sententia non poteſt pro parte valere & pro parte non valere, *l. in hoc iudicio 27. fam. erciſc.* Ergo ſi ex cauſa curationis condemnata pupilla aduerſus vnum caput ſententiæ reſtitui voluerit reſtituendus etiam erit actor quamvis maior ætate qui acquieuit tunc temporis ſententiæ, ſi putet ſe in aliis capitibus læſum fuiſſe.

Ratio decidendi. Cùm totius ſententiæ vnicum duntaxat caput eſt aut cùm plura quidem ſunt capita, ſed connexa ita vt ſeparari non poſſint non poteſt diuidi ſententia vt partim valeat partim non valeat. Sed ſi plura ſint capita non connexa aliud eſt, quia tot videntur eſſe ſententiæ quot capita: ſicuti ſolemus dicere tot eſſe ſtipulationes quot ſuot res, *leg. ſcire debemus 19. de verb. obl.* & tot legata annua quot ſunt anni, *l. ſenatus 35. §. vlt. de don. cauſ. mort.* iung. *l. cùm eiuſdem 34. de adil. edict. d. leg. tut. 47. §. 1. inſ. h. t. l. vlt. in pr. C. de appell. l. per hanc 4. C. de temp. & repar. appell. l. ſi quis ſeparat. 10. §. 1. de appell. l. 1. §. vlt. quæ ſent. ſine appell. reſcind.* Exemplum autem ad hunc §. non melius afferri poteſt quàm, ex *leg. prox. præced.* De ſententia verò quæ plura capita habeat ſic coniuncta vt reſtitutio contra vnum caput impetrata omnia ſecum trahat varia exempla ponit hic Accurſ. Eſt verò hic §. intelligendus de pupilla condemnata vtili actione negotiorum geſtorum ex cauſa curationis quam pater ipſius adminiſtrauerat. Idque ſignificant verba illa, *Actor maior ætate:* Significant enim fuiſſe illum eundem antea minorem & actorem contra pupillam tanquam hæredem patris eiuſdémque curatoris, vt & Cuiacius hîc bene explicat.

2 ¶ Si hæreditate patris, ætatis beneficio, in integrum reſtitutus, abſtinuit ſe, nemine de creditoribus paternis præſente, vel ad agendum à præſide euocato: an ea reſtitutio rectè facta videatur? quæritur. Herennius Modeſtinus reſpondit: cùm non euocatis creditoribus, in integrum reſtitutionis decretum interpoſitum proponatur, minimè id creditoribus præiudicaſſe.

Ad §. 2. Si hæreditate.

Ratio dubitandi. Non maiorem vim habet reſtitutio per prætorem conceſſa minori ad abſtinendum hæreditate paterna, quàm abſtentio quæ fit citra reſtitutionem vtriuſque enim idem effectus ille eſt, vt quamuis filius iure ciuili hæres maneat, & obligatus creditorib. ac legatariis, ab iis tamen conueniri non poſſit, *l. neceſſariis 57. de acq. hæred.* Atqui cum filius abſtinet, non ob id ſunt euocandi creditores aut legatarij: quia pendet id ex mera filij voluntate. Ergo nec ſunt euocandi cum reſtitutio petitur aduerſus immixtionem vt liceat abſtinere.

Ratio decid. Eſt quidem vtráque ſpecies abſtentionis eiuſdem effectus & poteſtatis, quoniam vtraque eſt ex iuriſdictione prætoria, ſed longè tamen diuerſa vtriuſque ratio eſt, quia cum ſuus hæres ſe abſtinet ſuo iure non indiget decreto prætoris, ſed ex edicto abſtinédi ius habet modo ſe non immiſcuerit, *d. l. neceſſar.* & *l. ei qui eod. tit.* Sed cùm ſe abſtinet per reſtitutionem neceſſarium eſt decretum prætoris, id eſt, cauſæ cognitio quæ porrò adhiberi non poteſt, niſi præſentibus aut ſaltem euocatis iis omnibus, quorum intereſt, quique ex eo actu lædi poſſent, vulg. *l. nam ita 39. de adopt. l. de vnoquoque 47. de re iud.* ne alioqui res inter alios acta aliis noceat contra *tot. tit. C. inter al. act. vel iud. aliis non noc. l. in cauſa 13. verſ.* cauſa enim cognita, vbi dixi *ſupr. hoc tit.* Semel enim agnita hæreditate ius quæſitum eſt creditoribus, vt non poſſit is qui agnouit liberari, niſi vel deferatur ab iis conditio, vt in *l. cum hæredit. 55. de acq. hæred.* vel iis inuitis minor reſtituatur: nempe niſi pupillus fuit. Is enim poteſt ſuo iure abſtinere citra reſtitutionem etiam poſtquam ſe immiſcuit.

30. PAPINIANVS lib. 5. Quæſtionum.

SI filius emancipatus, contra tabulas non accepta poſſeſſione, poſt inchoatam reſtitutionis quæſtionem, legatum ex teſtamento patris maior XXV. annis [a] petiſſet: liti renunciare videtur cùm & ſi bonorum poſſeſſionis tempus largiretur, electo iudicio defuncti repudiatum beneficium prætoris exiſtimaretur.

Ad l. Si filius 30.

Ratio dubit. Filius emancipatus à patre præteritus qui iam tempore excluſus eſt a petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas non magis excludi poteſt, etiamſi millies ſi volet renunciet bonorum poſſeſſioni. Quemadmodum enim quod noſtrum eſt, non poteſt magis fieri noſtrum, *l. vt non ex pluribus 159. de reg. iur. §. ſic itaque inſt. de actio.* ita quod ſemel amiſimus, poſtea magis amittere nunquam poſſumus. Atqui excluſio illa quæ per lapſum temporis inducitur non impedit reſtitutionem, cuius petendæ materiam ex contrario præbet: cùm, non ſit locus reſtitutioni quandiu bonorum poſſeſſio peti poteſt, *l. Par. non. 86. de acq. her.* Ergo quamvis filius

poſt moram reſtitutionis litem agnouerit legatum ſibi in teſtamento patris relictum, idque maior iam factus non debet ea legati admiſſio ipſi nocere quominus in integrum reſtituatur, quamvis eſſet ei nocitura quominus admitteretur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſi tempore nondum excluſus eſſet.

Rat. decid. Admiſſio legati nocet filio, non quaſi renunciauerit bonorum poſſeſſioni à qua iam erat excluſus ſed quaſi renunciauerit liti per quam id agebat, vt ad petendam bonorum poſſeſſionem reſtitueretur. Abſurdum enim eſt plus iuris habere filium ob id ſolum quod tempore iam excluſus ſit quàm ſi nondum excluſus eſſet. Atqui etiamſi bonorum poſſeſſionis tempus largiretur, electo tamen iudicio defuncti repudiatum beneficium prætoris exiſtimaretur. Ergo & multò magis ſi illud ipſum filius fecerit, poſtquam à petenda bonorum poſſeſſione iam excluſus fuit. Debet enim excluſio illa facere, quominùs non quò magis filius admittatur, arg. *l. legatarii, nuliter 14. de admin. leg. l. 3. §. ſi emancipatus de bon. poſſ. contr. tabul.*

a *Maior 15. annis.* Hoc ideò quia ſi minor eſſet nihil nocere ei deſtitiſſe. Siquidem præter ipſam quoque deſiſtentiam reſtitui poſſet, *l. Papinianus 20 §. 1. ſupr.* Loquitur autem hic Papinian. de filio emancipato. An quia ſuus hæres præteritus non habeat contra tabulas, aut non eo ipſo tempore quo emancipatus excludatur? Atqui vtrumque falſum eſt, *l. ſi quis 15. & ſeq. de leg. præſt. l. 1. §. quib. verſ.* ſed videndum, *de ſucceſſ. edict.* Ergo quia ſuus præteritus cum faciat teſtamentum ipſo iure nullum & ſit hæres iure ciuili nulla indiget bonorum poſſeſſione, qua tamen indiget emancipatus, *l. & tot. tit. de bon. poſſ. contr. tab.* Itaque parum intereſt ſui hæredis præteriti quòd bonorum poſſeſſionis aut reſtitutionis beneficium amiſerit, cum habeat auxilium iuris ciuilis quod plenius eſt, & nullo tempore olim coarctatum, *l. licèt 8. & ſeq. C. de iur. delib.* Hodie tamen ſublata videtur hæc differentia, licèt Cuiacius diſſentiat poſt Accurſ. cùm ex Nouellis Iuſt. neceſſe ſit filium, vel inſtitui vel exhæredari, ſiue ſuus fuerit, ſiue emancipatus, ne minus in matris quàm in patris teſtamento, *Nouell. 115. vt cum de appell. cognoſ. §. aliud quoque capitulum.* Sed & in eo errat Accurſius quòd ait filium cui legatum relictum eſt debere hodie agere ad ſupplementum: id enim ita verum eſt ſi teſtamentum valeat, id eſt, ſi filius fuerit, vel inſtitutus, vel exhæredatus, hæc autem lex loquitur de filio præterito. Et quod adiicit debere hodie legitimam relinqui titulo inſtitutionis, falſum etiam eſt cùm poſſit relinqui titulo, dummodo filius inſtitutus ſit in aliqua hæreditatis parte etiam minima vel adiecta cauſa exhæredatus, vt probaui in *error. 6. Decad. 14. de error. pragmat.* In eo denique errat Accurſius, quod vult tempus petendæ bonorum poſſeſſionis hodie minori non currere poſt, *l. vltim. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. non eſt neceſſ.* Nam vt bene Cuiacius docet, conſtitutio illa pertinet tantùm ad exceptiones temporales: bonorum autem poſſeſſio tempore amittitur ipſo iure non per exceptionem.

31. Idem lib. 9. Reſponſorum.

SI mulier, poſtquàm hæres extitit, propter ætatem abſtinendi cauſa in integrum reſtituta fuerit ſeruos hæreditarios ex fideicommiſſo ab ea rectè manumiſſos, retinere libertatem reſpondi: nec erunt cogendi viginti aureos [a] pro libertate retinenda dependere, quam iure optimo conſecuti videntur. Nam & ſi quidam ex creditoribus [b] pecuniam ſuam ante reſtitutionem [c] ab ea recuperaſſent: cæterorum querela contra eos, qui acceperunt, vt pecunia communicetur, non admittetur.

Ad l. Si mulier 31.

R. dubitandi. Libertates quantumvis fauorabiles ſint non aliter tamen competunt, quàm ſi teſtator qui eas dedit habeat hæredem & quidem ex teſtamento, niſi repertæ fuerint ab inteſtato, *l. teſtamento 23. de manumiſſ. teſtam. leg. generaliter 24. §. ex teſtamento de fideic. libert.* Atqui mulier quæ poſteaquàm hæres extitit, abſtinendi tamen cauſa propter ætatem in integrum reſtituta fuit, perinde habetur quod ad prætorem, ac ſi hæreditatem nunquam adiiſſet, *l. ait prætor 7. §. ſed etſi hæreditatem, §. reſt. & §. ſed quod Pap. ſup. h. t.* Ergo conſequens neceſſario eſt vt libertates quoque perinde haberi debeant ac ſi nunquam competiiſſent, præſertim cùm cauſa hæreditatis ſit indiuidua nec poſſit quiſquam hæres eſſe pro parte, pro parte non eſſe, *l. 1. & 2. de acq. her.*

R. dec. Is quidem qui ſe abſtinuit ab hæreditate ſiue ante ſiue poſt immixtionem non habetur à prætore hæredis loco, *l. neceſſ. 57 eod. tit. l. ſi filius 12. de interr. in iur. fac.* ſed tamen non eò minus hæres manet iure ciuili cùm ſemel fuerit, *dict. §. ſed quod Papinianus l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* Ergo non poteſt abſtentio facere vt eò minùs libertates competant, quas tamen ſemel competiiſſe ſufficeret, ſiquidem earum priuilegium eſt vt quæ ſemel competierunt reuocari nunquam poſſint, ne quidem prætextu & fauore ætatis, *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. ſup.* Nec enim id minùs pertinet ad fideicommiſſarias libertates de quibus in hac lege quàm ad directas. Cùm inter eas nulla hac parte differentia ſit poſt factam ex cauſa fideicommiſſi manumiſſionem, niſi quod qui directam conſecutus fuit libertus defuncti & Orcinus eſt, qui verò fideicommiſſariam libertus eſt hæredis, & manumiſſoris, *d. l. cùm quaſi §. idem dicendum.* Ante manumiſſionem differentia ſanè eſt, quia libertas directa ipſo iure competit fideicommiſſaria verò debetur tantùm.

a *Nec erunt cogendi viginti aureos.* Ratio dubitandi. Solent illi quibus libertas fauorabiliter conſeruatur, quam alioquin amittere deberent viginti aureos præſtare victori (quod vulgare pretium ſeruorum fuit, *l. 5. C. de commun. ſeru. manum.*) vt eam retineant. Vtputà ſi poſt quinquennium dici cœptum ſit inofficioſum teſtamentum in quo fuerunt datæ libertates ſiue directæ ſiue fideicommiſſariæ, *l. Pap. 8. §. vlt. & l. ſeq. inf. de inoff. teſt.* Ergo & in ſpecie propoſita idem dicendū videbatur.

Ratio decidendi. Diſſimilis hæc ſpecies eſt in qua manumiſſi libertatem optimo iure conſecuti videntur. Ex eo ſcilicet teſtamento quod ſemper valuit, quodque ſemel aditione confirmatum fuit: *d. l. teſtamento 23. de manum. teſtam.* & quidem ita vt verum ſit etiam poſt impetratam reſtitutionem adeſſe hæredem teſtamentarium, ex cuius perſona & aditione ſubſiſtere libertates adhuc poſſint. Quod diuerſum eſt cùm de inofficioſo actum fuit & pronunciatum aduerſus teſtamentum. Eo námque caſu teſtamentum ita reſcinditur, vt nec valuiſſe vnquam videatur tanquam à demente & furioſo factum: Eſtque is vnus ex iis caſibus in quibus qui ſemel hæres fuit deſinit ex poſtfacto hæres eſſe iure ciuili, quoniam ex teſtamento reſciſſo hæres nemo manere poteſt non magis quàm fieri, *l. in ſubſtitutione 31. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Dices legata hoc caſu non deberi ſi hęreditas non ſit ſoluendo, *l. 5. de cond. ind. l. vlt. §. ſin verò creditores verſ. licentia C. de iur. delib.* Ergo neque libertates quarum eadem ratio eſſe ſolet quæ legatorum, arg. *d. l. Papinianus §. pen. de inoff. teſtam.* Reſpondeo fauorabiliorem eſſe hac in re cauſam libertatum

quàm

quàm legatorum, vt dixi ad *l. in integrum 22. ſupr. h. t.*

b *Nam etſi quidam ex creditoribus.* R. dub. Cùm plures ſunt creditores eius hæreditatis quæ non ſit ſoluendo, ſatisfaciendum eſt omnibus & conſulendum æquali portione pro rata debiti quantitate, vt ſcriptum eſt, in *l. pro debito 6. C. de bon. auctor. iudic. poſſid.* Ergo qui priores ſuum recuperauerunt, non poſſunt recuſare quominùs cæterorum querela admittatur vt pecunia quam acceperunt communicetur. Quomodo Iuſtinianus conſtituit, in *l. vlt. §. ſin verò heredes C. de iur. delib.* vt ſi hæres cum beneficio legis & inuentarij res hæreditarias dederit creditoribus hæreditatis in ſolutum vel per dationem pecuniarum ſatis eis fecerit, liceat alijs creditoribus anterioribus aduerſus eos venire & à poſterioribus creditoribus qui acceperunt eas abſtrahere.

Ratio decidendi. Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, licèt alius ſoluerit quàm qui debuit, *l. repetitio 44. de condict. indeb.* Quantò magis id obtinet ſi ille ipſe ſoluerit qui debitor verus fuit? vt in caſu propoſito. Licet enim creditori vigilare vt ſuum conſequatur, nec ob id quod ſuum recepit teneri poteſt quamvis ſciuerit ea ratione futurum vt cæteri creditores fraudentur, *lege quod autem 6. §. ſciendum, lege pupillus 24. §. vltim. quæ in fraud. creditor. lege ſi non expedierit 6. §. primo de rebus auctor. iudic. poſſid.* Planè ſi hæres nemini ſoluerit omnibus ex æquo conſulendum eſt ad aſſem & libram quod pragmatici noſtri Galli dicunt, *à ſold & à liure, d. lege pro debito in fin.* Aut ſi creditores qui poſteriores veniunt ſint hypothecarij & in iure hypothecæ anteriores, ius habent abſtrahendi per hypothecariam quod anterioribus ſolutum fuit, *dict. §. ſi verò heredes.* Id enim facit ius hypothecæ quod per ſolutionem alij factam tolli non potuit: At lex hæc loquitur de creditoribus chirographarijs, id eſt, perſonalem tantùm non etiam hypothecariam actionem habentibus, quos conſtat nihil iuris habere niſi in bona debitoris & quandiu remanent debitoris. Quibus proinde reuocatoria nulla competit, niſi ex edicto prætoris. *Quæ in fraud. cred.* ſi quid in creditorum fraudem prober, *tot. tit. quæ in fraud. credit.* At nos ponimus factam fuiſſe à muliere ſolutionem bona fide, id eſt, eo tempore quo & hæres eum effecta erat, & de ſuſcipiendo abſtinendi conſilio, petendaque reſtitutione nondum cogitabat. Quod autem bona fide geſtum eſt, id petita poſtmodum reſtitutio irritum facere non debet, *leg. in integrum 22. ſupr. eod.* vbi dixi, *leg. ſancimus 25. in fin. C. de admin. tutor. l. 5. C. de confirm. tutor.*

c *Ante reſtitutionem.* Aliud ergo eſt ſi poſt impetratam reſtitutionem mulier hæc quibuſdam creditoribus ſoluerit. Nec enim bona fide feciſſe videretur, quæ ſoluiſſet ex ea hæreditate quam ad ſe pertinere nollet, nocerétque ea ſolutio ipſi potiùs vt reſtitutionis beneficiū abieciſſe videretur, quàm creditoribus cæteris, ad quos ex die abſtentionis bona pertinere cœperunt aut ſaltem in eo eſſe, vt pertinere potuerint, quod ſufficit vt nihil in eorum necem fieri debuerit. Neque hoc caſu gratificationi vlli locus eſt, cui fuerat ante abſtentionem, *d. l. ſi non expedierit §. 1. de reb. auctor. iudic. poſſid.*

32. PAVLVS lib. 1. Quæſtionum.

MInor viginti quinque annis, adito præſide, ex aſpectu corporis falsò probauit [a], perfectam ætatem: curatores, cùm intellexiſſent eſſe minorem, perſeuerauerunt in adminiſtratione medio tempore, poſt probatam ætatē, ante impletum vigeſimumquintum annum ſolutæ ſunt adoleſcenti pecuniæ debitæ: eáſque malè conſumpſit. Quæro, cuius ſit periculum: & quid ſi curatores quoque in eodem errore perſeuerassent, vt putarent maiorem eſſe, & abſtinuiſſent ſe ab adminiſtratione, curationem etiam reſtituiſſent: an periculum temporis, quod probatam ætatem ceſſit, ad eos pertineat? Reſpondi: Hi, qui debita exſoluerunt, liberari iure ipſo [b], non debent iterum conueniri.

¶ Planè curatores [d], qui ſcientes eum minorem eſſe, perſeuerauerunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas: & debebunt hoc nomine conueniri [e]. Quòd ſi & ipſi decreto præſidis crediderunt [f], & adminiſtrare ceſſauerunt [g]: vel etiam rationem reddiderunt, ſimiles ſunt cæteris debitoribus: ideóque non conueniuntur.

Ad l. Minor. 32.

a *Ex aſpectu corporis falſo probauit.* Ratio dubitandi. De ætate eius qui ſe maiorem annis viginti quinque dicit, non niſi cauſa cognita probandum eſt, quia per eam probationem & in integrum reſtitutioni adoleſcentis, & alijs cauſis præiudicatur, *l. de ætate 43. infr.* Ergo non debuit ex ſolo corporis aſpectu, qui fallaciſſimus eſt ætas probari, præſertim cùm minoris ætatis tempore de momento in momentum computentur, *l. 3. §. minore ſup.*

R. dec. Non bene officio ſuo functus eſt hic præſes, qui ſolo corporis aſpectu contentus nullas perfectæ ætatis probationes tutiores explorauit. Et tamen nocet hoc decretum minori, prodéſtque omnibus, quorum intereſſet eſſe illum maiorem, quia quod prætor pronunciauit pro tribunali & cauſa quoquomodo, licèt minùs plenè, aut minùs verè cognita pro veritate habetur, *l. ſeruo inuito 65. §. cùm prætor ad SC. Trebel.* vt & aliæ res iudicata, quælibet vulg. *l. ingenuum 25. de ſtat. hom. l. res iudic. 208. de reg. iur.* Certiores ætatis probationes natales ſunt profeſſiones, *l. 2. de excuſ. tutor. cenſuales l. ætatem 3. de cenſib.* teſtes, putà obſtetrices, vicini & propinqui, *l. cùm de ætate 15. de probat.*

b *Liberati ipſo iure.* R. dub. Qui ſoluit minori non adhibito curatore is non liberatur quaſi ſoluens alij quàm cui debet ſoluere, cùm acceptio ſolutionis per quam debitor amittitur ad cauſam adminiſtrationis bonorum pertineat quàm vtique nullam habere poteſt minor qui habet curatorem, *l. 3 C. de in integr. reſt. minor.* Atqui in propoſita ſpecie & minor fuit is qui ſolutionem accepit & curatores habens, adeóque eos qui etiam poſt decretum prætoris cùm minorem eſſe intellexiſſent perſeuerauerant in adminiſtratione, vt lex ait. Ergo non ſunt iſti debitores liberati ipſo iure qui ſoluerunt minori nullo adhibito curatore.

R. dec. Nihil poteſt imputari debitoribus qui decreto prætoris crediderunt, & minori quem maiorem eſſe putabant ſoluerunt, cùm ſoluerint vero creditori, nec debuerint curioſiùs inquirere, an perſeuerarint curatores in adminiſtratione in qua nec perſeuerare poterant ſalua decreti auctoritate. Quare nec aliud erit etiamſi proponas non ignoraſſe debitores cùm ſoluerunt, perſeuerantiam curatorum in adminiſtratione. Sunt ergo ipſo iure liberati, quia per ſolutionem vero creditori factam tollitur ipſo iure *l. pen. & tot. tit. C. de ſolut.* Nec video cur Accurſius dicat tutius eſſe, vt liberati ſint ope exceptionis. Nam & qui creditori ſuo minori ſoluit etiam quem ſciat minorem liberatorem nullum minor habeat, quamuis poſſit rurſum conueniri petita in integrum reſtitutione, vt mox dicemus.

c *Non debent iterum conueniri.* R. dub. Non eſt nouum, vt debitor qui per ſolutionem minori ſuo creditori factam ipſo iure liberatus fuit, iterum conueniatur ad ſolutionem. Nimirum petita per minorem reſtitutione in integrum ſi minor qui ſolutionem accepit, nullum eo tempore habuerit curatorem vt proximè diximus, *l. ait prætor 7. §. 1. ſupr. h. t.* Ergo non eſt bona hæc ratio, vt qui iam ipſo iure liberati ſunt, conueniri idcirco non poſſint, quòd ſint ipſo iure liberati.

Ratio decidendi. Non eſt bona ratio quoties imputari poteſt ei qui ſoluit, cur ſibi meliùs non proſpexerit aduerſus metum reſtitutionis, id eſt, cur non adhibuerit curatorem, *d. §. 1.* aut cur non potiùs pecuniam obſignauerit, *leg. fideiuſſor qui 64 de fideiuſſ.* An in propoſita ſpecie nihil poteſt imputari debitoribus qui ſoluerunt minori cùm eum non modò maiorem eſſe crederent, quod ſanè non ſufficeret, ſed etiam ita credendi neceſſitatem habuerint propter auctoritatem decreti, poſt quod nullus quæſtioni facti locus relinquebatur an minor eſſet quem maiorem eſſe prætor pronunciaſſet.

d *Planè curatores* R. dub. Decretum prætoris pronunciantis maiorem eum eſſe, qui reuera erat minor, facit ius quod ad omnes, vt & alia ſententia quælibet, quæ ſit de ſtatu & conditione perſonæ, *d. l. de ætate 43. & fr. ex ea cauſa 9.* vbi dixi. *ſupr. de poſtul.* Ergo non magis poteſt imputari curatoribus quàm cæteris cur paſſi ſint pecunias debitas ſolui minori, quem prætor hoc ipſo, quod pronunciauit, maiorem eſſe, pronunciauit etiam accipiendæ ſolutionis poteſtatem habere.

R. dec. Non crediderunt decreto curatores, qui ſcientes hunc minorem eſſe in adminiſtratione nihilominùs perſeuerauerunt. Ergo imputari eis debet cur paſſi ſint, hunc minorem accipere ſolutionem: ac proinde æquum eſt hoc nomine illos conueniri. Nec enim vereri debuerunt ne prætoris decretum & auctoritatem alioqui contemnere viderentur, cuius religionem falſa perfectæ ætatis allegatione & probatione circumuentam vident. Quod enim per obreptionem à prætore decretum eſt nullius eſt momenti, *l. 5. §. pen. de reb. eor. qui ſub tut.* comperto ſcilicet probatóque poſtea mendacio. Interim tamen inducitur ex eo decreto bona fides, vt ne quid imputari poſſit iis qui decreto crediderunt, *leg. qui auctore 137. de reg. iur.* niſi ponas eos ſciuiſſe obreptum prætori, falsúmque eſſe quod prætor habuit pro vero, *l. de tutela 7. C. de in integr. reſt. l. 3. C. ſi min. ſe maior. dixer. leg. 1. Cod. Gregor. ſi maior. fuer. probat.* Ignorantia tamen præſumenda eſt, interueniente præſertim decreto prætoris ſi non probetur ſcientia.

e *Et debebunt hoc nomine conueniri.* Rat. dubitandi. Deceptis non decipientibus minoribus prætor ſubuenit, *l. 1. C. ſi min. ſe maior. dixer.* Atqui ſi minor hic fuit in dolo qui ex aſpectu corporis falſo ætatem probauit. Ergo non eſt ei danda actio contra curatores, tametſi ætatem illi non ignorauerint.

Ratio decidendi. Facilè poteſt fieri vt minor falsò ætatem ſuam, & allegauerit & probauerit, nec tamen ipſe in dolo ſit. Quid enim ſi deceptus ipſe fuerit, vt in *leg. 1. eod. tit. Cod. ſi min. ſe maior. dixer. & d. l. 3. verſ. quod ſi per iniuriam eod.* Aut errore lapſus, vt in *l. vlt. eodem.* Nullus his caſibus minoris dolus eſt, nec ſi iurauerit ſe maiorem. Nec enim quicquam vetat interponi iuſiurandum etiam per dolum aut per errorem, *cap. quamuis de pact. in 6.* Ergo reſtituendus erit minor aduerſus quoſcunque, id eſt, etiam aduerſus eos qui maiorem eum eſſe bona fide crediderunt. Quòd ſi è contrario minor in dolo fuerit, & maiorem ſe affirmauerit, vt eum cum quo contrahebat deciperet, certum quidem eſt non eſſe dandam illi reſtitutionem aduerſus eum quem decipere voluit, *dict. l. 2.* aduerſus alios tamen non eò minùs reſtitui poterit, quia nemini ſuum nocet mendacium etiam in iure niſi quod ad interrogantem aduerſarium, vt in *leg. vltim. de interrogat. in iur. faciend.* nec facit ius quod ad omnes, quomodo decretum, *dict. leg. de ætate 43. infra.* Parúmque intereſt an affirmet aliquid minor an confiteatur. Porrò contra ſuam confeſſionem reſtitui haud dubiè poteſt, *leg. certum 6. §. pen. de confeſſ.* Nec rurſus quicquam refert an minor prudens & ſciens mendacium affirmauerit ſimpliciter an adhibito iureiurando. Nam vt eleganter ait Cuiacius, nihil religio adiicit affirmationi. Quod intellige, quantum ad dolum, *l. ſi legatarius 13. ſupr. tit. 1.* Adiicit enim certe dolo periurium, & de periurio fit crimen ſtellionatus, quod punitur exilio temporario quo periurium ſimplex non punietur, *leg. vlt. infr. Stellion.* In hoc tamen refert an minor ſimpliciter affirmauerit ſe maiorem, an verò etiam iurauerit, quod qui iurauit etiam ſine dolo malo non poteſt contrarium probare per teſtes, ſed tantum per inſtrumenta, *d. l. 3. ad fin.* Poteſt autem is qui ſimpliciter affirmauit, ſiue deceptum ſe alleget, ſiue per ſuam facilitatem errore lapſum. Quòd ſi iurauerit quidem at non ſimpliciter, ſed corporaliter, id eſt, tactis ſacroſanctis Dei Euangeliis, nullomodo audiendus eſt ſi contrarium probare velit, nec ſi per inſtrumenta, *dict. leg. 3. in fin.*

f *Quod ſi & ipſi decreto præſidis crediderunt.* Ratio dubitandi. Non eſt veriſimile eum qui vel tutor vel curator fuerit ignorare ætatem pupilli ſui vel adulti, maximè cùm ſoleat tutor curatórve dari ex agnatis & propinquis, *dict. l. de tutela 7. C. de in integr. reſtit.* Ergo non poteſt curatores iſtos excuſare quod decreto præſidis crediderint.

Ratio decidendi. Multum intereſt an minor ipſe falsò ætatem probauerit, vt in hac lege. An verò curator cui res erat cum minore, vt in *d. l. de tutela.* Priore caſu nihil poteſt imputari curatoribus, qui bona fide auctoritatem decreti præſidis ſecuti ſunt: niſi fortè quis imputare eis velit cur non appellauerint, aut de decreto conqueſti ſint probata obreptione, quòd dici ſanè non poteſt, arg. *l. ait prætor 7. §. ſed et ſi verſ. permittitur in fin. ſup. hoc t.* Poſteriore autem caſu non poſſunt decreti auctoritate ſe tueri cùm ipſi præſidem deceperint, & religionem eius circumuenerint, vt in ſpecie, *d. l. de tutela,* vbi decretum quidem interuenerat, quo pronunciatum fuerat maiorem eum eſſe, qui reuera minor erat, ſed poſtulante eo qui tutor fuiſſe proponebatur & id agente vt liberatio quàm à minore extorquebat reſtitutionis periculo non ſubiiceretur, tanquam quæ propter decretum à maiore facta eſſet. Quo nomine tanto dignior eſt cum quo ſeueriſſimè agatur, & contra quem minor reſtituatur, *l. Diuus 33. de re iudic.* Hoc verò non videtur Accurſ. percepiſſe.

g *Et adminiſtrare ceſſauerunt.* Duobus his potiſſimum modis probatur curatores iſtos decreto crediſſe, nimirum ſi ceſſauerint in adminiſtratione, aut ſi rationes reddiderint, quorum neutrum fieri poteſt quandiu curatio durat, tametſi non prohibeatur minor agere ſi velit cum curatore, quamvis adhuc cura perſeueret, *leg. ſi cum adhuc tutore 16. in fin. de tutel. & ration. diſtr.*

33. ABVRNIVS VALENS lib. 6. Fideicommiſſorum.

SI minor vigintiquinque annis ſeruum ſuum, qui pluris, quàm in teſtamento ei legatum ſit, manumittere rogatus fuerit, & legatum acceperit: non cogendum præſtare libertatem a, ſi legatum reddere paratus ſit, Iulianus reſpondit: vt, quemadmodum maioribus b liberum ſit non accipere, ſi nolint manumittere, ſic huic reddenti legatum neceſſitas manumittendi remittatur.

Ad

Ad leg. Si minor. 33.

Ratio dubitandi. Nemo legati nomine onerari per fideicommiſſum in plus poteſt, quàm quantum ex legato acceperit, & quod amplius eſt, inutiliter relinquitur, §. 1. *Inſtit. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. leg. 1. §. ſi is qui ad SC. Trebell.* Ergo ſi is qui legatum accepit, rogatus fuerit manumittere ſeruum ſuum, qui pluris eſt, quàm ei in teſtamento legatum ſit, non ideò præſtare libertatem cogendus eſt, nec ſi maior ſit, adeóque nec ſi legatum nolit reddere argument. *lege decem 6. de fideic. libert.* Vbi ſcriptum eſt, ſi decem legata ſint, & rogatus ſit legatarius Stichum emere & manumittere, qui tamen minoris emi non poſſit, & falcidia interuenerit, & dodrantem accipere debere legatarium, & præterea nihilominus emere compellendum. Non eſt igitur in propoſito caſu neceſſaria minori reſtitutio, cum tutus ſit iure communi, *leg. in cauſa 16. ſuprà hoc tit.* Multò minùs arctandus eſt, vt reddat legatum, quod impunè retinere etiam maior poſſet.

Ratio decidendi. Qui agnoſcit legatum habens adnexum onus manumittendi ſerui proprij, cuius longè maior ſit æſtimatio, tanti ſeruum ſuum æſtimare videtur, quantum eſt in legato non pluris, *leg. imperator. 70. §. ſi centum de legat. 2. leg. ſed ſi non ſeruus 36. ad leg. falcid.* In quo diuerſa ratio eſt eius, qui ſeruum proprium, & eius qui alienum manumittere rogatus eſt, *dicta leg. decem. & leg. generaliter 24. §. ſi quis alienum, eod. titulo de fideicommiſſ. libert.* Non enim ſicut rem ſuam pro arbitrio æſtimare quiſque poteſt, ita & alienam. Ergo in ſpecie propoſita ſi maior eſſet is qui legatum accepiſſet, omnimodo ſeruum ſuum manumittere cogeretur, nec audiri deberet ſi legatum vellet reddere, niſi fortè inopinatum aliquid emerſiſſet propter quod ei ſuccurri oporteret, *dict. §. ſi quis alienum, verſ. quod ſi legatum, & dict. leg. decem.* Vbi concluditur cogendum potiùs hæredem, vt tota decem præſtet, quæ fuerunt legata, quamvis falcidia interuenerit, quàm vt audiatur legatarius paratus reſtituere legatum quod accepit, adeò verum eſt legatarium ſe oneri obieciſſe, cùm accepit legatum, ſiue de ſuo, ſiue de alieno ſeruo manumittendo rogatus fuerit, vt ea lex habet quamvis eorum ſententia, qui putabant cogendum legatarium redimere ſeruum alienum, quem pro legati compendio manumittere rogatus eſſet, corrigatur & reprehendatur in fine legis. Non quia ſe non ſubiecerit oneri, qui legatum accepit, ſed quia nullum onus eſſe intelligitur in eo quod excedit legati æſtimationem, libertáſque pro non ſcripto, *dicto §. 1. de ſingul. rebus per fideicommiſſ. relict.* Nec pugnat quod Cuiacius hoc loco ſcribit in interpretatione, *lege ſi ea 13. Codice, ad leg. Falcid.* Fideicommiſſariam, quæ in illa ſpecie acceperat ex fideicommiſſo quinquaginta, & rogata fuerat ſeruos ſuos manumittere damnum ſacturum agnito fideicommiſſo ſi ſerui illi ſexaginta aureis digni pronunciarentur tanquam, quæ non niſi quinquaginta acceptis omnimodo tamen eos manumittere cogeretur. Nam in ſpecie illius legis ita eſt, qui non de alienis. ſed de propriis ſeruis manumittendis rogata fuerat fideicommiſſaria: qui proinde licèt pluris reuera eſſent, non fuerant tamen pluris ab ea æſtimati. Quanquam ex verbis legis apparet fuiſſe ſeruos longè minoris non pluris. Alioqui nihil eſſet reliquum, quod poſſet fideicommiſſaria petere deducto pretio ſeruorum, ſi plus eſſet in ſeruorum pretio quàm in fideicommiſſo.

a *Non cogendum præſtare libertatem.* Quid ergo ſi eam præſtiterit? Nullus vtique erit locus reſtitutioni aduerſus libertatem, *leg. ſi ex cauſa 9. §. fin. & ll. ſeqq. ſ. pra. & tot. titulo, Codice, ſi aduer. liberi.* Neque tamen eò magis agere poterit minor contra hæredem ad iuſtum pretium conſequendum, vt vult Accurſius: quia nihil ab hærede præſtari teſtator voluit præter legatum. Erit igitur damnum minoris, cùm per rem ipſam ſtet, non per prætorem quominus poſſit reſtitui. Niſi proponeres dolum vel hæredis, vel manumiſſorum interueniſſe: quo caſu vel de dolo, vel vtilis, & in factum actio minori danda eſſet, vt in *l. verum 11. ſupr. eod.*

b *Vt quemadmodum maioribus.* Totum ergo priuilegium minoris in eo eſt, vt etiam poſt agnitum legatum ſit pœnitentiæ locus, vt poſſit abiicere legatum. quod à maiore agnitum repudiari nunquam poſſet. Quod tamen Accurſius in hanc rem affert ex *l. tutor decreens 26. in fin. de liber. legat. alienum eſt.* Non enim ætatis beneficio, ſed ex mera iuris ratione fit in ea ſpecie, vt adulto liceat, quod ex cauſa fideicommiſſi perceperit reddere: quemadmodum in eius loci interpretatione ſcripſimus contra Tribon. *lib. 18. comment. cap.*

34. Pavlvs libro 1. Sententiarum.

SI minor vigintiquinque annis filiofamil minori pecuniam credidit, melior eſt cauſa conſumentis: niſi locupletior c ex hoc inueniatur litis conteſtatæ tempore is qui accepit.

Ad leg. Si minor. 34.

Ratio dubitandi. Priuilegiatus non vtitur priuilegio contra æquè priuilegiatum, *lege verum 11. §. penultim. ſuprà, hoc titulo, vbi dixi.* Atqui in hac ſpecie vterque priuilegiatus eſt, quia vterque minor. Ergo neutri danda reſtitutio eſt: nec proinde melior erit cauſa eius qui accepit, & conſumpſit. Nam ſi neutri reſtitutio detur illud neceſſariò relinquitur, vt ex iure communi actionem habeat, is qui mutuam pecuniam credidit, ſoluere verò teneatur is qui accepit, quantumvis conſumpſerit. In quo videtur erraſſe Cuiacius ad *dict. §. penult.* Vbi ſcribit nihil poſſe prætorem hic melius facere: ne dum vni minori fauere vult iniurius ſit in alterum. Ita enim oporteret prætorem non modò intactam rem relinquere quod ad reſtitutionem neutri dandam: ſed etiam minori qui crediderit actionem denegare. Quod vtique facere nullo colore poteſt, niſi data reſtitutione minori qui pecuniam accepit & conſumpſit, vt in *leg. patri 27. §. ſi pecuniam, ſuprà.* Fatendum igitur eſt in hac ſpecie non intactam rem relinqui à prætore, ſed ei qui pecuniam conſumpſit ſubueniri.

Ratio decidendi. Minor qui pecuniam accepit, & conſumpſit fauorabilior eſt, eo qui pecuniam credidit: non ſolùm ſi præterea filiusfamilias ſit, vt in hac *leg.* Quo caſu duplicem fauorem habet, ætatis ſcilicet, & ſenatuſconſulti. ſed etiam ſi ſolo ætatis priuilegio vtatur: & quia magis imputari poteſt ei qui pecuniam credidit cur crediderit, quàm ei qui accepit cur acceperit: & quia in pari etiam cauſa melior eſt conditio rei quam actoris, *leg. fauorabiliores 125. de reg. iur.* In propoſita tamen huius legis ſpecie, in qua non ſolùm minor, ſed etiam filiusfamilias eſt. qui pecuniam accepit, poteſt Cuiacij ſententia procedere. vt neutri detur reſtitutio à prætore, quia non indiget reſtitutione filiusfamilias cùm iure communi ſit ſecurus, & ope Macedoniani: cuius tamen minor haberetur ratio, quam ætatis data ſcilicet per prætorem reſtitutione minori qui pecuniam filiofamilias credidiſſet, ſi non etiam minor filiusfamil. proponeretur.

c *Niſi locupletior.* Ratio dubitandi. Solet plerumque inſpici tempus rei iudicatæ, cùm quæritur an locupletior quis factus ſit, vt in *l. ſi a domino 36. §. quo tempore, infr. de petit. hered.*

Ratio decidendi. Petenda eſt ex iis, quæ dixi ad dict. *lege verum 11. §. penult. ſuprà, hoc tit. & ad l. litis conteſtata 37. ſup. de neg. geſt.*

1 ¶ Minores, ſi in iudicem compromiſerunt, & tutore auctore ſtipulati ſunt, integri reſtitutionem aduerſus talem obligationem iure deſiderant.

Ad §. 1. Minores.

Ratio dubitandi. Cùm plures minores in iudicem aliquem compromiſerint, & pœnam inuicem tutore vel curatore auctore ſtipulati ſunt: non magis vnus quàm alius læſus videri poteſt. Ergo non poſſunt in integrum reſtitutionem aduerſus talem obligationem iure deſiderare, cùm non aliter poſſit minor reſtitui quàm ſi probet ſe læſum, *leg. nam poſteaquam §. ſi minor. de iureiurand.* Læſio autem nulla eſſe poſſit in iis quæ pendent in incerto euentu, præſertim antequam euentus fuerit ſecutus, *leg. de fideicommiſſo* 11. *C. de tranſ. l. ſi pater puellæ* 12. *C. de i. offic. teſtam.*

Ratio decidendi. Vterque ab initio læſus intelligitur cùm futurum ſit, vt arbitri ſententiæ ſtandum ſit, ſiue æqua ſit, ſiue iniqua, ſcilicet metu pœnæ: ſibique debeat imputare qui compromiſit, *lege diem proferre* 27. *§. ſtari de recep. qui arbitr.* Adeò vt nec appellari arbitrio poſſit, *leg. 1. Codice, de arbitrar.* Nec iurius agi de euictione, ſi forte per arbitri ſententiam res euincatur, cuius nomine poterat auctor laudari, & indemnitas haberi, ſi per iudicem euicta res fuiſſet, *leg. ſi dictum* 56. *§. 1. de euictione.* Quomodo hic bene ratiocinatur Accurſius, & longè melius quàm Cuiacius, qui putat non reſtitui hoc caſu minorem aduerſus minorem, ſed ambos quodammodo aduerſus arbitrium ne ſententiam dicat, & ne pœna ex vlla parte committatur. Quo enim iure aut colore reſtitutio peteretur aduerſus arbitrium, cuius nihil poteſt intereſſe an ſententia feratur, necne, & an hic aut ille minor condemnetur. Denique læſus intelligitur minor, quoties id fecit ex quo poteſt lædi, licèt nondum lædatur, quia debuit proſpicere quod potuit euenire, *d. ita leg. verum, §. ſi locupletes, ſupra, leg. ſi quis de-minum* 9. *§. 1. verſ. idem quærit. infrà locat.* Id enim alius quilibet maior, & prudentior proſpexiſſet, argument. *leg. minor ſe in id* 48. *§. 1. infrà, hoc titulo.* Sed & ſi facto per minorem compromiſſo, nec impetrata ante ſententiam dictam reſtitutione poſtmodum ſententia contra minorem dicta ſit, æquè prætor eum reſtituit, ne in ipſum vlla pœnæ petitio dari poſſit, *leg. 3. in princip. infr. de recept.* Quidni ergo petentibus indulgeat reſtitutionem, vt ab initio impediat, ne qua contra minorem feratur ſententia, quæ perinde ſine effectu foret? At neque illud probo, quod vult Cuiacius locum hunc intelligendum de eo caſu quo plures minores ſimul, & inuicem compromiſerint de lite, quam mutuo exercebant. Etſi enim de minoribus pluraliter Paulus loquitur, generalis tamen ſententia eſt, pertinens ad minorem quemlibet compromittentem, ſiue cum maiore compromittat, ſiue cum minore, quod & oſtendunt verba illa, *tutore auctore.* Nam dè tutoribus quoque in plurali numero loquendum fuerat ſi de pluribus minoribus de eadem lite compromittentibus Paulus ſenſiſſet. Quanquam mihi valde ſuſpecta eſt, tota hæc clauſula, *licèt tutore auctore ſtipulati ſunt.* De curatore enim tractandum erat, non de tutore cùm de minoribus non de pupillis ageretur. Sed & ea clauſula ſi retineatur innuet, idem multò magis dicendum eſſe ſi minor pœnam promiſerit ſine tutoris auctoritate: quod tamen falſum eſt, quia cùm eo caſu compromiſſum ipſo iure non teneat, nulla opus eſt reſtitutione, *leg. ſi pupillus* 35. *infra de receptiſ.* Ex quo loco haud dubiè motus fuit imperitus interpres, vt clauſulam iſtam interſereret. Cuius inſcitiam illud quoque detegit, quod dixit minorem ſtipulatum eſſe pro eo quod dicere voluit minorem promiſiſſe: quomodo vix eſt, vt prudentes noſtri loquantur. Etſi enim ſtipulatio conſtat ex interrogatione, & reſponſione, ſtipulator tamen dicitur ille qui interrogat, non qui promittit. Maximè cùm de compromiſſo agitur, quod à promiſſione, non ab interrogatione nomen ſumpſit. Coniecturam meam iuuat, quod in aliis codicibus pro *licet* legitur *&* hoc modo, *& tutore auctore ſtipulati ſunt*, quæ formula propiùs accedit ad gloſſema interpretis ſupplentis ex *dict. leg. ſi pupillus*, quod huic loco deeſſe putabat. Nec enim de reſtitutione tractari poſſet facto per pupillum compromiſſo, ſine tutoris auctoritate quandoquidem, vt diximus ipſo iure non valeret. Sed animaduertere debuit non de pupillo hîc tractari, ſed de minore, qui neque tutorem habere poteſt, neque curatoris auctoritate indiget, vt ex ſua promiſſione obligetur, ne tum quidem cùm habet curatorem, *leg. pubires* 101. *de verb. oblig.* Vt proinde ſemper egeat reſtitutione. Iunge quæ dicam ad *dict. leg. 3. de recept.*

35. HERMOGENIANVS lib. 1. Iuris Epitomarum.

SI in emptionem penes ſe collocatam minor adiectione ab alio ſuperetur: implorans in integrum reſtitutionem audietur, ſi eius intereſſe, emptam ab eo rem fuiſſe, approbetur: veluti quòd maiorum eius fuiſſet: ita tamen, vt id [a], quod licitatione acceſſit, ipſe offerat venditori.

Ad leg. Si in emptionem. 35.

Ratio dubitandi. Non decipitur minor qui iure communi vtitur, *lege vltim. Codice, de in integrum reſtit. min. leg. inter* 51. *§. penultima. de fideiuſſ.* Atqui iure communi vtitur minor, qui vincitur per licitationem alio maius pretium offerente, dummodo intra diem in quem facta fuerat addictio ſecuta ſit adiectio. Adeò, vt quamuis ex pluribus emptoribus ille ſoleat præferri, cui priori res tradita eſt, præferatur tamen in hoc caſu poſterior, qui plus obtulit, licet prior tantundem offerre velit, *leg. licèt autem* 7. *de in diem addict.* Ergo nulla cauſa eſt, cur audiendus ſit implorans in integrum reſtitutionem aduerſus eum, à quo fuit licitatione ſuperatus: præſertim ſi non ponas, quod neque hæc lex ponit, pluris eſſe rem quæ addicta fuit, quam quanti æſtimata fuerit poſtrema licitatione. Quid enim eo caſu poteſt videri intereſſe minoris: niſi fortè ratione affectionis, quod intereſſe non eſt probabile, cùm neque ex affectione neque ex vtilitate ſingulorum, ſed ex communi opinione res æſtimentur, *l. ſi ſeruum* 33. *ad l. Aquil. l. pretia rer.* 63. *ad leg. falcid.*

Ratio decidendi. Tantus eſt fauor minorum, vt iis ſuccurrat prætor, non tantùm in damno quod paſſi ſunt, ſed etiam in lucro quod amiſerunt, & rurſum quod magis eſt, quoties eorum intereſt ratione etiam ſolius affectionis, dummodo probabilis ſit affectio qualis illa eſſe creditur, ſi res de qua agitur maiorum eius fuerit. Maximè verò ſi domus paterna in qua deſecit pater minor creuit, aut in qua maiorum imagines aut non videre fixas aut reuulſas videre lugubre eſt, *leg. lex qua tutor.* 22. *Codice, de adminiſtrat. tutor.* Neque verò nouum eſt, vt affectionis quoque ratio interdum habeatur, *lege cum ſeruum* 54. *mandat. leg. libertus* 36. *de bon. libert. l. ſi cui fundus* 54. *de leg.* 2. Quamvis vt plurimùm ſiant in damno accipi debeat pecuniario, *leg. 1. §. ſed ſi vero verſ. & aliàs videamus ſi quid in fraud. patr.* Quæ alia eſſe poterat ratio dubitandi ad hunc locum.

a *Ita tamen vt id.* Ratio dubitandi. Reſtitutio quæ conceditur minori nihil aliud ei præſtare poteſt, niſi vt

in ea

in ea conditione, ſit in qua eſſet, ſi læſus non fuiſſet. Nullum enim ei lucrum afferre debet, ſed tantùm ab eo damnum arcere, *leg. vnic. Codic. de reput. quæ fi. in iudic. in integr. reſtit.* Atqui eo tempore quo minor paſſus eſt, ſe vinci alterius licitatione non poterat ipſe vincere, niſi plus offerendo non magis quàm ſi maior fuiſſet. Nullum enim hac in re priuilegium eſt minoris, *dicta leg. licet cum ſequent. de in di. addict.* Ergo ſi quando reſtituatur non in id reſtitui debet, vt omnimodo rem habeat, offerens dumtaxat venditori, id quod ex licitatione acceſſit, ſed vt poſſit rurſum licitari, & licitando vel vincere vel vinci. Alioqui plus iuris habebit poſt reſtitutionem, quam habuerit ante læſionem, quod abſurdum eſt, *lege ſed etſi 26. §. quotiens, & ſequent. infrà ex quibus cauſ. maior.* Adde quòd his verbis ſignificatur reſtitutionem in integrum hac in ſpecie contra venditorem dari, quod abſurdum eſt, cùm venditor neque rem amplius habeat, neque poſſit eam vendere quàm vendidit iam alteri, & purè addixit, ſed ſi qua minoris reſtitutio conceditur ea facienda eſt contra emptorem, quo inuito, vel ignorante ius per licitationem, quod ſemel quæſitum auferri ei nunquam poteſt, *leg. ſi ego 9. §. ſi res de iur. dot.*

Ratio decidendi. Non ita hic locus accipiendus eſt, vt minor per in integrum reſtitutionem offerendo tantundem venditori præferatur poſteriori licitatori, quomodo Cuiacius intelligit (ita enim fieret, vt poſterior licitator quaſi minoris procurator fuiſſe videretur, qui tamen ſibi negotium geſſiſſet non minori,) ſed ita vt reſtituatur minor contra venditorem ſolum. Neque enim illi res eſt cum poſteriore licitatore, qui per maiorem licitationem, neque emptor dominúſve factus eſt, neque aliud quidquam iuris in ea ſibi quæſiit, adeóque nec in perſonam ipſam venditoris, qui cùm in diem addixit, poteſt quidem meliore allata conditione poſteriori rem addicere ſi velit, ſed non cogitur, *dict. leg. licèt.* Allata enim melior conditio venditori prodeſt, vt rem ſuam, & venditam, & traditam poſſit auocare ab emptore propoſita in eam rem actione ex contractu non vindicatione, vt de venditione facta ſub lege commiſſoria ſcriptum eſt, in *dict. ea lege 3. Codice, de pact. int. empt.* Non etiam nocet, vt rem ſuam alteri vendere cogatur, cui quo nunquam contraxit. Et ob id nimirum non cogitur minor plus offerre: ſed tantundem: quoniam ita aſſequitur, vt non melior conditio ab alio allata dici poſſit & vt nihil videatur intereſſe venditoris, cui ſatis eſt meliorem conditionem, quæ allata fuit non perire Ideo autem minori ſuccurrendum eſt, quòd cùm per addictionem factus eſſet iam dominus & poſſeſſor, (quod ſignificant verba illa huius leg. *penes ſe collocatam.*) Non poteſt negari quin damnum faciat ſi eam rem amittat. Amittit autem cùm patitur meliorem conditionem ab alio afferri, quia hoc ipſo res fit inempta, non vt dominium ipſo iure diſcedat à minore, (retrotraditio enim neceſſaria eſt, vt contractus diſſoluatur eo modo quo contractus, *leg. ab emptione 58. ſupra de pact. & dict. leg. 3. Codice, de pact. int. emptor.*) Sed vt dominium ab eo diſcedat per eam retrotraditionem, quam actione ex vendito facere cogitur, *leg. 1. in fin. de in diem addict.* Proinde aliud eſſet, ſi poneres nulla præcedente addictione inceptum fuiſſe à licitatione, vt vulgò fit in publicis auctionibus minorémque ab alio plus offerente ſuperatum eſſe. Non enim putarem audiendum eum, ſiue vellet præferri poſteriori licitatori tantundem offerendo, qui caſus nullam apud me dubitationem habet: ſiue vellet admitti ad nouam licitationem, quamvis ageretur de domo, quæ maternum eius fuiſſet. Quia minor qui licitatione vincitur in auctione rei nondum venditæ, & quam ipſe non habet nihil amittit, ac ne quidem occaſionem lucri, cùm emptionis titulus onerosus ſit, non lucratiuus Alioqui non facilè reperietur, qui velit accedere ad licitationem, ſi quis minor interueniat, qui & ipſe licitari velit, arg. *leg. 7. quæſitum, ſuprà.* Nec vnum eſt, vt magis faueatur ei qui poſſidet, vt eam rem, cuius dominium, & poſſeſſionem habet ſibi retinere poſſit, argument. *leg. 1. infra, de pignor. leg. per diuerſas 21. in illis verbis, pro rerum apud ſe conſtitutarum munimine ac tuitione accepit. Codic. mandat.* Verum tamen eſt minorem hunc videri rem habere non ex prima emptione: ſed ex ſecunda, *leg. item quòd 6. §. 1. de in diem addict.* Cùm non poſſit eadem manere emptio mutato pretio, ex quo emptionis ſubſtantia conſiſtit, *leg. pacta conuenta 72. verſ. Paulus notat de contrahend. empt.*

36. PAVLVS lib. 5. Sententiarum.

MInor viginriquinque annis omiſſam allegationem per in integrum reſtitutionis auxilium repetere poteſt.

Ad leg. Minor. 36.

Ratio dubit. Minor qui in prima inſtantia omiſit aliquam allegationem, poteſt iure communi, & via ordinaria eam proponere in cauſa appellationis: in qua ſolent pragmatici noſtri dicere. *Non deducta deducam, & non probata probabo, leg. per hanc 4. Cod. de temp. & repar. appel.* Atqui vbicunque competit auxilium ordinarium, non eſt dandum extraordinarium reſtitutionis, *l. in cauſa 16. in pr. ſupr. eod.* Ergo non eſt reſtituendus minor aduerſus omiſſam allegationem.

Ratio decidendi. Quod maioribus præſtat appellatio id minoribus præſtare debet in integrum reſtitutio, *lege præſes 42. infrà, eodem leg. vltima, ſuprà, de in integrum reſtitution.* Intereſt enim minorum reſtitui potiùs quàm appellare, qui plenius & fauorabilius eſt beneficium reſtitutionis quàm appellationis: ſiue quòd fauorem ætatis annexum habeat: ſiue quòd minor qui reſtituitur, non tam de iudice quàm de aduerſario, vel de ſeipſo conqueratur, *leg. præfectis 17. iunct. lege ſequent. §. 1. ſuprà hoc titulo.* Ergo reſtituendus eſt minor aduerſus omiſſam allegationem, ſicut & aduerſus omiſſam exceptionem, ſiue dilatoria illa ſit, ſiue peremptoria: quamvis differat exceptio ab allegatione, vt & hic notat Cuiacius.

37. TRYPHONIVS lib. 3. Diſputationum.

AVxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum [a] paratum non eſt, ideóque iniuriarum iudicium omiſſum peti non poteſt.

¶ Sed & in ſexaginta diebus præteritis [b] in quibus iure mariti ſine calumnia vir accuſare mulierem adulterij poteſt, denegatur ei in integrum reſtitutio, quod ius omiſſum ſi nunc repetere vult, quid aliud, quàm delicti veniam, id eſt, calumniæ, deprecatur? & cùm neque in delictis, neque in calumniatoribus prætorem ſuccurrere oportere certi iuris ſit, ceſſabit in integrum reſtitutio. [c]

¶ In delictis autem minor annis viginriquinque non meretur in integrum reſtitutionem,

vtique

vtique atrocioribus [d]: niſi quatenus interdum e miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit.

¶ Sed vt ad legis Iuliæ de adulteriis coërcendis præcepta veniamus. Vtique nulla deprecatio adulterij pœnæ eſt [f], ſi ſe minor annis adulterum fateatur [g].

¶ Dixi, nec ſi quod [h] eorum commiſerit, quæ pro adulterio eadem lex punit: veluti ſi adulterij damnatam ſciens vxorem duxerit, aut adulterio deprehenſam vxorem non dimiſerit, quæſtúmve de adulterio vxoris fecerit, pretiúmve pro comperto ſtupro acceperit, aut domum præbuerit ad ſtuprum, adulteriúmve in eam committendum, & non ſit ætatis excuſatio aduerſus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat, contra eas committit.

Ad leg. Auxilium. 37.

Ratio dubitandi. Minoribus ſuccurritur etiam in lucro merè aduentitio, *lege ait prætor. 7. §. hodie, ſuprà, eo.* Ergo multò magis in pœna quam remiſerit, ſiue expreſſè, ſiue tacitè: putà ſi actionem iniuriarum intra annum executus non ſit. Siquidem pœna illa non merum lucrum eſt, ſed vindicta, cuius proinde iactura damnoſior videri debet minori, quàm iactura meri lucri præſertim cùm ad fauorem minoris accedat etiam fauor publicus. Siquidem publicè intereſt pœnas ob maleficia ſolui, & omnia malè admiſſa vindicari, *leg. ita vulneratus 51. §. 1. ad leg. Aquil. l. locatio 9. §. quod illicitè de public. & vectig. leg. l. ſi a reo 70. §. fide ſideiuſſ.*

Ratio decidendi. Non conuenit prætori, vt nec alij viri viro bono credere quidquam intereſſe minoris ſi ipſius ſæuienti animo non ſatisfiat: cùm pœnæ non irrogata indignatio ſolam duritiem contineat, nec ad rem familiarem minoris, ſed magis ad atrociorem pertineat, *leg. 6. in fine. de ſepulchr. violat.* E contrario autem intererſit, cuiuſque hominis beneficio affici hominem, *leg. ſi venditor 6. §. 1. cum leg. ſequent. de ſeru. export.* Minor autem cuius nihil intereſt, nunquam eſt audiendus. Et generale eſt in toto iure noſtro, vt cuius non intereſt ex honeſta cauſa, eius nec intereſſe quidquam videatur, *leg. 3. §. ſi mecum, infrà ad exhib. leg. is cuius intereſt 11. & leg. ſequent. infrà de furt.* Nec ſanè quidquam dignius eſt bono viro, ne dicam Chriſtiano, quàm iniuriarum memoriam ex animo delere: nihil contra indignius quàm deletam, & obliteratam ad animum reuocare. Quod cùm ita ſit non poſſunt probare, quod vult Cuiacius, ſi minor pacto amiſerit actionem iniuriarum, eſſe illum reſtituendum, maximè ſi tempore largiantur, quòd lex de omiſſa tantùm actione loquatur non de amiſſa. Nam præter id quod imò verò huius legis ſententia generalis eſt, quæ habet Auxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum paratum non eſſe. Illud etiam conſtat multo maiorem eſſe rationem denegandæ reſtitutionis minori, qui expreſſè actionem iniuriarum repudiauit, quàm ei qui tacitè duntaxat, quod fit cum intra annum quis non experitur, *leg. ſi non conuicij 5. Codice, de iniur.* Non enim poteſt maior eſſe vis taciti quàm expreſſi, licèt interdum par eſſe poſſit, vt notant noſtri, *ad leg. 3. de rebus credit.* Et verò ſi huius legis ratio non alia eſt, quàm quæ affertur à Cuiacio, quod qui tempore ſemel excluſi adhuc vindictam expetunt rem odio dignam graui, temere, improbè calumniosè facere videantur, *l. 1. §. accuſat. infr. ad Turpill.* An non improbiùs facit qui aduerſus propriam conuentionem reſtitui vult, quam qui aduerſus ſolam negligentiam? Facit, *l. 1. C. de in integ. reſtit. minor.*

a *Executionibus pœnarum.* Aliud ergo eſt ſi minor non executionem, ſed relaxationem pœnæ poſtulet, fortè quod accuſationem deſeruerit, *dict. leg. 1. §. accuſationem verſ. merito itaque ad S.C. Turpill.* Et ita Accurſius, ſed parum accommodatè. Non ob eam tantùm rationem, quam contra ipſum affert Cuiacius, ſed ob id etiam quod in ſpecie, *dict. §. accuſationem*, nulla minori opus eſt reſtitutione, cùm ipſo iure ſit exceptus ne incidat in Turpillianum, vt & in *leg. 2. Codice, ſi aduerſ. delict. leg. 2. Codice, in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integrum reſtit.* vt & quod ſcriptum eſt in *leg. 1. ad leg. Iuliam ambit.* Non de reſtitutione prætoria intelligi poteſt, ſed ad eam pertinet, quæ lege ipſa Iulia pro præmio datur, vt benè hîc Cuiacius. Quid verò ſi pœna fuerit conuentionalis? An minor ſi eam remiſerit reſtituetur? Ita putat Accurſius. Et verò meo iudicio, quia ad rem familiarem illa pertinet non ad meram vltionem. Cùm vt plurimùm promittatur in vicem eius quod intereſt, *leg. vltim. de prætor. ſtipul. leg. prædia 28. leg. Lucius 47. de action. empt. leg. duo ſocietatem 71. pro ſocio. leg. ſcriptum 10. §. ſi pacto, ſuprà de pact.* Licèt verum ſit cùm pœna promiſſa eſt, non eſſe quærendum an, aut quanti interſit ſtipulatoris, *leg. ſtipul. iſta 38. §. alteri de verborum obligat.* Denique quoties pœna meram vindictam & vltionem non continet dicendum eſt minorem reſtitui poſſe, arg. *l. ait prætor 7. in princ. & §. hodie ſup. eod.*

b *Sed & ſexaginta diebus præteritis.* Ratio dubitandi. Qui iure mariti accuſat, calumniæ periculum non euitat, *l. is cuius 14. §. vltim. infr. ad leg. Iuliam de adult.* Ergo non eſt bona ratio propter quam ſexaginta diebus præteritis deneganda ſit reſtitutio marito ne iure mariti accuſare poſſit, quòd is qui poſt legitimum tempus deſiderat, vt ſibi liceat accuſare iure mariti hoc vnum videatur deſiderare, vt ſibi liceat impunè calumniari.

Ratio decidendi. Priuilegium mariti eſt cùm accuſat iure mariti vt poſſit vxorem etiam ex ſuſpicione ream adulterij facere, quod extranei facere non poſſunt ſine periculo calumniæ, *l. quamuis 39. Cod. ad legem Iuliam de adulter.* Nec aliter calumniam metuere debet maritus quàm euidenter calumniator ſit, quomodo accipienda eſt, *dict. l. is cuius. §. vltim.* cùm nec in iis qui ex officij neceſſitate accuſare coguntur, putà in tutoribus aut curatoribus, euidens calumnia maneat impunita, *l. 2. in fin. Cod. qui accuſ. non poſſ.* Verum igitur eſt quod ait Tryphonius, eum qui vult reſtitui vt iure mariti accuſare poſſit, hoc ipſo videri delicti, id eſt, calumniæ veniam deprecari. Vt miror Cuiacium hic ſcribere eam Tryphonini mentem non fuiſſe, quæ tamen expreſſa eſt tam apertis verbis vt non potuerit apertioribus. Nec quod eadem ratio aptari non poſſit omiſſæ iniuriarum actioni, vt ille obiicit ad rem facit. Nihil enim vetat vno caſu duplicem ſubeſſe rationem denegandæ reſtitutionis, in alio verò ſimplicem.

c *Ceſſabit in integrum reſtitutio.* Ratio dubitandi. Præſcriptionis tempus ipſo iure non currit minori, *l. vltim. Codic. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtitut.* Ergo fruſtrà quæritur an minor reſtituendus ſit nécne.

Ratio decidendi. Conſtitutio illa Iuſtiniani nouum ius facit, proinde non poteſt ex ea peti ratio dubitandi & decidendi ad legem Pandectarum. Et tamen apertè loquitur Iuſtinianus de præſcriptionibus iudiciorum ciuilium non criminalium, aut eorum quæ vindictam perinde ſpectant ac criminalia, vt hic monet Cuiacius. Ergo addo Iuſtiniani conſtitutionem non ad alios caſus pertinere, quàm in quibus antè dabatur minori reſtitutio contra lapſum temporis, vt verba conſtitutionis probant. Atqui non dabatur in hac ſpecie olim reſtitutio minori, vt hæc lex ait. Ergo ad hanc ſpeciem

conſtitutio

conſtitutio illa non pertinet. Et ſanè vix quiſquam adhuc eam conſtitutionem benè percepiſſe videtur. Diſtinguendum enim eſt, an agatur de temporali exceptione, quæ ſit inducta ex iuriſdictione prætoris, an de illa quæ ſit ex iure vetere, aut ex Senatuſconſultis aut ex conſtitutionibus Imperatorum, de quibus in *leg. quart. Codice, de præſcription. triginta vel quadraginta annorum.* In iis quæ ſunt prioris generis nihil Iuſtinianus innouauit: quia iam olim ita iua erat, vt earum tempora non currerent minoribus, ſicuti nec aliis qui ex aliqua parte edicti peti, aut impetrare reſtitutionem, *leg. 2. 3. & 6. Cod. quibus non obij. long. temp. præſcript.* Quibus locis agitur de præſcriptione longi temporis, quam ſola prætoris æquitas inducit in prouinciis ad exemplum vſucapionis quam ius ciuile induxerat, Romæ & in ſolo Italico. Et ratio huius rei eſt, quia ſecum pugnaret prætor, ſi tempora quæ ipſe præſcribit pateretur currere aduerſus eos quibus idem ille reſtitutionem pollicetur. Quod diuerſum eſt, in temporibus vſucapionis, quæ eſt ex iure ciuili *tot. titulo, Codice, ſi aduerſ. vſucapion.* In iis verò exceptionibus, quæ a iure ciuili deſcendunt rurſus ſubdiſtinguendum eſt. Aliæ enim ſunt quarum tempora ipſo iure currunt: ſed ita tamen, vt minor reſtituatur: cuiuſmodi fuit olim exceptio non numeratæ pecuniæ, inducta nimirum ex conſtitutionibus principalibus, de quibus apud Iuſtin. in *tit. de liter. oblig.* Et ad has ſolas Iuſtiniani conſtitutio pertinet ne ſit hodie neceſſaria minori reſtitutio, quæ olim erat. Nec enim prætor facere poterat, vt tempus non curreret quod non ipſe, ſed ius ciuile præſtituiſſet. Aliæ verò erant, quæ currebant ipſo iure minoribus, & quidem ita vt nihilo magis reſtitui minor poſſet ratione aliqua peculiari reſtitutionis æquitatem remorante, vt in ſpecie huius legis, Si minor qui vxorem iure mariti de adulterio accuſare potuit intra ſexaginta dies omiſerit accuſationem. Nec enim magnum damnum ſentire videtur ex eo quòd reſtitutio ipſi denegetur cùm excluſus à iure accuſandi iure mariti ſaluum habeat ius accuſandi iure extranei: tantundem hoc caſu conſecuturus, nec calumniæ pœnam ſubiturus ſi accuſationi confidat, vt ſcriptum eſt, in *lege, iure mariti 6. Codice, ad leg. Iulian. de adulter.* Item cùm pupillo, vel minori ſtatus defuncti quæſtionem poſt quinquennium mouere volenti præſcriptio quinquennij obiicitur: quoniam ea res publicam tutelam mereri viſa eſt præferendam vtilitati minorum, vt Papinianus ait in *leg. non eſſe 2. § 1. infrà ne de ſtat. defunct. l. ſi mater. Codice, eodem.* Aliæ denique ſunt, quæ non currunt minori, non quòd ſint odioſiores cæteris, ſed è contrario quia ſunt fauorabiliores, & tales quarum tempora ſi currerent contra minorem reſtitui poſtea non poſſet. Eiuſmodi eſt fuitque iam olim præſcriptio quinquennij aduerſus quærelam inofficioſi teſtamenti, *leg. 2. Codice, in quibus cauſ. non eſt neceſſar. in integrum reſtitut.* Quia cum quærela inofficioſi proximè accedat ad actionem iniuriarum, *lege 1. § ſed ſi puta, infrà, ſi quid in fraud. patron. leg. Papinianus 8. in princip. de inoff. teſt. leg. cum mota 6. Codice, de tranſact.* Non magis poteſt repeti, vbi ſemel omiſſa vel amiſſa eſt, quàm actio iniuriarum. Nec minùs fauorabilis exceptio eſt, quæ ideò perinde datur, vt vindictam impediat, & vltionem. Sed tamen quia præter vindictam competit etiam quærela ad hoc, vt reſciſſo teſtamento poſſit filius ab inteſtato ſuccedere cui patris hæreditas, & iure naturæ, & communi omnium parentum voto debebatur, nec aliud vllum habet auxilium cuius beneficio poſſit ſuccedere, cùm & teſtamentum cauſam inteſtati excludat, & exheredatio bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *leg. non putauit 8. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Rectiſſimè placuit quinquennium illud non currere minori quem illæſum ſeruare iuſtum erat, neque tamen ſeruare reſtitutio poterat, *dict. leg. ſecund.* Qui etiam ſenſus eſt, necdum quoque bene perceptus, *leg. 1. Codice, de in integrum reſtit. minor.* Vbi Imp. Alexander poſtquam reſcripſit illud inſpiciendum nom inofficioſi quærelæ, vel palàm, vel tacita diſſimulatione fuerit renunciatum, vt intelligamus ſiue hoc ſiue illo modo renunciatum eſſet nullum reſtitutioni locum ſuperſore ſubiungit, *nec hoc autem in tuam perſonam cadere poſſe auxilium quod ætati impertitur oſtendit.* Quæ verba ita explicanda ſunt ac ſi ſcriptum eſſet pluribus verbis, & apertioribus. *Nec hoc autem poſterius quod diximus inſpiciendum eſſe an tacita diſſimulatione renunciatum ſit querelæ in perſonam tuam cadere poſſe. Ex eo potes intelligere quod eam ætatem agis cui per reſtitutionem ſubueniri ſolet.* Quaſi dicat Imp. poſſe quidem minorem renunciare quærelæ palam, & aperta teſtamenti approbatione, ſed non æquè tacita diſſimulatione, quæ ſcil. non inducitur niſi ex eo, quod quis paſſus ſit labi tempora: quæ porro non poſſunt labi minori cui nec currunt. Et ita totam quæſtionem hanc quæ ſupradictis ferè ſolis legibus continetur explicandam eſſe arbitror. Ac memini cùm ſuperiore anno eſſem Luteſiæ Pariſiorum in Academia Clericana in qua aſſidebant, vt ſolent frequentiſſimi, & lectiſſimi non modò adoleſcentes, ſed etiam ſenatores eruditionis ſama celebriores, & de hac re quæſtio incidiſſet probatam diſtinctionem noſtram tantis viris, nec inſubtilem viſam fuiſſe.

d *Vtique atrocioribus.* Ratio dubitandi. Quoties minor dolum admiſit reſtitutionem impetrare non poteſt, *lege ſi ex cauſa 9. § nunc videndum ſuprà, leg. 2. Codice, ſi minor ſe maiorem dixerit.* Atqui delictum nullum eſt ſine dolo, vt diximus ad *dict. § nunc videndum.* Ergo generaliter dicendum eſt, in criminibus ætatis ſuffragio minores non adiuuari, vt ſcriptum eſt in *leg. 1. C. ſi aduerſ. delict.* Non adhibita illa diſtinctione quam adhibet Accurſius an delicta ſint atrocia, atrociora an atrociſſima.

Ratio decidendi. Regula quidem generalis eſt, in delictis non ſubueniri minori, ſed tamen poteſt tale incidere delictum & tam leue, vt non ſit dubitaturus prætor qui reſtituere debeat minorem denegata ſcilicet aduerſus eum actione, quam vtique daturus eſſet contra maiorem. Purà ſi minor furtum fecerit permodicæ quantitatis, quæ diſtinctio non cadit in crimina atrocia: quæ procul dubio Tryphoninus hîc intelligit appellatione *atrociorum.* Grauiſſima enim ſunt omnia, quæ habent qualemcunque atrocitatem facinoris in quibus, ideò nec admittitur excuſatio ſi filius fortè cauſetur ea ſe admiſiſſe iuſſu patris aut ſeruus iuſſu domini, *l. qui in puteum 11. § an agnoſcitur, quod vi aut clàm.*

e *Niſi quatenus interdum.* Ratio dubit. Pœna delicti reſpondere delicto debet, & ibi eſſe vbi delictum eſt, *leg. ſancimus 22. C. de pœnis.* Atqui minor nullomodo reſtituitur aduerſus delictum, vt proximè diximus. Ergo neque aduerſus delicti pœnam vlla ex parte reſtitui debet præſertim cùm pœnæ ſint generaliter aduerſus delinquentes omnes conſtitutæ ſine vlla maiorum, & minorum diſtinctione, *l. iura 8. de legibus.*

Ratio decidendi. Non datur hoc caſu reſtitutio, aduerſus pœnam delicti non magis quàm aduerſus delictum: ſed prodeſt tamen interdum miſeratio ætatis ad permouendum iudicem, vt mitiorem pœnam infligat, *lege ferè in omnibus 108. de regulis iuris.* Quòd intellige de iis delictis quibus pœna nulla certa, & legitima conſtituta eſt, vt in ſpecie, *leg. 2. infrà de term. mot.* Et in extraordinariis omnibus criminibus, itémque in iis, quæ plurimùm ex arbitrio iudicis pendent quantum ad facti quæſtionem. Vt ſi quæratur an minor fuerit calumniator, *leg. ſi maritus 15. § lex Iulian. verſ. ſanè ad legem Iuliam de adulteriis.* Nam cùm pœna legibus ſtatuta eſt eius perſecutio non voluntati iudicantis mandatur, ſed legis auctoritati reſeruatur, *leg. 1. § ſed non vtique in fin. ad SC. Tertyll.* Idque eſt, quod ſequitur in hac lege. *Nullam adulterij pœnæ deprecationem eſſe,*

id eſt,

id eſt, ne quidem grauioris pœnæ: quia pœna adulterij legitima eſt ordinaria non arbitraria, quamuis aliter Cuiacius ſentiat motus ex illo Suetonij loco in Auguſto de C. Lætorio qui in deprecanda grauiore adulterij pœna ætatem allegabat. Poterat enim ea fieri allegatio apud principem, & ab eius authoritate ac benignitate aliquid extorquere quòd à magiſtratu concedi nunquam potuiſſet.

f *Nulla deprecatio adulterij pœna eſt.* Ratio dubitandi. Minoribus etiam inceſti crimen propter ætatem interdum remittitur, *leg. ſi adulterium cum inceſto* 38. *§. fratres, infra, ad leg. Iul. de adulter.* Et tamen inceſti crimina grauiora ſunt naturæ quàm adulterij, *§. nonnunquam. d. leg.* Ergo & adulterij pœnæ deprecatio eſſe poteſt.

Ratio decidendi. Inceſti crimina humanius interdum tractantur quàm adulterij, quamuis ſint grauiora, *d. §. nonnunquam.* Nempe qui de adulterio commiſſo nulla poteſt haberi excuſatio, cùm iure naturali adulterium committere prohibeamur, *l. probrum* 42. *de verborum ſignif.* iuncta *l. ſi minor* 36. *ad legem Iul. de adult.* At inceſtum poteſt habere excuſationem, ſcilicet ſi non iure gentium commiſſum ſit, quod ignorari à nemine poteſt, putà ſi inter parentes & liberos, vel eos qui parentum inter ſe liberorúmque locum obtinent, *l. vltim. de condict. ſin. cauſ. l. vlt. de ritu nupt.* ſed iure tantùm ciuili, id eſt, inter cæteros qui ex tranſuerſo, vel affinitate coniuncti ſunt, vt putà cùm ſororis filia: quia ius ciuile ignorare multi poſſunt, vt putà mulieres minores & milites, *leg. regula* 9. *de iur. & fact. ignor.* qui ſi tale quid admiſerint, ſtupri quidem pœna tenetur, ex *lege Iul. de adult. & ſtupro*: quomodò bene Cuiacius accepit, *leg. miles* 11. *infr. ad leg. Iul. de adult.* ſed non tenetur de inceſto quomodo teneretur maior maſculus non miles, *l. etiam* 56. *de rit. nupt.* iunct. *dicta lege ſi adulterium* 38. *§. 1. ad leg. Iul. de adult.*

g *Si ſe minor annis adulterum fateatur.* Ratio dubitandi. Confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet, *l. 1. §. diuus* 17. *de quæſtion.*

Ratio decidendi. Ita eſt ſi quis vltro de maleficio aut metu, aut alia de cauſa fateatur, *d. l. 1. §. ſi quis vltrò. eod.* At non ſimiliter ſi aliæ probationes adſint, quæ inſtruant religionem cognoſcentis, *dicto §. diuus*, quod hîc ex facto contigiſſe ponendum eſt.

h *Dixi nec ſi quod.* Ratio dubitandi. Multa ſunt ex iis quæ pro adulterio lex Iulia punit, quorum turpitudo iure naturali nulla eſt, putà ſi quis adulterij damnatam ſciens vxorem duxerit, aut in adulterio deprehenſam vxorem non dimiſerit. Vt ex eo apparet quod hodie adulteram in matrimonio retinere maritus impunè poteſt, *§. ſi quando verò. verſ. adulteram. Nouell.* 134. *vt null. iudic.* Quæ enim ſunt ex iure naturali ea ſunt immutabilia, quæ verò ex iure ciuili pro legiſlatoris arbitrio mutantur, *§. vltim. Inſt. de iur. natur. §. vlt. Inſt. de legit. agnat. tutel. leg. eas* 8. *infr. tit. prox.* Atqui excuſandus eſt minor delinquens ignoratione eorum, quæ ſunt iuris ciuilis, *vt ſuprà* diximus. Ergo & ſi in iſtis deliquerit quæ lex Iulia pro adulterio punit, pœnæ deprecatio aliqua eſſe poteſt.

Ratio decidendi. Non debet ætatis excuſatio eſſe aduerſus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat contra eas committit: ne leges ei ludibrio eſſe videantur, vt loquitur Iuſtin. in *leg. vlt. §. penult. Cod. de bon. quæ liber.* Nec nouum eſt, vt quis amittat beneficium propter ſuum delictum, vt in legibus quas hîc in eam rem Accurſius congerit. Nec pugnat quod diximus poſſe minorem impunè ignorare illa, quæ ſunt iuris ciuilis. Id enim ad ea referendum eſt, quæ ſunt iuris ciuilis recepti & commentitij quale illud eſt, vt ſororis filiam vxorem ducere ſine inceſtu nemo poſſit. Non etiam ad ea quæ ſunt iuris conſtituti: & certis legibus expreſſim definiti. Conſtitutiones enim principum, & publicas leges: præſertim verò eas quæ nec ignorare, quenquam nec diſſimulare permittitur, *leg. pen. Cod. de iur. & fact. ignor.* Planè cætera quæ lex Iulia pro adulterio punit, & quæ, hîc Tryphoninus ponit, etiam iure naturali habent turpitudinem quale illud eſt, quæſtum de adulterio vxoris facere ſcienter, *lege mariti* 29. *§. quæſtum autem ad leg. Iulian. de adult.* Pretium pro comperto ſtupro accipere, *leg. de crimine* 10. *Codice eodem.* Denique domum ſuam præbere ad adulterium ſtuprúmve in ea committendum. Ideóque mirum non eſt, ſi in his nulla ætatis excuſatio admittatur.

38. PAVLVS libro 1. Decretorum.

AEmilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commiſſoria emerat, data parte pecuniæ: *ita vt ſi intra duos menſes* [a] *ab emptione reliqui pretij partem dimidiam non ſoluiſſet inemptus eſſet:* item *ſi intra alios duos menſes reliquum pretiũ non numeraſſet, ſimiliter eſſet inemptus.* Intra priores duos menſes Lariano defuncto Rutiliana pupillaris ætatis ſucceſſerat: cuius tutores in ſolutione ceſſauerunt. Venditor, denunciationibus tutoribus ſæpe datis, poſt annum eandem poſſeſſionem Claudio Telemacho vendiderat: Pupilla in integrum reſtitui deſiderabat, victa tam apud prætorem, quàm apud præfectum vrbi prouocauerat. *Putabant* bene iudicatum, quod pater eius, non ipſa contraxerat [b]: *Imperator* autem motus eſt, quòd dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet: eáque effeciſſet, ne pareretur legi venditionis. *Dicebam* poſſe magis ea ratione reſtitui eam, quòd venditor denunciando poſt diem [c], quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo receſſiſſe à lege ſua videretur non me moueri, quòd dies poſtea tranſiſſet: non magis, quàm ſi creditor [d] pignus diſtraxiſſet, poſt mortem debitoris die ſolutionis finita. *Quia tamen* lex commiſſoria diſplicebat ei [e], pronunciauit in integrum reſtituendam. Mouit etiam illud Imperatorem [f], quòd priores tutores, qui non reſtitui deſideraſſent [g], ſuſpecti pronunciati erant.

Ad l. Æmilius 38.

a *Ita vt ſi intra duos menſes.* Hæc enim formula eſt legis commiſſoriæ quæ in venditionibus fieri ſolet, vt niſi in triginta diebus pretium ſoluatur res fiat inempta, *l. 2. de diuerſ. temp. præſcript.* aut niſi annua bima trima die pretium ſoluatur, *leg. ſed Celſus* 6. *§. 1. de contr. empt.*

b *Quòd pater eius non ipſa contraxerat.* Ratio dubitandi. Etſi pater huius pupillæ non ipſa contraxerat tamen per filiæ, aut tutorum eius negligentiam factum erat per patrem, vt lex venditionis committeretur cùm patre moriente eſſent adhuc omnia integra, neque res inempta facta eſſet. Id enim eſt quod Paulus ait. Imperatorem motum fuiſſe ex eo quod dies committendi in tempus pupillæ inciderat ſolaque ætas pupillæ effecerat ne pareretur legi venditionis. Nam minores in

integrum

integrum reſtituuntur ſiue quid fecerint, ſiue non fecerint, propter quod damnum paſſi ſint, *l.3.§.etſi hæres. ſupr.hoc tit.* Ergo non eò minus in propoſita ſpecie reſtitui pupilla debuit, quòd pater eius non ipſa contraxerat.

Ratio decidendi. Iniquum eſt eum qui cum pupillo non contraxit expectare pupilli pubertatem, *l.apud Iulianum 3. ex quibus cauſ.in poſſ.eat.* Natura enim lex & ſubſtantia obligationis, poſtea immutari ex perſona ſucceſſorum non poteſt, *l.2. §.ex his, de verb. oblig.at. l.ſi intra 8.in fin.C.de non numer. pecun.* Vnde eſt quod neque aduerſus venditionem pignoris à defuncto contracti minor reſtituitur, quamuis minor ipſe fuerit qui ceſſauit in ſolutione, *l.2.C.ſi aduerſ. vendit. pignor.* An verò ſimiliter dicemus, Minorem ob omiſſam vſurpationem non eſſe reſtituendum aduerſus vſucapionem cœptam contra defunctum, licèt complendæ eius tempus in minorem ætatem inciderit? Ita putat Cuiacius, ſed malè meo iudicio, quia nullus in hac ſpecie contractus eſt initus à defuncto, cuius dumtaxat negligentia interuenit in patiendo vt aduerſus eum inchoaretur vſucapio quam minor idémque hæres poſtea contra ſe compleri paſſus eſt. Eſtque in hanc rem textus apertus, in *l.etiam 45.infr.hoc tit.* ad quam propemodum fatetur Cuiacius non habere ſe quid reſpondeat, vbi dicam. Itaque ratio qua Paulus hic mouetur ad eam ſpeciem aptari nullo modo poteſt.

c *Quod venditor denunciando poſt diem.* Ratio dubitandi. Venditor denunciando & interpellando tutores poſt diem legi commiſſoriæ præſtitutum videtur ei legi renunciare, *l.de lege 6.§.vlt.& l.ſeq.infr. de leg. commiſſ.* Ergo ipſo iure tuta erat pupillo in hac ſpecie, nec egebat reſtitutione. Multò magis dicendum eſt debuiſſe illam reſtitui à prætore & præfecto vrbi, aut ſaltem reſtitui potuiſſe à Principe. Atque ita putat Accurſius, Paulum hac ratione motum conſentire tandem cum decreto Imperatoris, vt in integrum reſtitui pupilla & potuerit & debuerit.

Ratio decidendi. Non aliter videtur venditor renunciare legi commiſſoriæ quàm ſi aut pretium ſiue in totum ſiue pro parte acceperit, aut id petierit per iudicem. Id enim ſignificat verbum petendi quo hac in re vtuntur Iureconſulti in *l.4.§.eleganter, & lege penultim. eodem tit.de leg.commiſſ.* iunct. *l.amplius non peti 15 infra, rat.rem haber.* Non ergo eſt quod ob hanc rationem, dicamus malè iudicatum fuiſſe à prætore & præfecto vrbi eámque fuiſſe Pauli ſententiam qui è contrario ſcribit bene iudicatum. Neque verò Paulus fatetur quod ſupponit Accurſius rationem hanc eſſe idoneam, ſed ait tantum eſſe probabiliorem cæteris quibus motus fuit imperator, vt Cuiacius optime explicat. Quanquam illud fortaſſe non ſatis bene quod concludit, Ex hac cauſa pupillam à prætore vel præſide vel præfecto vrbi in integrum reſtitui non poſſe ſed à principe poſſe. Cur enim à Principe potius ſi ratio iuris repugnat, vt fatetur Cuiacius? An forte minùs Religioſus eſſe debet Princeps quàm magiſtratus in eo vt proſpiciat ne quid contra ius faciat, *l.vlt.& tot titulo Codic.ſi contr.ius vel vtil.public.* præſertim quod alterutro poſſit lædere, ant ex quo videri poſſit iniuriam aliquam alij inferre? *l.2. §.meritò & §.ſi quis a principe ne quid in loco public. l.nec auus 4. Codic. de emancip. liber.* Nunquam enim vnius ſiue fatum ſiue factum alteri nocere debet, *l.ſi maritus 36.ſolut.matr.lege vlt nautic.fœn. lege ad diem 77.de verbor.oblig.lege 2. Codic.de iis quibus,vt indig.* Neque verò hæc lex id probat, Poſſe pupillam reſtitui à Principe, ſed tantùm, fuiſſe reſtitutam, de facto ſcilicet non de iure. Nec minus contra iuris rationem quàm aduerſus Pauli aſſidentis ſententiam vt & in ſpecie, *lege Paula Callinico 27.§.1.de lege 3.lege vlt.infra quod cum eo.lege Clodius 97.de acquir. hæred. lege vlt.de iur. fiſc.* Melius hac parte Accurſ. ſententiam Pauli ſequendam eſſe tanquam quæ ſit Iuſtiniani. Niſi quod addit exceptionem, *præterquam ſi renunciatum ſit legi*, quam addere non debuit, quia nec renunciatum fuerat in ſpecie huius legis, cùm denunciatio facta eſſet extra iudicium quam in iudicio fieri oporteriat vt effectum hunc haberet. Etſi renunciatum fuiſſet, nullo opus eſſet reſtitutione pupillæ tanquam ſatis tutæ ipſo iure, *l.in cauſæ 16.in princ.ſupra.*

d *Non magis quàm ſi creditor.* Ratio dubitandi. Etiam aduerſus venditiones pignorum quæ à creditoribus fiunt minoribus ſubuenitur ſi tamen magno detrimento afficiatur iampridem placuit, *l.1.C.ſi aduerſ. vendit.pign.* Ergo etiam cùm creditor pignus diſtraxit poſt mortem debitoris die ſolutionis ſi minor reſtitui aduerſus diſtractionem pignoris minor poteſt.

Ratio decidendi. Loquitur hic Paulus de venditione pignoris dati à defuncto & iure recteque diſtracti. Lex autem illa vel de pignore quod à minore ipſo eiuſve curatore datum ſit, vel quod minus ritè minúſque ſolemniter venditum proponatur: de quo etiam in *lege ſi creditor 7.§.1.in fin.de diſtr.pignor.lege ſi ex cauſa 9.in princip.ſupr.* & apud Paulum *libr.1.Sentent.titulo 9.§.vltim.* Iunge, *legem 1.verſ.aut ſi creditor.leg.ſi pupillorum.7.§.1. de rebus eor. qui ſub tutela vel curatore ſunt.*

e *Quia tamen lex commiſſoria diſplicebat ei.* Id probata, vt conſtat ex *lege 4.in princip.infra de leg.commiſſ.*

Ratio dubitandi. Lex Commiſſoria nihil aliud eſt quàm pactum adhibitum in venditione conceptum ea quam ſupra diximus forma. Atqui pacta omnia conuenta ſunt fauorabilia ea naturali æquitate de qua in *lege 1.de pact.leg.1.de conſtit.pecun.* ſed ea præſertim quæ adhibentur in contractu aut ſaltem incontinenti poſt contractum, maximè ſi contractus ſit bonæ fidei, quia creduntur ineſſe ipſo iure contractui, cauſam ei dare & informare contractum, *lege iuris gentium 7. §.quinimo de pact. lege pacta conuenta 72.de contra empt.* adeoque pars eſſe contractus, *lege fundi partem 79. eod.* quippe ſine quibus credibile eſt eos qui contraxerunt non fuiſſe contracturos, *lege vlt.C.de pact.int.empt.& vendit.* Ergo lex commiſſoria non debuit Imperatori diſplicere videtúrque ipſi odioſa.

Ratio decidendi. Creditur eſſe odioſa, quia per eam fit vt bonæ fidei contractus ipſo iure reſcindatur, ob ſolam non ſolutionem pretij, quod non poteſt non eſſe tam odioſum quàm contractus omnes fauorabiles ſunt præſertim ſi ſint, bonæ fidei, *l.res bona fide 54.de contr. empt.l.3.l.venditor 12.l.ea conditione 14. C. de reſcind. vend.* Vox enim iuris & legum eſt, vt dicebat Symmachus Bonæ fidei contractum nō reſcindi. Etſi ergo non ſit improbata lex commiſſoria in venditionibus, æquitas tamen ſuadet vt in dubio contra eam pronuncietur. Sanè in pignoribus lex commiſſoria non ſolùm odioſa ſemper fuit, ſed etiam tandem improbata lege Conſtantini in *l.vlt.C.de pact.pignor.* Sed alia eſt illa lex & longè alterius effectus, vt docui in *Error.1.Decad.22.*

f *Mouit & illud Imperatorem.* Ratio dubitandi. Non debet factum aut dolus tutoris ei nocere, qui cū pupillo rem habet, abſurdúmque eſt deteriorē fieri alterius conditionem ob id ſolùm quod tutor ſuſpectus ſit, ſiue moribus, ſiue facultatibus. Quid enim poteſt diuinare is, aut quid imputari ei qui negotium habet cum tutore pupilli nomine? arg. *leg. cum plures 12. §.1.de admin.tutor. leg.4.§.illa etiam quæſtio de dol.except.leg.4.in fin.de eu.ct.* Ergo non ob id magis reſtitui pupilla in propoſita ſpecie oportuit, quod tutores ſuſpecti pronunciati fuiſſent.

Ratio decidendi. Non fuit ſanè hæc bona ratio. Sed Imperatori cui lex commiſſoria diſplicebat pro bona, ob id maximè quod dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet, eáque res effeciſſet ne legi venditionis pareretur. Germana enim ratio illa eſt qua motus maximè fuit Imperator, vt Paulus teſtatur in *verſ. Imperator*, non tamen vera, vt pro Paulo contra Imperatorem diſputauimus, & interpretes omnes

tam veteres quàm recentiores conſentiunt. Quanquam video Bartolum, & poſt eum cæteros vulgò ita exiſtimare, vt nihil quidem prodeſſe debeat pupillis auxilium ætatis, quantum ad hoc vt reſtitutio dari poſſit ex edicto. De minoribus, ſed tamen prodeſſe debeat, ad allegandam probandamque iuſtam ignorantiam, cùm hæc ætas illa etiam ignoret quæ videt, *leg. vnic. C. de falſ. monet.* vt ſubinde ex eo capite iuſtæ ignorantiæ pupillus non tanquam minor, ſed tanquam maior reſtituatur. Et generali clauſula ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur de qua in *leg. 1. infrà ex quibus cauſ. maior.* Ita tamen ſi conueniatur ipſe non ſi agat: ſed hæc opinio ſtulta eſt, pace Bartoli dixerim: nec rationem iſtam aut Imperator, aut pro Imperatore Paulus prætermiſiſſet, ſi aliquem vel minimum colorem habuiſſet, qui tam multas alias attulit etiam parum coloratas, ſcripſi latiſſimè in *Error. 5. 6. & 7. Decadis* 25. vbi vide.

o *Qui non reſtitui deſideraſſent.* Sunt hæc verba interpretis, & quidem imperiti. Non enim poterat imputari tutoribus cur non deſideraſſent reſtitui pupillam, cui tempus petendæ reſtitutionis non cucurrerat, quippe quod non incipi niſi ex die completi anni viceſimiquinti: ſed imputandum iis erat cur pretij ſoluendi tempus labi paſſi eſſent, præſertim cùm iis denunciatum fuiſſet vt ſoluerent. Dixi in *Error. 6. dicta Decadis* 25. Et hoc autem quod denunciationes tutoribus factæ fuerant, apparet non eſſe verum quod poſt Accurſium volgò creditur, ſi quid vel minimum geſtum ſit cum minore aut cum eius tutore vel curatore, poſſe dari reſtitutionem minori, licèt non poſſit dari contra id quod geſtum eſt à defuncto. Alioqui reſtituenda erat pupilla in hac ſpecie, & quidem tanquam pupilla & ex edicto iſto. De minoribus propter denunciationem tutoribus eius factam, quod tamen Paulus hic negat. Et verò cùm id quod geritur ſiue cum pupillo aut adulto, ſiue cum tutore aut curatore pendet ex eo quod geſtum eſt cum defuncto qui maior fuit, nec fit niſi per conſequentiam, nulla ratio eſt cur ob id ſolùm minor reſtituatur etiam aduerſus ea quæ defunctus geſſit. Initium enim ſpectandum eſt non ea quæ fiunt in conſequentiam negotij iam geſti & perfecti, vt dixi ad *leg. 3. §. ... in. ſupr. eod.* Quod verò idem Accurſius obiicit *ex leg. vlt. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtit. non eſt neceſſ.* vt probet præſcriptionem huius temporis currere pupillæ non potuiſſe, ad rem non pertinet. Non quia ex illa intelligenda ſit de tempore legali tantùm, non de conuentionali, vt idem Accurſius concludit (nam & aduerſus lapſum temporis conuentionalis reſtituendus eſſet minor ſi contractus ab eo non à defuncto incepiſſet, vt in hac ipſa lege Paulus non obſcurè innuit) ſed quia non poteſt pertinere ad præſcriptiones conuentionales quæ cœperant currere contra defunctum, cùm ex ipſius defuncti contractu naſcantur quæ prima eiuſdem Accurſij ſolutio fuit, vel ſola bona vel ſaltem coniungenda cum ſecunda. Quanquam dici etiam illud poteſt, & apertiùs, eas demum præſcriptiones ex Iuſtiniani conſtitutione minoribus non currere, quæ ſi currerent, reſtitutio minori aduerſus lapſum temporis danda eſſet, vt probant verba conſtitutionis. Atqui ea de qua agitur in hac lege, nullam admittit reſtitutionem, ſecundùm Pauli ſententiam. Ergo nec ad illam Iuſtiniani conſtitutio pertinet. De qua vide plura quæ ſcripſi ad *leg. prox. praeced.* Alius eiuſdem Accurſij error eſt quod putat victam fuiſſe pupillam apud præfectum vrbi, quod ſemel impetrata in integrum reſtitutio iterum peti non poſſit, ſolúmque ſuperſit minori auxilium appellationis. Quaſi verò in hac ſpecie pupilla non appellaſſet. Nam imò ponendum eſt appellaſſe, vt appellari potuit & debuit à prætore ad præfectum vrbi, tum à præfecto ad Imperatorem, victamque tandem fuiſſe in cauſa primæ appellationis & apud præfectum vrbi ob eas ipſas rationes ob quas victa fuerat apud prætorem.

1 ¶ Quod dicitur, non ſolere filiisfamilias poſt emancipationem adhuc minoribus ſuccurri in his, quæ omiſiſſent manentes in poteſtate, tunc rectè dicitur, cùm patri acquirere poſſunt.

Ad §. 1. Quod dicitur.

Ratio dubitandi. Non alia ratione denegatur filiisfamilias emancipatis reſtitutio in integrum aduerſus ea quæ omiſerunt, quàm quòd ſi reſtituerentur, fieret vt non tam ipſis quàm patribus eorum iiſdémque maioribus ſubueniretur, quod eſſet contra mentem & propoſitum prætoris, *l. 3. §. ſed vtrùm* iunct. *l. cùm mandatum 23. ſuprà hoc tit.* Atqui hæc ratio ceſſat cùm petitur reſtitutio poſt emancipationem, quia iam tum filius poteſt ſibi omnia acquirere etiam inuito patre, *l. 1. in princip. ſi à parent. quis manum. ſit.* Ergo etiamſi de ea re agatur quæ patri acquiri potuit per filium manentem in poteſtate, non eò minùs danda eidem filio eſt reſtitutio poſt emancipationem, putà ſi hæreditatem non adierit, aut conditionem ſtipulationi appoſitam quæ in ipſorum poteſtate erat, non impleuerit.

Rat. dec. Reſtitutionis in integrum effectus non ex eo tempore æſtimatur quo petitur reſtitutio aut conceditur, ſed refertur ſemper ad tempus illud quod læſionem præceſſit, & quo erant omnia integra. Eſt enim illud vnicum reſtitutionis extremum ad quod Ergo ſi filius emancipatus reſtitueretur ad ea quæ omiſiſſet manens in patria poteſtate, vtique non prodeſſet ea reſtitutio filio, ſed patri, cui filius tum erat quæſiturus ſi nihil omiſiſſet. Proinde non eſt ei danda reſtitutio, ſi de ea re agatur, quam patri acquirere potuit, ſicut nec ei datur actio ex ſtipulatione conditionali, interpoſita ante emancipationem, quamuis conditio poſt emancipationem euenerit, *l. ſi filiusfamilias 78. de verb. oblig.* Secus eſſet, ſi eam rem filius ſibi ipſi fuerat quæſiturus, fortè nolente patre ſibi eam acquiri, vt in ſpecie, *l. 1. C. qui admit. ad bonor. poſſeſſ. poſſint, l. cogi 16. §. ſi pater filio ad SC. Trebell.* Exemplum eſt in *l. 3. §. ſi quid minori, ſuprà hoc tit.* Quid ſi filiusfamilias ab extraneo hæres ſcriptus ſit non patris ſed ipſius filij contemplatione? Accurſius videtur ſenſiſſe reſtituendum eo caſu filium poſt emancipationem. Alioqui cur poneret exemplum in hæreditate relicta filio contemplatione patris? Ergo contra puto quia nihil vetat acquiri patri eam quoque hæreditatem quæ & filio & ipſius filij contemplatione non patris relicta fuerat. Nempe ſi purè relicta ſit non in id tempus quo filiusfamilias factus eſſet ſui iuris ſiue per emancipationem ſiue quo alio modo. Nam & ſim ... dicimus poſſe hæreditatem aut legatum relinqui ſeruo contemplatione ipſius ſerui, quamuis ſit ille omnino incapax acquiſitionis: *l. ſed etſi quid 22. verſ. ſi ipſius ſerui infra de vſufr.* Nimirum vti tanto gratior ſit domino, tantóque faciliùs poſſit ſeparare libertatem ex eius perſona & merito videat dominum factum ſe, fuiſſe locupletiorem. Sanè quod addit Accurſius omnimodo reſtituendum eſſe filiumfamilias minorem qui ex contractu ſuo conuenitur, ſiue in poteſtate, ſiue poſt emancipationem conueniatur, ex *d. l. 3. §. ſed vtrùm verſ.* proinde ſi iuſſu: verum quidem eſt, quia filiusfamilias ex ſuis contractibus proprio nomine obligatur, tum quoque cùm patris iuſſu contraxit, ideóque eius intereſt vt per in integrum reſtitutionem liberetur, quomodo explicanimus ad *d. §. ſed vtrùm.* Sed ab huius §. ſententia prorſus aliena eſt hæc adnotatio. Tractat enim Paulus hoc loco de ea reſtitutione quam certum ſit non poſſe dari filio manenti in poteſtate, & de qua tamen dubitari probabiliùs poſſit an ei danda ſit poſt emancipationem.

39. Sca

39. SCÆVOLA lib. 2. Digeſtorum.

INtra vtile tempus reſtitutionis apud præſidem petierunt in integrum reſtitutione minores, & de ætate ſua probauerunt. Dicta pro ætate ſententia a, aduerſarij, vt impedirent cognitionem præſidis, ad Imperatorem appellarunt: præſes in euentum appellationis cætera cognitionis diſtulit. Quæſitum eſt, ſi finita appellationis apud Imperatorem cognitione, & *iniuſta appellatione pronunciata*, egreſſi ætatem deprehendantur, an cætera negotia impleri poſſunt, cùm per eos non ſteterit, quo minùs res finem accipiat? Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponuntur, perinde cognoſci, atque ſi nunc intra ætatem eſſent.

Ad l. Intra vtile 20.

Ratio dubitandi. Reſtitutionis non tantùm petendæ, ſed etiam impetrandæ tempus vnico anno eo tamen vtili concluditur ſi ius Pandectarum inſpiciamus, aut quadriennio quod ab initio vtile eſt, ex poſt facto autem continuum ſi Iuſtiniani conſtitutionem nouam in *l. vlt. C. de temp. in integr. reſtit. iunct. l. 5. & 6. eod. tit.* Atqui in propoſito petita quidem fuit reſtitutio per minores intra annum illum vtilem, ſed non impetrata. Ergo quamuis nec denegata fuerit, denegari tamen debet poſt viceſimum ſextum annum completum.

Ratio decidendi. Non ſtetit per minores quominùs res finem acciperet, ſed per dolum aduerſarij, cuius moratoria & fruſtratoria appellatione factum eſt, vt in longius tempus protracta illis fuerit, neque tam citò finiri potuerit. Ergo non debet id nocere minoribus ſicuti nec aduerſario dolus ſuus & tergiuerſatio prodeſſe, *l. inter. 41. de vſur.* Iuris enim regula eſt. In omnibus cauſis pro facto accipiendum eſſe id, in quo per alium mora fit quominùs fiat, *l. in omnibus 39. de regul. iur.* Dices cum Accurſio. Videri nulla minores egere reſtitutione cùm annus ille intra quem inſtitui, & finiri debet cauſa reſtitutionis ſit vtilis qui proinde non poteſt currere minoribus per aduerſarij appellationem impeditis non magis quàm ſi ex qua alia cauſa impediti eſſent *l. 1. de diuerſ. temp. praſcr.* Reſpondeo pendente quoque cauſa appellationis annum illum vtilem currere, quoniam appellatio non facit ne de reſtitutione agi & cognoſci poſſit, ſed tantùm vt ea cognitio fiat longior, neque tam citò expediri poſſit, cùm neceſſario prius terminanda ſit quæſtio de ætate tanquam præiudicialis, *l. de ætate 43. infrà.* Non poſſit autem videri terminata quandiu pendet appellatio à ſententia præſidis, ſiquidem iudicatum, *l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill. l. ſi cauſa 32. C. de tranſact.* Nec rurſum poteſt præſes à quo appellatum fuit cognoſcere de cæteris negotij & reſtitutionis, cùm appellatio non tantùm vim ſuſpenſiuam habeat vt pragmatici noſtri loquuntur, ſed etiam deuolutiuum, & quæ faciat vt eius à quo appellatum eſt officium totum conquieſcat, nec in eo tantùm de quo appellatum eſt, ſed etiam quantum ad alia omnia quæ inde pendent tanquam conſequentia.

à *Dicta pro ætate ſententia.* Hæc igitur ſententia fuit, non vt Accurſius putat, interlocutio, cùm non niſi per decretum pronunciari de ætate poſſit, hoc eſt, adhibita pleniſſima cauſæ cognitione, *dict. leg. de ætate 43. infrà vbi dicemus.* Proinde fruſtrà eſt obiicere, Ab interlocutione appellari non poſſe, *l. penult. Cod. quor. appellat. non recip.* Aut cum Accurſio & Bartolo diſtinguere, an talis interlocutio ſit quæ totam penè cauſam terminet. Interlocutio enim eſt quicquid iudex aut magiſtratus iuſſit, vetuitve ſolo imperio, non id etiam de quo pronunciatur poſt adhibitam pleniſſimam cauſæ cognitionem, *leg. quod iuſſit 14. de re iudic.* vt & 10 *l. aut prætor 7. §. 1. ſupra hoc tit.* quo tamen loco æquè abutitur Accurſius, vt pro interlocutione accipiat decretum prætoris. Illa difficilior obiectio eſt, quòd non de incidenti quæſtione iudex pronunciare debeat, ſed tantùm de principali, *leg. 1. in fin. C. de ordin. iud. l. 1. Cod. de ord. cogn.* Nec enim negari poteſt quin quæſtio de ætate illius qui tanquam minor petit reſtitutionem incidens ſit non principalis, quamuis & neceſſaria ſit & præiudicialis. Cauſa verò principalis eſt cauſa reſtitutionis, quæ nec ex ſola ætate pendent, ſed etiam & quidem maximè ex læſione. Verùm reſponderi poteſt cum Cuiacio. Non eſſe quidem neceſſe vt de incidenti quæſtione pronuncietur, ſed tamen non prohiberi iudicem quin de incidenti quoque pronunciet ſi velit. Nimirum ſi eius quæſtionis iudex ſit competens, alioqui cognoſcere quidem de incidenti æquè, & poteſt, & debet, ſed pronunciare nec debet, nec poteſt, *d. l. 1. C. de ordin. iudic. d. l. 1. C. de ord. cognit.*

1 ¶ Vendentibus curatoribus minoris fundum, emptor extitit Lucius Titius, & ſex ferè annis poſſedit, & longè longéque rem meliorem fecit. Quæro cùm ſint idonei curatores, an minor aduerſus Titium emptorem in integrum reſtitui poſſit? Reſpondi, ex omnibus, quæ proponerentur, vix eſſe eum reſtituendum: niſi ſi maluerit omnes expenſas, quas bona fide emptor feciſſe approbauerit, ei præſtare: maximè cùm ſit ei paratum promptum auxilium, curatoribus eius idoneis conſtitutis.

Ad §. 1. Vendentibus.

Ratio dubitandi. Cùm quæritur de reſtitutione minori danda aduerſus venditionem fundi curatoribus factam ſicut ponendum neceſſariò eſt venditionem ipſo iure valuiſſe, & conſequenter, aut cum decreto factam, aut eius fundi quo ſine decreto vendi potuerit, quomodo potuerunt olim vendi prædia vrbana vſque ad conſtitutionem Conſtantini in *l. lex quæ tutores 22. Codic. de adm. tut. l. ſi prædium 16. C. de præd. minor.* Alioqui fruſtrà tractaretur de reſtitutione quæ non eſſet neceſſaria, *l. 2. eod. tit.* Ita & ponendum eſt læſionem aliquam interueniſſe ſine qua certum eſt non dari reſtitutionem minori, *lege verum 11. §. ſciendum, leg. quod ſi minor 24. §. non ſemper ſuprà, l. non omnia 44. infra eod.* Atqui cùm læſus eſt minor in rei ſuæ venditione reſtitutio ei danda eſt ad rem ipſam recipiendam, & quidem cum fructibus ſi modò paratus ſit minor pretium reddere cum vſuris, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, *d. l. quod ſi minor. §. reſtitutio l. patri 27. §. 1. verſ. tradimus, ſupra eodem.* Præſertim cùm ipſius interſit habere corpus fundi potiùs quàm eius æſtimationem, *l. ſi ex cauſa 9. in princip. l. ſi in emptionem 35. ſuprà.* Ergo non ob id minùs reſtituendus eſt minor quod in eum fundum impenſas multas emptor fecerit, quamuis bona fide ne alioquin eueniat, vt ſi eas reſarcire non poſſit cogatur re ſua carere. Quod cum eo quoque caſu abſurdum eſſe credatur, quo impenſæ neceſſariæ, aut vtiles fuerunt, *l. in fundo 38. de rei vindic. l. ſi ſeruos 25. de pign. action.* quantò abſurdius eſt id admittere in ſumptibus voluptatis tantùm cauſa factis, quibus vtique adoleſcentem onerari non oportet, *leg. ſi fine 32. §. interpoſito. verſ. item reſpondit de admin. & peric. tutor.* Et tamen locus hic omnino ita accipiendus eſt, vt non ad neceſſarias & vtiles impenſas reſtringatur, (quanquam

de iis quoque Scæuolam loqui conſtat ex illis verbis, *ac longè lateque rem meliorem fecit.*) Sed voluptuarias quoque complectatur, quod probant generalia ea verba. *Niſi ſi maluerit omnes expenſas quas bona fide emptor feciſſe ſe approbauerit ei præſtare.* Aliter namque interpretantibus nihil intereſt, an bona an mala fide, factæ ſint ab emptore, cùm & ſi à malæ fidei emptore factæ eſſent, non aliàs tamen audiendus eſſet minor petens reſtitutionem, quàm ſi redderet neceſſarias, & vtiles ſolis voluptariis exceptis, *d.§.interpoſito.* Nec enim aliud ius conſtitui poſſet, quin eueniret, vt minor ex alterius iactura locupletaretur, quod nunquam ferendum eſt, ne tum quidem cùm venditio non valuit ipſo iure tanquam facta contra iuris prohibitionem, *l.g.ſi fundus* 13. *in fin.de reb.eor.lege vltero* 14. *Codice, de præd.minor.* Ergo debuit Scæuola reſpondere dandam omnimodo reſtitutionem minori etiam non refuſis expenſis in fundum factis, aut ſaltem voluptuarias excipere ne iis minor oneraretur. Nec videtur bona ratio, quam in contrarium affert Scæuola, quòd paratum ſit auxilium minori curatoribus eius idoneis conſtitutis. Nam & tum quoque cùm auctoritas curatoris interuenit, perinde reſtitui minor poteſt, etiamſi curator ſit ſoluendo, *l.3.vlt.& paſſ.C. ſi tut.vel curat.interu.*

Ratio decidendi. Interueniens curatoris auctoritas non facit, ſicuti neque bona fides emptoris quominùs poſſit minor in integrum reſtitui ad rem ipſam habendam, ſi modò iuſtam reſtitutionis cauſam probet, id eſt, aliquam læſionem: ſiue curator ſoluendo ſit, ſiue non. Io còque errant ſanè Cuiacius, qui ſcripſit ad §.*vlt.l.3. ſuprà.* Non eſſe permittendum minori, vt inquietet emptorem quandiu tutor vel curator idoneus eſt, niſi emptor ſit in mala fide: ſed facit auctoritas curatoris iuncta cum bona fide emptoris (alioqui ſola non ſufficeret, *d. §.interpoſito*) vt non aliter reſtituendus ſit minor, quàm ſi in omnibus & per omnia indemnem præſtet emptorem etiam ratione impenſarum voluptatis tantùm cauſa factarum cùm nihil ſit ei imputandum, propter quod æquum ſit morari eum in aliquo vel minimo damno. Habet ergo minor electionem hoc quoque caſu an contra emptorem agere velit, an contra curatorem, tametſi & curator ſoluendo ſit & emptor in bona fide, idque vel ex hoc potiſſimùm loco euidentiſſimè probatur. Excipiendus eſt caſus vnus, in quo minor hanc electionem non habet cùm tutor vel curator eſt ſoluendo. Nimirum in ſpecie, *l. properandum* 13. §.*vlt. Codic. de iudic.* idque propter auctoritatem conſtitutionis Iuſtinianeæ, & vigorem iudiciorum. Planè cùm tutor vel curator ſoluendo non eſt ſuccurri omnimodo minori neceſſe eſt data ei reſtitutione aut re ſua carere, vel voluptariarum quoque impenſarum onus ſuſcipere cogatur, cum ne quidem iudiciorum fauor & auctoritas ei reſtitutionis auxilium adimere hoc caſu poſſit *dict. §. vltim.*

40. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

MInor annis viginti, cui *fideicommiſſum ſolui* pronunciatum erat, cauerat, id ſe accepiſſe: & cautionem eidem debitor, quaſi creditæ pecuniæ fecerat, in integrum reſtitui poteſt: quia partam ex cauſa iudicati perſecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat.

Ad l. Minor annis 40.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt qua actione ſuum quis conſequatur, dummodò non minùs ex vna quàm ex alia, *l.1.§.quia autem.j. quod legat.l.3.§.1.naut. caupon. ſtabul.* Atqui ponimus in hac ſpecie conuerſum eſſe in cauſam pecuniæ creditæ quicquid ex cauſa fideicommiſſi ac iudicati deberi poterat. Nec quiſquam dubitat quin ex cautione mutuæ pecuniæ competat certi condictio ex mutuo, per quam cogitur debitor ſoluere quicquid deductum eſt in cautionem ſiue mutuum fuerit naturale, contractum ſcilicet ex vera numeratione, ſiue vt interpretes vocant ciuile, quale illud eſt, quod ex alia quacunque cauſa conſtituitur, aut etiam verbis *leg 2. §.creditum, & §.vlt.l.ſingularia* 15. *de reb. credit. l. qui negotia* 34. *mandat. lege, ſi non ſinguli* 5. *& ſeq. C. ſi cert. pet. lege* 4. *Codic. de duob. reis.* Ergo cum nihil poſſit intereſſe minoris, qui cauſam iudicati per nouationem tranſtulit in cauſam creditæ pecuniæ, non eſt ei danda reſtitutio.

Ratio decidendi. Minoribus ſubuenitur per in integrum reſtitutionem non ſolùm cùm aliquid de bonis eorum minuitur, ſed & cum ipſorum intereſt ne litibus & ſumptibus vexentur, *l. minoribus* 6. ſuprà *hoc tit.* Atqui iudicatum finis eſt litium. Creditum verò initium & origo, vt benè ait Cuiacius. Igitur minoris valde intereſt vt reſtituatur, qui partam ex cauſa iudicati perſecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat. Vbi enim iudicatum eſt nihil aliud quæri oportet quàm quid iudicatum ſit, emiſſa verò cautione creditæ pecuniæ, non de illo ſolo quærendum eſt an cautio emiſſa ſit, ſed de illo quoque an numeratio præceſſerit aut ſubſecuta ſit, aliave cauſa iuſta, quæ numerationis vice eſſe poſſit. Vnde eſt quod condemnatum iubet prætor ſoluere, nec eum facilè audit ſi aliter ſatisfacere paratus ſit. purà dando expromiſſorem, quia noluit ex obligationibus nouas obligationes fieri, ne quod in tanta hominum perfidia ferè conſequens eſſet, fierent de lite lites *l.4.§.ait prætor.de re iudic.* Addit Accurſius alias rationes propter quas vtiliùs ſit minori habere ex mutuo, quàm ex iudicato actionem, ſcilicèt propter vſuras quæ ex iudicato incipiunt currere poſt quatuor menſes non etiam ex mutuo, & maiores ex iudicato quàm ex mutuo præſtantur, *l.vlt. C.de vſur. rei iudic.* Sed non potuit Vlp. iis rationibus moueri, cuius temporibus nihil dum tale conſtitutum erat. Eſt enim vtrumque inductum ex noua illa Iuſtiniani conſtitutione. Bene autem Accurſius ponit factam eſſe nouationem, quia non poſſet alioqui læſus videri minor qui nulla nouatione facta ad actionem iudicati adieciſſet conditionem certi ex mutuo: cùm ſi mallet agere ex iudicato maneret idem ius & ordo executionis, *d. l.4. §. ſi ex conuentione de re iudic.* Nouatio ſola eſt quæ affert læſionem, quia iudicati actionem extinguit *leg. 1. de nouation.* Sola igitur nouatio eſt quæ poteſt inducere reſtitutionem, quia ſine læſione dari reſtitutio nunquam poteſt.

1 ¶ Prædia patris ſui minor annis vigintiquinque ob debita rationis tutelæ aliorum, quam pater adminiſtrauerat, in ſolutum inconſultè dedit, ad ſuam æquitatem per in integrum reſtitutionem reuocanda res eſt, vſuris pecuniæ quam conſtiterit ex tutela deberi, reputatis, & cum quantitate fructuum perceptorum compenſatis.

Ad §.1. Prædia.

Ratio dubitandi. Locupletior fit pupillus qui ſoluit quod debet, ſiue ſoluat in pecunia numerata, ſiue quod effectu idem eſt, fundum det in ſolutum. Vtroque enim modo liberatur ab obligatione quæ nó vilis ſpecies acquiſitionis eſt, *l.ſi ſup. 66.in fi.de ſol.l.ſpecies 11.de accept.*

Atquin

Atqui inauditum eſt ſubueniri minoribus in iis etiam quæ ſibi acquirunt, non enim læditur qui acquirit ſibi & fit locupletior. Ergo nullus hoc caſu color ſubeſt dandæ minori reſtitutionis. Datio namque in ſolutum nihil niſi ſolutio eſt, licèt aliud ſoluatur quàm quod debebatur, cùm id fiat volente & conſentiente creditore, *l. manifeſti 17. C. de ſolu.*

Ratio dec. Datio in ſolutum habet quidem vim ſolutionis quantum ad acquirendam debitori ſolutionem, attamen non tam ſolutio eſt quàm veluti venditio quædam ſolutionis cauſa. Imò plus quàm venditio quantum ad cauſam alienationis. Non enim ſicut vendi res aliena poteſt, ita & in ſolutum dari, ſed neceſſe vt dominium transferatur omnimodo in accipientem adeóq; in ſolidum, alioqui nulla ex parte contingit liberatio, *l. ſi quis aliam 46. de ſolu.* Proinde cùm nihil alienet is qui rem alienam vendit, omnino tamen neceſſe eſt vt alienet qui dat in ſolutum. Hoc ipſo igitur minor læditur, non quia ſoluit, ſed quia vt ſolueret rem ſuam alienauit, & pro pecunia numerata quæ recipiebat functionem in ſuo genere dedit corpus fundi quod non ſimilem recipit functionem, vt nec quicquam eorum quæ in ſpecie debentur, *l. 1. § mutui. & ſeq. de reb. cred.* Danda igitur minori reſtitutio eſt tanquam læſo, quoniam eius intereſt rem ipſam habere & pecuniam potiùs debere, ſi modò eam aliunde explicare potuerit ſoluere. Sic enim hunc locum accipiendum eſſe conſtat ex *l. ſi fundum 53. §. 1. verſ. ſi ex cæteris de reb. eor. qui ſub tutel.* vbi quod dicitur dandam eſſe hoc caſu doli exceptionem contra minorem, ſi fundum cum fructibus vindicet, nec pretium offerat cum vſuris medij temporis, quæ creditoribus deberentur, ſi modò ex cæteris eius facultatibus ſolui æs alienum non potuerit, oſtendit ſatis non poſſe minorem reſtitui, nec ſi pretium cum vſuris offerat ſi æs alienum quo premebatur ſolui ex aliis bonis non potuit. Neque enim fieri poteſt vt prætor det reſtitutionem ei, contra quem dare debeat doli exceptionem, cùm tam reſtitutio quàm exceptio doli ſit ex iuriſdictione prætoris, eandémque cauſam habet nimirum æquitatem, & quidem prætoriam. Quod ideò addo, quoniam vt alibi ſcripſi, alia eſt æquitas ciuilis, alia prætoria, quæ licèt ſæpe côcurrant, non tamen ſemper. At vt prætoria æquitas in vno eodémque caſu ſecum pugnet, fieri nullo modo poteſt. Eodémque pertinere arbitror dictionem *inconſultè*, qua hîc vtitur Vlpianus, vt nimirum ſignificet non vtique reſtitui quemlibet minorem qui pro pecunia quam debebat, fundum in ſolutum dedit, ſed eum duntaxat qui dedit inconſultè, id eſt, cum ex aliis bonis ſoluere poſſet quod debebat. Ex quo etiam apparet in *d. l. ſi fundus, §. 1.* legendum eſſe *potuerit*, non vt vulgo *poterit*, in illis verbis, *ſi ex cæteris eius facultatibus æs alienum ſolui non poterit.* Nam & ſtatim ſequitur, ego autem notaui *etſi ſolui potuerit*, non autem *poterit*. Itaque ſi ponas eo tempore quo fundus à minore in ſolutum datus fuit non potuiſſe ex aliis bonis ſolui debitum, hodie verò poſſe cùm reſtitutio petitur, auctis fortaſſe facultatibus minoris, dicam non eſſe reſtituendum minorem, quia verum eſt nihil inconſultè ab eo factum fuiſſet, ſed illud tantùm quod alius maior quilibet ac diligens pater familias facere debuiſſet. Semper enim contractus tempus inſpiciendum eſt cùm quæritur an inconſultè quid factum ſit à minore, vt & cùm tractatur de maiore in ſpecie, *l. 2. & l. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vend.* Ex eo autem quod Vlpianus ponit fundum inconſultè datum fuiſſe in ſolutum, intelligimus datum fuiſſe non interpoſito decreto, neque poſſe defendi interpretationem Accurſij, qui putat poſſe hunc §. explicari etiam de alienatione facta cum decreto. Quid enim conſultiùs poſſet facere minor, quàm prætoris decretum implorare? Atqui omnis alienatio prædiorum minoris prohibita eſt, nec minùs ea quæ fit per dationem in ſolutum, quàm quæ per venditionem aut tranſactionem, *l. non ſolùm 4. & paſſ. C. de præd. minor.* Porrò cùm alienatio facta eſt contra iuris prohibitionem non eſt tractandum de reſtitutione, ſiquidem ipſo iure contractus non tenet, *l. 1. eod. l. in cauſa 17. in princ. ſupr. hoc tit.* Cur ergo tractat hîc Vlpianus de reſtitutione? An quia prædium vrbanum proponebatur, quod Vlpiani temporibus poterat vendi, & quoquomodo alienari etiam ſine decreto, ante conſtitutionem Imp. Conſtantini in *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* Ita putat Accurſius, nec ego repugno. Alioqui poſſet minor citra reſtitutionem vindicare fundum, & quidem efficaciter, ſi modò ad euitandam doli exceptionem paratus eſſet reddere pretium cum vſuris ſi ex aliis bonis ſolui æs alienum non potuit. Nam quæ ratio æquitatis eo caſu quo contractus teneret impediret reſtitutionem ipſo iure, vt ita dicam prætorio (*ipſo* enim *iure* cùm ſimpliciter dicimus ius ciuile intelligimus) eadem impediet vindicationem ſi contractus non teneat, ſed impediet oppoſita exceptione doli, quia in eo differt vindicatio quæ competit ipſo iure à reſtitutione in integrum, quod cùm illa ſit ciuilis non poteſt denegari à prætore, qui iuris ciuilis & cuſtos & miniſter eſt, quamuis non eò minùs poſſit prætor exceptionem doli dare, quæ vim eius elidat. Reſtitutio autem in integrum cùm ſit ex prætoris iuriſdictione denegari, & poteſt & debet a prætore quoties æquitatem aliquam in contrarium facere videt. An igitur indiſtinctè dicemus denegandam minori, ſiue vendicationem, ſiue reſtitutionem in integrum, tunc tantum cùm ex aliis bonis ſolui æs alienum non potuit: Imò etſi potuit, ſi tamen adhuc res ſaluæ ſunt ex quibus ſatisfieri potuit deneganda reſtitutio aut vindicatio eſt. Eadem hoc quoque caſu militante ratione æquitatis, quòd non ſit permittendum minori, vt per occaſionem iuris ciuilis locupletetur ex damno alieno, quemadmodum ad Papinianum Paulus notat, in *d. l. ſi fundus. §. 1. de reb. eor. qui ſub tutel.*

a *Vſuris pecuniæ.* Ratio dub. Minor tum quoque cum in integrum reſtituitur, licèt ab aduerſario conſequatur fundum cum fructibus, non ſolum iis qui percepti ſunt, ſed illis etiam qui percipi potuerunt, nullas tamen vſuras viciſſim præſtat. quia nec fructus redderet, ſi in fundi emptione læſus eſſet, niſi quatenus ex iis locupletior factus probaretur, *l. patri. 27. §. ſi pecuniam. verſ. ex quo ſcilicet. ſup. hoc tit.* Quæ exceptio & diſtinctio non cadit in vſuras, quia vſuræ non ſicut fructus acceſſiones naturales ſunt, ſed ciuiles. & quæ iure & negotiatione magis quàm natura percipiuntur, *l. ſi nauis 62. de rei vindic.* vt non poſſit dici factum minorem locupletiorem ex alieno damno, tametſi vſuras nullas reddat, nec ſi quas ex induſtria ſua per eius pecuniæ occaſionem perceperit, ſi modò reddat aduerſario pecuniam pretij, quæ ſola ei abeſt. Ergo non poteſt verum eſſe quod hic Vlpian. reſpondet vſuras pecuniæ quam conſtiterit ex tutela deberi, reputandas eſſe. & cum quantitate perceptorum fructuum compenſandas.

Ratio dubitandi. Multum intereſt an pecunia quam reſtituere minor iubendus eſt, debeatur ex contractu inito cum minore, an ex contractu vel quaſi contractu defuncti, cui minor ſucceſſit. Priore caſu nullas minor debet vſuras, qui nec pecuniam ipſam debet, niſi quatenus ex ea locupletior factus fuit, *d. verſ. ex quo, ſcil. in fin.* Poſteriore verò debet eas quas defunctus ipſe ſi viueret deberet, *d. l. ſi fundus 16. §. 1. de reb. eor.* Nec enim perſona pupilli cum quo contractum non fuit, ſiſtere poteſt curſum vſurarum, quas defunctus ſiue ex conuentione, ſiue ex mora debere cœperit, *l. 3. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* In propoſita autem ſpecie tractamus de vſuris debitis ex perſona defuncti, qui ex cauſa tutelæ quam adminiſtrauerat, reliqua traxerat, debitoque conſtitutus fuerat eius pecuniæ pro qua minor poſtea inconſultè fundum dederat in ſolutum, tanquam & ipſe debitor ex perſona patris cuius hæres proponebatur. Alia igitur ratio eſt

maioris, reſtitutionem in integrum ſiue petentis, ſiue patientis. In huius enim perſona vſurarum ratio habetur omnimodo, ſicque earum compenſatio cum fructibus ex alia parte reddendis, vt & in ſpecie, *lege emptor 65. infr. de rei vindicat.* Vbi tamen agitur non de reſtitutione in integrum, ſed de vendicatione fundi, quem à non domino emptum, ſed à domino, eodémque alterius debitore vſuratio pignoratum emptor bona fide lucrat à creditore.

41. IVLIANVS lib. 45. Digeſtorum.

SI iudex circumuento in venditione adoleſcenti iuſſit fundum reſtitui, cúmque pretium emptori reddere, & hic nolit hac in integrum reſtitutione, pœnitentia acta: exceptionem vtilem, aduerſus petentem pretium, quaſi ex cauſa iudicati, adoleſcens habere poterit: quia *vnicuique licet contemnere hæc, quæ pro ſe introducta ſunt.* Nec quæri poterit, venditor [a] ſi reſtitutus fuerit in eam cauſam, in qua ſe ipſe conſtituit, & quam mutare non potuiſſet, ſi minor auxilium prætoris non implorаſſet.

Ad leg. Si iudex. 41.

Ratio dubitandi. Cùm prætor qui de in integrum reſtitutione minoris tanquam iudex cognoſcit, & pronunciat, iuſſit fundum à minore circumuento venditum reſtitui minori, ac viciſſim emptori minorem reddere pretium, ſtandum omnimodo eſt iudicato, *leg. ſiue hærede 32. §. interpoſito, in illis verbis, nec quicquam de eo à iudicante de in integrum reſtitutione quantum eſt, de adminiſtrat. tutor.* Præſertim cùm ea fuerit iuſtiſſima pronunciatio, ſiquidem reſtitutio quælibet in integrum ſuas habet reputationes, & mutuas præſtationes, *l. vnic. Codice, de reputat. quæ fiunt in iudic. in integrit. reſt. l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio, leg. patri 27. §. ſi pecuniam verſ. ex diuerſo, & ſequent. ſuprà, hoc tit.* Ergo quamuis poſt ſententiam pœniteat minorem impetratæ reſtitutionis, & dicat ſe nolle vti hac in integrum reſtitutione, tamen audiendus non eſt, neque adiuuandus exceptione vlla contra aduerſarium petentem pretium quaſi ex cauſa iudicati. Nec enim pœnitentiæ locus eſſe poteſt poſt rem iudicatam. Alioquin, quis erit vnquam litium finis? Fateor non poſſe cogi eum qui vicit, vt vrgeat ſententiæ executionem cum ipſe condemnatus non eſt. Sed cùm vterque condemnatus fuit, vt in hac ſpecie non magis vni, quàm alij permittendum eſt, vt effugiat iudicati executionem. Vbi enim ſemel iudicatum eſt, de hoc tantùm quæri oportet quid iudicatum ſit, iámque deberi pecunia incipit non ex priſtino contractu, ſed ex iudicato, *l. ſi fundus 16. ſi pluris, infr. de pign. quippe per quod ſit nouatio, leg. vlt. C. de vſur. rei iudic.* ac cui proinde ſatiſfieri oportet, etiamſi per ſordes aut per gratiam iudicatum eſſet; idque propter rerum iudicatarum authoritatem, *l. ſeruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell.* qui locus etſi loquatur de prætore, hic verò de iudice, idem tamen vtriuſque dictionis hac parte ſenſus eſt iudicem dixit Iulianus pro prætore. Nec impropriè cùm prætor iudex ſit in integrum reſtitutionis minorum, nec alium iudicem dare poſſit, vt diximus ad *l. 1.* Non quidem omnis iudex prætor eſt. At è contrario prætor iudex eſt, in iis ſaltem cauſis de quibus pronunciat, ſed maior iudex ad differentiam minorum & pedaneorum qui dantur aut ab ipſo prætore, aut ab alio magiſtratu, *leg. non diſtinguimus 32. §. de liberali. de recept. qui arbit.*

Ratio decid. Euidenter iniquiſſimum eſt nocere rem iudicatam ei pro quo iudicatum fuit, *l. euidenter 16. de except. rei iud.* licet enim vnicuique contemnere ea quæ pro ſe introducta ſunt, vt hîc Iulianus ait, & poſt eum Iuſt. in *l. pen. C. de pact.* Atqui in propoſito caſu iudicatum erat pro minore, quem ſcilicet prætor in integrum reſtitui debere pronunciauerat. Nam quod eadem pronunciatione iuſſus eſt, minor pretium emptori reddere, non tam ideò factum videri debet, vt minor aduerſario condemnaretur, cum nihil à minore aduerſarius peteret, quàm vt iuſta eſſet reſtitutio quæ minori concedebatur, cuius aliter concedendæ nulla æquitas fuiſſet, ac veluti in executionem rei iudicatæ pro minore. Ergo ſi minor nolit vti hac in integrum reſtitutione non eſt cogendus pretium reddere. Nec poteſt iniquum hoc videri aut iniurioſum emptori, qui hoc modo reſtituitur in eam cauſam in qua ſe ipſe conſtituerat, & quam mutare non potuiſſet ſi minor auxilium prætoris non imploraſſet. Atqui, inquies, iudicium redditur in inuitum, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Ergo non eſt quærendum an minor velit aut nolit parere iudicato. Sed iam dixi iudicatum fuiſſe in hac ſpecie pro ſolo minore, nihil prorſus contra minorem.

a *Nec quæri poterit venditor.* Malo cum Cuiacio locum hunc emendare, & pro *venditor* legere *emptor*, quàm cum Accurſio interpretari emptorem pro vẽditore. Etſi enim veteres his verbis emptoris & venditoris, itémque emptionis & venditionis promiſcuè vtebantur, *l. veteres 19. de act. empt.* erat tamen Iuliani temporibus iam antiquata hæc nominum confuſio, quam poſteriores idémque politiores Iuriſconſulti ſemper euitandam crediderunt, ne ex ea rerum quoque confuſio quæ fœdiſſima eſt induceretur, *l. vlt. C. de legit. tut. l. ſi idem 7. C. de iur. delib.* Ex eo autem quod hæc lex ait vnicuique licere ea contemnere quæ pro ſe introducta ſunt quærit Accurſius, an poſſit minor beneficio ætatis renunciare. Et reſpondet rectè non poſſe, efficaciter, quoniam hoc ipſo deceptus intelligeretur, atque ita reſtitui eum oporteret tanquam ex cauſa nouæ læſionis, *leg. interdum 19. ſuprà hoc tit. leg. doli 19. §. diuerſum, verſ. idémque eſt, infra de nouat.*

42. VLPIANVS lib. 2. de Officio Proconſulis.

PRæſes prouinciæ minorem in integrum reſtituere poteſt, etiam contra ſuam, vel deceſſoris ſui ſententiam, quod enim appellatio interpoſita maioribus præſtat, hoc beneficio ætatis conſequuntur minores.

Ad l. Præſes 42.

Ratio dub. Quod appellatio à maioribus interpoſita præſtat, hoc ipſum beneficio ætatis conſequuntur minores, vt hæc lex ait. Atqui non poſſet maior appellare à ſententia præſidis ad ipſum præſidem, vt neq; à ſententia prædeceſſoris ad ſucceſſorem, quia eum qui appellatur maiorem & ſuperiorem eſſe oportet, *leg. 1. & paſſ. quis a quo appellet. leg. eos 6. Codic. de appellat. leg. iudex poſteaquam 28. de re iudic. leg. 1. Codic. ſentent. reſcind. non poſſ.* Ergo neque minor poterit petere à præſide reſtitutionem in integrum aduerſus ſententiam eiuſdem præſidis, aut à ſucceſſore aduerſus ſententiam prædeceſſoris.

Ratio

Ratio decidendi. Differentia illa eſt inter reſtitutionem in integrum & appellationem, & quòd appellatio iniquitatis ſententiæ querelam, in integrum verò reſtitutio erroris proprij veniæ petitionem, vel aduerſarij circumuentionis allegationem continet, *l. præfectis* 17. *ſupr.* inde fit vt etiam is poſſit de in integrum reſtitutione cognoſcere qui appellari ipſe non poſſet. Eóque referenda eſt ratio quæ hic ab Vlpiano affertur, quod appellatio præſtat à maioribus interpoſita idipſum beneficio ætatis & reſtitutionis conſequi minores, non quaſi eadem eſſe debeat ratio appellationis & reſtitutionis, ſed vt intelligamus non eſſe minori neceſſariam appellationem, quæ neceſſaria eſt maiori, cum tantundem poſſit conſequi per reſtitutionem quantum maior conſequeretur per appellationem. Si tamen minor quoque appellare velit non eſt ei denegandum appellationis auxilium quod eſt commune vt bene Accurſius concludit, ex *l. ſi pater* 8. *C. quand. prouoc. non eſt neceſſ. & leg. non debet cui* 21. *de reg. iur.* iunct. *l.* 3. *§. falſus procurat. rat. rem hab.* Non enim ſicut commune & ordinarium auxilium facit ceſſare extraordinarium, *lege in cauſa* 16. *ſupr.* ita è conuerſo. Auxilium tamen reſtitutionis minorum & commodius & plenius eſt, ideóque nec datur maioribus niſi ad hoc vt poſſint appellare, *l. vlt. ſupr. de in integr. reſt.* vbi dixi.

43. MARCELLVS lib. 1. de Officio Præſidis.

DE ætate eius, qui ſe maiorem annis vigintiquinque dicit, cauſa cognita probandum eſt: quia per eam probationem in integrum reſtitutioni eiuſdem adoleſcentis, & alijs cauſis præiudicatur.

Ad l. De ætate 34.

Ratio dubitandi. Res inter alios acta quamvis in iudicio, inter alios non nocet, *l. 1. & tot. tit. C. inter alios act. vel iudic. alijs non nocet, l. vlt. de interrog. in iur. fac.* multò minùs verò in alijs cauſis, cùm eandem rem eſſe oporteat quæ in nouum iudicium deducitur, vt rei iudicatæ poteſtas exerceri poſſit, *l. cum quæritur* 12. *de except. rei iudic.* Nam ſi verum eſt, vt eſt, in iudicijs quaſi contrahi, *l. 3. §. idem ſcribit. de pecul.* inſpiciendum neceſſariò eſt, & cum quo & de quo contraxiſſe quis videatur vt neque ab alio cum quo nec contraxerit, nec quaſi, neque rurſus de alia re quàm de qua contraxerit conueniatur. Ergo non eſt bona ratio quæ hîc à Marco affertur, vt de ætate eius qui ſe maiorem dicit, ideò probandum ſit cauſa cognita quia per eam probationem in integrum reſtitutioni eiuſdem adoleſcentis & alijs cauſis præiudicetur.

Ratio decidendi. Multum intereſt an de ea re cognitum & pronunciatum ſit, quæ ad ſtatum perſonæ pertineat, an de ea quæ ad ſtatum cauſæ & rei in iudicium deductæ. Priore caſu ſententia ius facit & quod ad alias res, & quod ad alias perſonas, quia perſonæ ſtatus vnicus atque indiuiduus eſt, perinde ac perſona ipſa, *ex l. cauſa* 9. *ſupr. de poſtulat.* vbi dixi. Poſteriore non item. Exempla huius legis vide apud Accurſium. Quod autem illa quærit quis ætatem probare debeat ad hanc legem non pertinet, ſed ad *leg. cum de ætate* 13. *§.* 1. *ff. de probat.* vbi dicemus & ad *leg. cum leg. minorem* 9. *C. eod. de prob.* iunct. *l. ſi min.* 4. *C. h. t.* vbi dicitur minorem, qui vult reſtitui probare debere ſuam ætatem quòd minor fuerat tempore geſti negotij, vt poſſit obtinere reſtitutionem, aduerſarium verò vt eam excludat ſi alleget præteriiſſe tempus intra quod debuit peti reſtitutio, idipſum etiam probandum habere. Planè ſi minor in vno contractu iurauerit, ſe maiorem verum eſt quod vult idem Acc. non ſibi præiudicare illum in alijs, quia licèt iuſiurandum probationis quoque vim habeat, *l. non erit* 5. *§. dato iureiur. & l. eam quis iurante* 30. *inf. de iureiur.* Non tamen eius probationis quæ fiat cauſa cognita.

44. VLPIANVS lib. 5. Opinionum.

NOn omnia, quæ minores annis vigintiquinque gerunt, irrita ſunt: ea tantùm, quæ cauſa cognita, eiuſmodi deprehenſa ſunt: vel ab alijs circumuenti, vel ſua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiſerunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiſerunt: aut ſe oneri quod non ſuſcipere licuit, obligauerunt.

Ad l. Non omnia. 44.

Ratio dec. Ad hanc legem eadem eſt quæ, ad *l. verum* 11. *§. ſciend. & ad l. quòd ſi minor* 24. *§. non ſemper,* vbi diximus *ſupr. h. t.* Exempla verò petenda ſunt ex Accurſ. iung. *l. 1. C. qui & aduerſ. quos.*

45. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti monito[illegible]

ETiam ei, qui priùs, quàm naſceretur vſucaptum amiſit, r[illegible]ituendam actionem Labeo ſcribit.

Ad l. Etiam 45.

Ratio dubitandi. Nemo poteſt [illegible] amittere quod nunquam habuit, *l. ſi in diem* 46. *l. Titio vſusfructus* 96. *de cond. & dem. l. non poteſt videri* 108. *de regul. iur.* Atqui is qui in vtero eſt cùm nondum ſit in hominum natura nihil habere poteſt, *l. in falcid.* 9. *ad l. falc.* Ergo neque amittere. Proinde ſi nihil amiſit non indiget reſtitutione. Nec eſt quod quis dicat habendum eum eſſe pro nato qui eſt in vtero, *l. qui in vtero* 7. *& l.* 26. *de ſt. h. hom.* Id enim obtinet in iis quæ ad commodum naſcituri ſpectant. Nullum autem commodum eſt in amiſſione rei prop[illegible]ue per vſucapionem, ſiue quo alio modo ea am[illegible] contingat. Et rurſus cum vſucapio non ſit iure [illegible] ob aliam cauſam introducta quàm vt diligentiores [illegible]derentur domini ad res ſuas inquirendas, quod vſucapionis tempora legitima ſufficere in eam rem viderentur, vt ait *Iuſtin. in princ. tit. de vſucap.* apparet nihil poſſe imputari ei qui adhuc in vtero eſt. Ergo vſucapio contra eum currere non poteſt, non magis quam incipere, *l. bona fides* 48. *de acq. rer. dom.*

Ratio decidendi. Vſucapio ſiue à defuncto, ſiue contra defunctum cœpta, poterit etiam ante aditam hæreditatem impleri, *l. nunquam* 31. *§. vſucuam l. captam* 40. *leg.*

iuſto 47.§.nondum aditam.de vſucap.l.qui cum 6.pro empt. Ergo quamuis ille qui eſt in vtero habendus ſit pro nullo potius quàm pro nato in iis quæ ad damnum eius ſpectant, nihilominus complerur in eius præiudicium vſucapio: ſicut & ſtipulatio pœnalis committeretur etiam ſi nullus eſſet hæres promiſſoris, *l.vlt. de naut. fœn.l. ad diem 77.de verb.obl.* Non enim præcipua inducendæ vſucapionis ratio illa fuit vt dominorum negligentia plecteretur, ſed ne dominia rerum ſemper manerent in incerto, *l.1.de vſucap.* Quæ ratio cùm reſpiciat fauorem poſſidentis non odium negligentis perinde militat contra eum qui adhuc in vtero eſt atq; contra iam natum, nec amiſiſſe dicitur is contra quem vſucaptum fuit, niſi per conſequentias, quoniam ſcilicet is qui vſucepit dominium ſibi acquiſiuit, *leg.3.de vſucap. l.ſi finita 15.§.Iulianus. de dam.infect.* quod dominium penes duos eſſe non poteſt, *l.5.§ ſi duob.vehiculum.inf. commod.* Indiget ergo reſtitutione is qui rem priuſquam naſceretur vſucaptam amiſit ſicuti iam natus amiſiſſet, *l.vnic.C.ſi aduerſ.vſucap.* Malè tamen Accurſius ad hunc locum *qui amiſit*, id eſt, inquit, *qui amiſiſſe inuenitur*. Nam verè amiſit, dicique poteſt habendum hunc etiam pro nato, non quidem propter vſucapionem, quæ non niſi damno eius poteſt cedere, ſed propter hæreditatem quæ non poſſet ei deferri ſi non haberetur pro nato, *d.l.7.& 26. de ſtat.hom.* Ponendum autem neceſſariò eſt fuiſſe aditam hæreditatem per tutorem, alioqui non poſſet vſucapio facere, vt quicquam inueniretur amiſiſſe poſthumus cùm naſceretur ſi non hæres eſſet. Non poteſt autem haberi pro nato quod ad hæreditatem quin habeatur etiam quod ad vſucapionem, & in hoc quoque Accurſius errauit.

a *Reſtituendam actionem.* Ratio dubitandi. Non reſtituitur minor aduerſus vſucapionem aut præſcriptionem quæ cœpit à defuncto cui minor ſucceſſit, *l.Æmilius 38.verſ.dicebam ſup. hoc titul.* Atqui in ſpecie huius legis cœpta erat vſucapio contra deceſſorem pupilli. Ergo non magis reſtitui poterit pupillus quàm poſſet defunctus ipſe ſi viueret: atque ita ſentit Cuiacius, ad *d.l.Æmilius*, ſed malè & contra hanc legem quæ dum ait etiam ei qui priuſquam naſceretur vſucaptum amiſit reſtituendam eſſe actionem oſtendit apertiſſimè tantum magis reſtituendam eſſe ei qui iam natus vſucaptum amiſiſſet.

R.dec. Nihil imputari poteſt ei qui priùs quàm naſceretur nõ vſurpauit nec interrupit vſucapionem, quia nec potuit. Ergo dignus eſt qui per reſtitutionem adiuuetur, ſed non tam aperta ratione, quàm is qui iam natus amiſit. Hic enim alienaſſe videtur qui paſſus eſt rem ſuam vſucapi, *l.alienat.28.de verb.ſignif.* quod dici non poteſt de illo qui nondum fuit natus tempore completæ vſucapionis qui proinde cùm nihil geſſerit neque amiſerit videbatur reſtitui, nec poſſe nec debere. Sic dicimus lege Iulia de fundo dotali inhiberi vſucapionem fundi dotalis: eam tamen quæ ante dotis conſtitutionem cœpta fuerat non interpellari, *leg.ſi fundum 16.de fur.d. dotal.* Nec obſtat quod minor non reſtituitur contra præſcriptionem conuentionalem, *d.l.Æmilius.* Vſucapio enim non à conuentione procedit, quæ facta ſit cum domino, ſed à lege. Nec rurſus quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt in *l.vlt. C. in quibus cauſ. non eſt neceſſ.* vt legales præſcriptiones contra quas olim reſtitutio dabatur hodie ipſo iure non currant, Illa enim conſtitutio ad præſcriptiones tantùm pertinet non ad vſucapionem, quæ multò potentior eſt, cùm effectum ſuum operetur ſola iuris ciuilis poteſtate, nec indigeat traditione prætoria, ex cuius edicto ſunt reſtitutiones, qua tamen indigent præſcriptiones omnes etiam quæ ex legibus aut Senatuſconſultis, aut principum conſtitutionibus proficiſcuntur, de quibus in *l.4.C.de præſcript. 30.vel 40.annor.* Nam & eadem Iuſtiniani conſtitutione exceptæ ſunt præſcriptiones 30. & 40. annorum, vt ſcilicet currant contra minorem & quidem quod neceſſariò conſequens eſt ſine ſpe reſtitutionis, quamuis non currant contra pupillum: qui proinde nec vlla indiget eo caſu reſtitutione.

¶ Imperator Titius Antoninus reſcripſit, eum qui fraude tutoris [b] aduerſarium ſuum diceret abſolutum, & agere cum eo ex integro [c] vellet, licentiam habere, priùs cum tutore agere.

Ad §. Imperator.

b *Fraude tutoris.* Ratio dubitandi. Etiam cùm nulla fraus tutoris interuenit, ſi tamen aduerſarius pupilli fuerit, perperam abſolutus eſt, perinde reſtitui pupillus poteſt ad cauſam ex integro tractandam aduerſus eum qui abſolutus eſt, aut poteſt etiam ſi hoc malit priùs agere cum tutore, *l.3.vlt.& tot.tit. C.ſi tut. vel curat. interu. l.1.pen.& vlt.C.ſi aduerſ.rem iudic.* Quid ergo poteſt hic facere fraus tutoris.

Ratio decidendi. Poteſt quidem pupillus reſtitui contra aduerſarium victorem, etiam ſi nulla fraus tutoris interuenerit: id enim eſt quod ait, *l.1.C.ſi tut.vel cur.int.* Minoris etiam in his [illegible] præſentibus tutoribus in iudicio vel extra iudicium [illegible]ta ſunt in integrum reſtitutionis auxilium ſupereſſe [illegible] circumuenti ſint. Sed non æquè poteſt agere cum tutor[illegible] qui nullius fraudis conſcius probatur: ſiue antè, ſiue poſt impetratam contra eum qui abſolutus eſt reſtitutionem ag[illegible] velit. Quid enim poteſt imputari tutori qui cauſam [illegible] pupilli diligenter & ex bona fide, tametſi fuerit pup[illegible]s per imperitiam & iniuriam iudicis condemnatus? [illegible] namque fieret vt iniuria per iudicem pupillo facta [illegible] torem quoque contingeret, quod eſſe non debet, *leg. ſi per imprudentiam 51. de euict. leg. exceptione 67. de fideiuſſ.* Diuerſum eſt in aliis quæ tutor ipſe gerit nomine pupilli, pro quibus vtique tenetur ſi malè geſſerit, licèt non perfidè neque per fraudem: quia poteſt ei imputari cur ita geſſerit quod aliter & melius gerere potuit & debuit, non etiam cur fuerit malè condemnatus ſi pupillus bene ab eo defenſus fuit, cùm iudicium quidem reddatur in inuitum reum, *l.inter ſtip.87. §.1. de verb. oblig.* iudicatum autem etiam contra actorem æquè inuitum. Itaque non ſimiliter ſcriptum eſt in *d.l.1.* minoribus, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium circumuenti ſunt ſubueniendum eſſe contra tutores aut curatores, contra hos enim ſubuenitur in iis tantùm quæ malè, id eſt, non ex vtilitate minorum geſſerunt diſtrahendo aut aliter adminiſtrando res minorum, non etiam in iis quæ in iudicio ſi nulla eorum fraus probetur. Nam neque in contractibus perpetuum eſt vt minor læſus habeat actionem contra tutorem vel curatorem, putà ſi & dolo & culpa careat tutor vel curator, quo tamen caſu non eò minùs reſtituitur minor contra eum qui contraxit cum tutore vel curatore, vt in *l.tutor 48. infrà hoc tit.* Ergo bona conſecutio eſt, vt quo caſu datur actio minori contra tutorem vel curatorem multò magis detur reſtitutio contra eum à quo læſus minor fuit: ſed non è conuerſo, vt quo caſu datur reſtitutio minori, danda etiam ſit ei actio contra tutorem vel curatorem. Faciliùs enim datur reſtitutio quàm actio iſta, quia reſtitutio nihil requirit niſi læſionem ex parte minoris. Actio autem tutelæ vel negotiorum geſtorum ex cauſa curationis requirit etiam dolum aut culpam ex parte tutoris vel curatoris, quæ culpa non ſemper concurrit cum læſione.

c *Ex integro.* Malè Accurſius hæc verba ſic interpretatur, quaſi ſignificent *per in integrum reſtitutionem.* Poteſt enim fieri vt condemnatus pupillus velit ex integro agere, nec tamen egeat reſtitutione, putà ſi fuerit condemnatus per dolum aduerſarij. Hoc enim caſu cum priſtina actio ſupereſt quam exercere nihilominus poteſt

nulla

nulla eget pupillus reſtitutione qui ipſo iure munitus eſt, *l. in cauſa 26. ſup.* Quod ſi ei priſtinam actionem exercenti obiiciatur exceptio rei iudicatæ, quâ vtique victor obiicere pro ſuo iure poteſt, ſufficit pupillo ad eam elidendam replicatio doli quæ ſufficeret maiori, *l. cum à te 25.* vbi dixi *ſup. ti. prox.* Sed ſi nullus aduerſarij dolus interuenerit ſicuti non poteſt replicatio doli locum habere, ita fatendum eſt neceſſariam eſſe reſtitutionem in integrum vt ex integro cauſa agatur. Poteſt autem hæc interpretatio ad hanc legem optimè aptari, non propter verba illa, *ex integro*, ſed propter titulum hunc qui eſt de in integrum reſtitutione minorum, & quia lex ponit fraude tutoris abſolutum fuiſſe aduerſarium, non etiam adiecto eo quod aduerſarius participauerit fraudem. Malè rurſum idem Accurſius quod lex ait, *licentiam habere*, ſic explicat quaſi neceſſitatem non electionem habeat pupillus agendi prius cum tutore ex *l. properandum, l. 3. §. vlt. C. de iud.* Nam præter id quod noua illa conſtitutio eſt, qua Iuſtinianus ius vetus correxit, quod Vlpiani & huius legis temporibus obtinebat, illud etiam conſtat eam conſtitutionem ad vnum illum caſum pertinere, quo per deſidiam tutorum elapſum ſit triennium intra quod finiri lis debuit, ob idque pupillus cauſa ceciderit, qui caſus ſpecialem habet rationem propter quam non ſit danda reſtitutio pupillo aduerſus ſententiam ſi tutor ſit ſoluendo, Nempe quod in hac ſpecie condemnatus ſit pupillus ex iure communi, quamuis propter deſidiam tutoris, Quod non ſimiliter dici poteſt cum cauſa ritè acta & peracta eſt, non tamen rectè & ex fide propter fraudem tutoris, quæ ſi non interceſſiſſet, vincere pupillus debuiſſet ex ipſo etiam iure communi.

46. PAVLVS lib. 2. Reſponſorum.

EVm, qui ex ſua voluntate minorem annis in iudicio defendit, & condemnatus eſt, ex cauſa iudicati poſſe conueniri: nec eius, quem defendit, ætatem a ad reſtitutionem impetrandam ei prodeſſe, cùm cauſam iudicati recuſare non poſſit. Ex quo apparet, nec eum, cuius nomine condemnatus eſt b, auxilium reſtitutionis propter eam ſententiam implorare poſſe.

Ad l. Eum qui 46.

Ratio dubitandi. Neque procuratori neque in procuratorem actio iudicati datur, *l. ſi procurator. 28. ſup. de procur. l. item eorum 6. §. vlt. quod cuiuſque vniuerſ. nom. leg. hoc iure. 86. de ſol. l. 4. in princ. de re iud.* Atqui procurator quiſquis eſt ſiue alieno agat nomine ſiue conueniatur, etiam defenſor eſt, & ad eius officium maximè pertinet vt abſentem defendat, *l. 1. §. vſus l. ſeruum quoque. 33. §. aut prætor. l. ſed & hæ 35. §. defendere. de procur.* Non magis igitur verum eſt quod hic dicitur maiorem qui ex ſua voluntate minorem annis in iudicio defendit & condemnatus eſt ex cauſa iudicati poſſe conueniri. Nam nec procurator quiſquam eſt niſi ex ſua voluntate cum inuitus procurator nemo fiat, *l. filiuſfam. 8. §. inuitus, eod.* & mandatum ſuſcipere ab initio voluntatis eſt, licèt ex poſtfacto ſit neceſſitatis, *l. ſi mandauero. 22. §. vlt. mandat.* Et contra non minus alieno nomine litigat qui alterius defenſor eſt, quàm qui procurator. Idem ius igitur in vtroque conſtitui debuit, nec defenſor magis quàm procurator ex iudicati cauſa conueniri, ne alioquin aut huic aut illi officium ſuum quod bona fide & abſentis amicitia ductus impleuerit damnoſum ſit contra, *l. ſed ſi quis 7. teſt. tu. quem. aper. l. ſi ſeruus 61. §. quod verò inf. de furt.*

Ratio decidendi. Euidens differentia eſt, & differentiæ ratio inter procuratorem, & defenſorem. Defenſor enim vltro ſe liti offert, non etiam procurator, qui licèt mandatum ab initio non ſuſcipere potuerit, poſteaquam tamen ſuſcepit litem quoque ſuſcipere cogitur. Vnde illud etiam fit vt in eum cuius mandato procurator iudicium accepit iudicati actio dari poſſit propter mandatum, *d. l. ſi procurator*, quæ non poſſet dari contra eum qui non modò abſens, ſed etiam ignorans ab alio defenſus eſſet, *d. leg. 4. & de re iud.* Itaque impunè defenſor illuſiſſet & iudici & iudicio, ſi contra eum iudicati executio fieri non poſſet, quod non ſimiliter dici poteſt in perſona procuratoris, pro quo alius eſt qui ex iudicato conueniri poſſit: is nimirum qui procuratorem dedit. Procuratori comparantur tutor & curator non defenſori, quia pupillum & adultum defendere coguntur ex neceſſitate officij, ob idque in eos non datur actio iudicati, ſed in minorem ſiue pupillus ille ſit ſiue adultus, *l. 2. de adminiſtr. tutor.* Cum hæc lex ſit de maiore qui minorem defendit, quæſtio autem de hoc tantùm, an contra eum danda ſit iudicati executio necne, non autem an poſſit reſtitui in integrum. Apparet malè Accurſium hîc diſtinguere quod ad reſtitutionis cauſam pertinet an interceſſerit mandatum necne, ſiue enim mandatum aliquod præceſſerit, ſiue nullum, reſtitui maior nunquam poteſt, cadítque ea diſtinctio duntaxat in minorem qui dedit procuratorem quem dicimus poſſe reſtitui ſi rem à procuratore ſuo ſeruare non poſſit, ac non poſſe reſtitui ſi ſeruare poſſit, *l. cum mandatu 13. verſ. ſi autem ipſe dominus*, vbi dixi, *ſuprà hoc tit.* Debuit igitur hæc Accurſ. gloſſa aptari ad vltimam huius legis ſententiam, & quæſtionem quæ eſt de minore defenſo. An reſtitui poſſit contra ſententiam latam aduerſus defenſorem.

a *Nec eius qui defendit ætatem.* Ratio dubitandi. Defendere eſt eandem quam reus vicem ſubire, *l. minor. 51. §. 1. ſupr. de procur.* Atqui ſi minor qui defenſus fuit litem ſuſcepiſſet, ac condemnatus fuiſſet, reſtitui hodie in integrum poſſet, *l. prox. ſupr. & tot. tit. C. ſi aduerſus rem iud.* Ergo & ei qui minorem defendit, danda erit reſtitutio aduerſus iudicatum quæ daretur minori. Ne alioqui deterioris conditionis ſit defenſor quàm defenſus, quo admiſſo vtique non eandem vicem defenſor ſubiret quam reus.

Ratio decidendi. Eandem vicem ſubire defenſorem quam reus ſubiret, nihil aliud eſt quàm ad id ipſum condemnari defenſorem, ad quod reus condemnaretur, & ad eundem modum, id eſt, non in plus nec in minus, *d. leg. minor. § 1.* vbi dixi. At cauſa reſtitutionis in integrum quæ daretur minori, nihil commune habet cum cauſa iuris & condemnationis, quia non ex iure proficiſcitur reſtitutio, ſed ex æquitate. Non eadem porrò æquitas quæ ſuadet ſuccurrendum eſſe minori, ſuadet ſuccurrendum eſſe etiam defenſori, quia non poteſt imputari minori cur minor ſit, nec rurſum cur ſe conueniri & condemnari paſſus fuerit, *l. ſi etenim 6. C. de temporali in integrum reſtitutione, l. purè 5. §. vlt. de doli exceptione.* At defenſori minoris imputandum eſt cur cum ſine mandato defendere voluerit, ac liti ſe vltro obtulerit, *d. l. 4. de re iud. l. ſin autem 27. in princ. infr. de rei vind.* Hoc verò Accurſius quoque non intellexit, qui diſtinguendum putat. An reſtitui poſſit minor defenſus, an non vt ſi poſſit reſtitui, defenſor quoque reſtituatur, ex *d. l. minor. §. 1.* Nam præter id quod nullo caſu poteſt locus eſſe huic diſtinctioni, cum nullo caſu poſſit lædi minor defenſus per ſententiam contra defenſorem latam, vt ſequitur in textu, cuius ſcilicet executio contra minorem ipſum fieri nunquam poteſt. Illud etiam conſtat ſi quo caſu minor poſſet reſtitui, nihilo magis tamen reſtituan

ſtituan

ſtituendum eſſe defenſorem ob eam diuerſitatis rationem quam attulimus.

b *Nec enim cuius nomine condemnatus eſt.* R.dub. Intereſt minoris vt poſſit reſtitui aduerſus ſententiam contra defenſorem latam, non quaſi ex ea conueniri quandoque poſſit, ſed quoniam a defenſore condemnato poſtea conueniri poterit actione non quidem mandati, cum mandatum nullum interuenerit, ſed negotiorum geſtorum quæ dari ſolet ceſſante mandato. Ergo etiam hoc caſu danda eſt reſtitutio minori.

R.dec. Imo nihil intereſt minoris, quia nullomodo tenetur defenſori ſi defenſor malè negotia geſſerit. Si verò defenſor bene geſſerit, tenetur ei minor, & quidem efficaciter ac ſine ſpe reſtitutionis, quam niſi iniquè ipſi dare prætor non poſſet, vt optimè contra Martinum diſputat Accurſius, ex *l. 5. §. in hac ſtipulatione hoc tractatur iudic. ſolui.*

47. Scævola lib. 5. Reſponſorum.

TVtor, vrgentibus creditoribus [a], rem pupillarem bona fide vendidit, denuntiante tamen matre & emptoribus. Quæro, cum vrgentibus creditoribus diſtracta ſit, nec de ſordibus tutoris [b] meritò quippiam dici poteſt, an pupillus in integrum reſtitui poteſt? Reſpondi, cognita cauſa æſtimandum: nec ideirco, ſi iuſtum ſit reſtitui, denegandum id auxilium, quòd tutor delicto vacaret.

Ad l. Tutor. 48.

R.dub. Non male contrahitur cum tutore, dummodo tutor contrahat bona fide, *l. 4. in fin. ff. de euict.* Tutor enim domini loco eſt, niſi cum mala fide verſatur in re pupillari, ac pupillum ſpoliat, *l. interdum 56. §. qui tutelam de furt.* iunct. *l. qui fundum 7. § ſi tutor pro emptor.* Ideoque rata habenda ſunt omnia quæ per tutorem geſta ſunt bona fide, tametſi tutor non ſit ſoluendo ad indemnitatem pupillo præſtandam, *l. cum plures 11. §. 1. de admin. tut.* Vnde enim poteſt diuinare is qui contrahit cum tutore? *l. 4. § illa etiam quæſtio, de doli except.* Ergo cum in hac ſpecie tractaretur de venditione rei pupillaris bona fide facta per tutorem, adeoque vrgentibus creditoribus, quibus ſatisfieri omnimodo oportuit, ſiue interpoſito decreto ſi talis res erat quæ aliter vendi non poſſet, vt puta prædium ruſticum vel ſuburbanum, ſiue etiam ſine decreto ſi res mobilis erat aut prædium vrbanum, temporibus nimirum Scæuolæ cuius hæc lex eſt [hodie namque aliud eſt, poſt *l. lex quæ tutores 22. C. de adminiſtr. tut.*] Nulla videbatur ſubeſſe ratio aut æquitas dandæ pupillo reſtitutionis. Nec enim quod mater ex facto proponebatur emptoribus denunciaſſe ne emerent, ad rem faciebat, cum matri quæ tutrix non erat, denunciandi ius nullum haberet, non magis quàm prohibendæ venditionis, cum paterni & hæreditarij creditores pupilli vrgerent: nec quicquam per ſordes aut per gratiam tutoris factum allegaretur.

R.dec. Tenet quidem & valet ipſo iure venditio quæcunque per tutorem facta eſt bona fide, nec aduerſus iuris prohibitionem, ac ſi per dominum ipſum maiorem vigintiquinque annis facta eſſet. Sed ea res affert pupillo reſtitutionis implorandæ neceſſitatem potius quàm vt ei auferat eius obtinendæ facultatem, ſi modò cauſa cognita probetur cauſa aliqua reſtitutionis, id eſt, quòd læſus fuerit pupillus. Hoc enim vnum ſufficit vt iuſtum ſit reſtitui pupillum, nec illud etiam requiritur vt tutoris dolus aliquis aut culpa interuenerit, quomodo requireretur ſi tractaremus de tutelæ actione ex eo nomine contra tutorem danda, vt diximus ad *l. imperatores 46. ſup. eod.*

a *Vrgentibus creditoribus.* Non tamen ipſis creditoribus diſtrahentibus iure creditorum fortè quòd eſſent creditores chirographarij tantum. Nec enim ius diſtrahendi habet alius creditor, quàm qui pignoratitius eſt, *l. Ariſto. 3. quæ res pign. oblig. poſſ. l. ſi conuenit 4. & ſeqq. de pignor. action.* Quid ergo ſi creditores ipſi rem hanc pupillarem diſtraxiſſent, tanquam pignoratitij? Solet quidem omnium validiſſima eſſe huiuſmodi venditio quæ fit à creditore iure creditoris, ita vt dictum vulgare ſit, Eum qui à creditore rem pignori obligatam iure emit, de proprietate vinci non poſſe, *l. qui à creditore 18. C. de diſtr. pign. l. 2. C. ſi antiq. cred. pign. vend.* Sed tamen non eo minus, quanquam paulo difficilius, reſtituendus eſt minor, niſi tamen ſi magno ex ea venditione damno afficiatur, vt ait *l. 1. C. ſi aduerſus vend. pign.* cum ad reſcindendam venditionem quæ à tutore ipſo facta eſſet læſio qualiſcunque, dum ne prorſus modica ſufficeret. Facilius enim eſt vt reſtituatur minor contra factum tutoris, quàm contra factum creditoris, ſiue quod factum tutoris propius quàm creditoris accedat ad factum pupilli cuius perſonam tutor non creditor repræſentat, ſiue quòd creditor ius diſtrahendi pignoris habeat non à pupillo tantum vel à tutore ſed à lege, quamuis ob concurrentem tacitam debitoris voluntatem: vnde fit vt dominium quoque transferat quamuis non ſit ipſe dominus, *§. 1. Inſtit. quibus alienare licet vel non.* Ideoque ſi ponerem à patre pupilli & contractum debitum & conſtitutum pignus fuiſſe, dicerem non poſſe locum eſſe reſtitutioni ſi modò pignoris diſtractio ritè ac ſolemniter facta eſſet, vt dixi ad *l. Æmilius. 38. ſup. hoc tit.* poſt Paulum, *lib. 1. ſent. tit. 9. §. vlt.* At cum pignus à pupillo ipſo ex tutoris auctoritate vel à tutore conſtitutum eſt, diſtinguere oportet an in ea re quæ poſt orationem Seueri ſine decreto obligari non potuerit, an in ea quæ potuerit etiam ſine decreto. Accurſius an pro debito proprio an pro hæreditario. Et omni caſu facilius datur ei reſtitutio, quam cum & debitum & pignus paternum fuit, difficilius tamen quàm ſi pupillus tutore auctore vel tutor ipſe vendidiſſet. Dicat aliquis, Cum pignus datum eſt a patre quod poſtea venditum fuit à creditore nihil eſſe quod de reſtitutione tractari poſſit quia vel ponimus ritè ac ſolemniter factam eſſe venditionem, & eo caſu verum eſt quod diximus reſtitui minorem nullo modo poſſe, vel peccatum aliquid fuiſſe in ſolemnitatibus, & eo caſu non poteſt neceſſaria eſſe reſtitutio, aduerſus venditionem quæ ipſo iure non tenet. Sed reſpondendum eſt imò verò tenere venditionem pignoris à creditore factam etiam mala fide ſi modò creditor habuerit ius diſtrahendi, *l. 1. & 2. C. ſi vendit. pign. agat.* adeò vt nec emptor eo nomine conueniri poſſit iure ordinario & communi niſi fraudem cum creditore participaſſe probetur, niſi in ſubſidium, ſi creditor non ſit ſoluendo quando emptor fraudem non participauit, *l. 3. 4. & vlt. eod. tit.* Non eſt igitur inutilis reſtitutio minori quæ facit vt rectà poſſit agere contra emptorem ad rem ſuam recuperandam, quæ pignoris quidem iure ſed perperam minuſque ſolemniter diſtracta fuit. Proinde quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. C. ſi aduerſ. vend. pig.* de danda minori reſtitutione contra venditionem pignoris ob cauſam dumtaxat erroris damni ex ea venditione contingentis, de pignore accipi debet quod non à patre minoris ſed à minore ipſo conſtitutum ſit, vt dixi ad *d. l. Æmilius.* Conſtitutum, inquam ritè ac rectè, item, que ritè

ſe

ac ſolemniter diſtractum. Alioqui de damno quæri non oporteret, quippe quod nullum potuiſſet contingere ex ea venditione quæ ipſo iure non teneret.

b *Nec de ſordibus tutoris.* R.dub. Alij pleríque ſunt caſus in quibus non aliter minor reſtituitur, quàm ſi tutoris dolus aliquis interuenerit, vt in *l.5. §.1. verſ. ſed ſi ei probaretur, l. aut prætor 7.* aliàs *l. etſi ſine §. quæſitum ſup. hoc tit.* [quibus tamen malè Accurſius addit tertium, ex *d.l.1.C. ſi aduerſ. vend. pign.* vbi de dolo & ſordibus tutoris vel curatoris verbum nullum eſt.] Ergo & in ſpecie huius legis cum venditionem bona fide factam eſſe conſtaret, nec de ſordibus tutoris quicquam dici poſſet, non erat reſtituendus pupillus.

Ratio decidendi. Caſus quidam ſunt in quibus denegatur reſtitutio minori, etiam qui ſe læſum probet, ſi maior alia ratio faciat ne ſubueniri ei oporteat, ſiue ob ipſorum quoque minorum vtilitatem vt in ſpecie, *d. §. quæſitum.* ſiue ob quam aliam rationem, vt in *d.l. 3. §. 1.* Et tamen iis ipſis caſibus ſemper reſtitui minorem oporteret, ſi dolus tutoris vel curatoris interueniſſe probetur. Nullus enim omnino caſus excogitari poteſt quo deneganda ſit reſtitutio minori, qui per ſe tutoris vel curatoris ſui ſordes & colluſionem probare læſum poſſit. Extra eos caſus ſpeciales ſufficit vt damnum pupilli vel minoris verſetur, etiamſi tutoris vel curatoris colluſio nulla interceſſerit, vt dixi ad *d. §. quæſitum ex l. pen. infr. hoc tit.* vbi etiam dicam. Nec ſimile eſt quod Accurſ. obiicit, ex *l. minor. 25. annis 32. §. eod.* non reſtitui minorem contra debitorem cui bona fide ſoluit minori quem maiorem eſſe putabat, nec proinde adhibito curatore quem tamen adhiberi debuerat cum re vera minor eſſet is qui maior putabatur. Id enim fit tam propter auctoritatem decreti præſidis quod in ea ſpecie interuenerat quàm propter fauorem liberationis, vt dixi ad eam legem. Semper enim fauorabilior eſt qui æs alienum ſoluit quod ſoluere habet neceſſe, quàm qui vltro rem minoris emit quam non poterat cogi vt emeret, *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio. ſupr. eod.*

1 ¶ Curator adoleſcentium prædia communia ſibi, & his quorum curam adminiſtrabat vendidit. Quæro, ſi decreto prætoris adoleſcentes in integrum reſtituti fuerint, an eatenus venditio reſcindenda ſit, quatenus adoleſcentium pro parte fundus communis fuit? Reſpondi eatenus reſcindi, niſi ſi emptor à toto contractu velit diſcedi, quòd partem empturus non eſſet.

¶ Item quæro, emptor vtrum à Seio, & Sempronio pupillus [a], pretium cum vſuris recipere deberet, an verò ab hærede curatoris [b]? Reſpondi, hæredes quidem curatoris teneri, verùm in Seium & Sempronium [c] pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: vtique ſi ad eos accepta pecunia pro eadem parte perueniſſet [d].

Ad §. 1. Curator.

Ratio dubitandi. Venditionis cauſa indiuidua eſt quia nec qui vendit totum fundum, partem fortaſſe venditurus fuit, nec qui totum emit partem fuerat empturus, vt de emptore ſcriptum eſt in hoc §. & in *l. quòd ſi vno 13. de in diem addict. l. Iulianus 13. §. Idem Celſus 17. de act. empt. l. ſi quis aliam 46. de ſolut.* Et ratio eſt quoniam alioqui fieret vt inuitus emptor vel venditor incideret in communionem cum eo quem ſocium habere fortaſſis nollet: cùm tamen ad communionem nemo compellatur, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum de cond. indeb.* vt neque in communione remanere, *leg. vlt. C. com. diui.* propter diſcordias quas materia communioni excitare ſolet, *l. cùm pater 77. §. dulciſſimis, de legat. 2.* Ergo in propoſita ſpecie neceſſe eſt venditionem in totum reſcindi per reſtitutionem à minoribus impetratam, non autem eatenus duntaxat quatenus prædium adoleſcentium fuit.

Ratio decidendi. Ita eſt ex parte emptoris ſi velit ille à toto contractu recedi, quia partem empturus non fuit. Intereſt enim ipſius vt non incidat in communionem cum adoleſcentibus inuitus. Sed ex parte minorum non ita eſt, quia nihil eorum intereſſe poteſt, niſi quatenus ipſorum pro parte fundus communis fuit, cùm ante venditionem eſſent iam in communione cum curatore, nec potuerint vnquam impedire quominus curator partem ſuam cui vellet, venderet, & ſimiliter nihil intereſt curatoris, qui omnimodo partem ſuam vendere & potuit & voluit, quique nullo colore poſſit dicere ſe partem ſuam venditurum non fuiſſe, ſi non etiam adoleſcentium partem vendidiſſet. Cur non enim vendidiſſet, cùm neque totum fundum haberet, neque in communione manere vellet?

a *A Seio & Sempronio pupillus.* Dictio hæc *pupillus* planè irrepititia eſt ex gloſſa interpretis alicuius parum cauti, nec animaduertentis propoſitam fuiſſe ſpeciem & quæſtionem de adoleſcentibus curatorem habentibus, non de pupillis qui tutorem habere, non curatorem debuiſſent. Nam quod Accurſius ait, & poſt eum Cuiacius *pupillos* dixiſſe Scænolam pro adoleſcentibus, prorſus improbabile eſt. Sunt quidem pupilli omnes minores, iiſque non minus quàm adoleſcentibus conuenit appellatio minorum, ſed non viciſſim poſſis dicere adoleſcentes, aut minores omnes eſſe pupillos.

b *Hæredem quidem curatoris teneri.* Intellige in ſolidum, non quidem quod ad cauſam euictionis, de qua hic tractari non poteſt cum prædium commune curatori & adoleſcentibus fuiſſe proponeretur, & ita dominij iure ad eos non ad alium pertinuiſſe: ſed quantum attinet ad pretij reſtitutionem licèt aliter ſentiat Accurſius.

Ratio dubitandi. Fundus non fuit curatoris niſi pro parte, nec à curatore ex propria perſona venditus niſi pro ea parte. Etſi enim totum fundum hic curator vendiderat, aliam tamen partem quæ ad adoleſcentes ſpectabat nonniſi curatoris iure vendiderat. Alioqui ſi fundum tanquam totum ſuum vendidiſſet, nulla minores egerent reſtitutione, ſed partem ſuam iure communi vindicare quandocunque poſſent, vt euenit quoties à non domino vendita fuit res aliena, *l. rem alienam 28. de contrah. empt.* Sed & ponendum neceſſariò eſt quod Accurſius ponit factam fuiſſe venditionem interpoſito decreto, vel prædium quod fuit venditum vrbanum fuiſſe non ruſticum aut ſuburbanum, quoniam alioqui non magis egerent adoleſcentes reſtitutione in integrum, quàm ſi alius quilibet extraneus rem ad eos pertinentem ſine mandato diſtraxiſſet, *l. 1. C. de præd. minor.* Ergo non poteſt hæres curatoris teneri ad reſtitutionem pretij, niſi pro ſua parte fundus curatoris fuit.

Ratio decidendi. Curator licet partim proprio, partim curatorio nomine vendiderit, pretium tamen totum accepit, nec debuit emptor inquirere an pretium curator acciperet tanquam totum id in vſus ſuos impenſurus, an verò tanquam pretij partem in adoleſcentiũ vtilitatẽ conuerſurus. Pertinebat enim hoc ad cauſam curationis, & ad fidem curatoris, non ad diligentiam nimiſque curioſam ſollicitudinem emptoris, qui non poterat dubitare quin totum pretium bene ſolueret ſi totum ſolueret

ſolueret curatori, ſiue proprio nomine totum accipere vellet, ſiue partem proprio, partem curatorio. Totum igitur pretium emptori reddere curatoris hæres debet, ſalua ei repitatione in iudicio curationis aduerſus adoleſcentes ſi pretium illud ſiue in totum ſiue pro parte ad eos, id eſt, ad eorum non tam manus quàm vtilitatem perueniſſe probetur.

c *Verùm & in Seium & Sempronium.* R. dub. Habet emptor actionem aduerſus hæredem curatoris ad pretium cum vſuris recipiendum, & quidem in ſolidum, vt proximè diximus. Ergo nullam aduerſus adoleſcentes actionem habere debet, ſiue quòd nihil eius intereſſe videatur, ſiue quòd nihil adoleſcentibus fuerit ſolutum.

Ratio decidendi. Qui cum curatore contrahit, eique pretium aut alia ex cauſa debitam pecuniam ſoluit, ſicuti cum ipſo adoleſcente contrahere intelligitur, ita duos habet eius pecuniæ debitores, curatorem & adoleſcentem, ſed alio atque alio modo. Curatorem enim qui ipſe naturaliter & re vera totam pecuniam ſibi numeratam accepit, obligatum habet in ſolidum. Adoleſcentem verò non niſi de eo quod ad ipſum peruenit, & quidem pro qua tantum parte fundus adoleſcentis fuit. Nam & ſi poneres totum pretium in rem adoleſcentis verſum fuiſſe, non eo magis tamen actio contra adoleſcentem danda eſſet in ſolidum emptori, ſed curatori. Idque eſt quod hîc Scæuola ſignificat iis verbis, *vtique ſi ad eos accepta pecunia pro eadem parte perueniſſet.* Ergo in propoſita ſpecie adoleſcentes ad pretij reſtitutionem teneri æquum eſt pro qua parte fundus eorum fuit, ſi modò ad eos accepta pecunia pro eadem parte peruenerit. Neque nouum eſt vt qui cum vno tantùm contrahit, duos tamen ſibi hoc ipſo acquirat debitores. Nam & idem euenit ſi quando filiosfamilias contrahat ex cauſa peculiari. Seipſum enim obligat in ſolidum, patrem verò non niſi de peculio aut de in rem verſo, *leg. ſi quis cum fili familias 44. infr. de peculio.* An verò adoleſcenti iſti ſimul cum parte pretij etiam vſuras pro eadem parte præſtare cogentur, quemadmodo hæres curatoris ſi conueniatur in ſolidum, præſtare cogitur totum pretium cum vſuris? Et non puto, quia eatenus duntaxat teneri illos æquum eſt, quatenus pecunia ad eos peruenit, vt lex ait. Pecunia autem non peruenit cum vſuris, nec ſi poſtea vſuras aliquas ex ea pecunia, aut vt melius dicã, per eius pecuniæ occaſionem ſiue ex ſua ſiue ex curatoris induſtria perceperit, quamvis per reſtitutionem in integrum non tantùm partem ſuam prædij recuperent, ſed etiam fructus qui ex ea parte vel percepti ſunt, vel percipi potuerunt, *l. patri 27. §. ſi pecuniam verſ. ex diuerſo, l. minor. 40 §. 1.* vbi dixi, *ſupr. hoc tit.* Ergo nec vſuras reddere adoleſcentes debent, niſi vno illo caſu quo ex ea pecunia dimiſſi eſſent creditores quibus hodie ſi dimiſſi non eſſent vſuræ deberentur, vt in *l. ſi fundus 53. §. 1. de reb. eorum qui ſub tut.* Planè ſi curatoris hæres totius pretij vſuras præſtiterit, & partem pecuniæ in rem adoleſcentium verſam eſſe probauerit, æquũ erit in eo iudicio quod ex cauſa curationis poſtea redditur reputationem fieri vſurarum etiam quas adoleſcentes emptori pręſtare non debuiſſent Neque ſunt iſta contraria. Deterior enim debet eſſe conditio adoleſcentium ſi res iis ſit cum curatore quàm ſi cum emptore. Nam cum curatore quaſi contraxiſſe intelliguntur, *l. 5. §. tutela de oblig. & action.* Cum emptore autem nullo modo: Proinde non aliam ob cauſam tenentur emptori, quàm quia locupletarentur alioquin ex ipſius damno, *d. §. 1. in fin.* vbi datur idcirco exceptio doli emptori ſi adoleſcentes fundum vindicare velint cum fructibus nec reddere velint pretium cum vſuris quæ creditoribus dimiſſis deberentur, vt & in *leg. etere 14. & lege ſi prædium 16. Cod. de præd. minor.* Eatenus ergo duntaxat tenentur emptori ne locupletiores fiant ex ipſius damno, *leg. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integrum reſtit.* Non fiunt autem locupletiores ex damno ipſius, cùm nullas ei vſuras reddunt, quas nec ab alio fortaſſe vllas certè ab ipſo nullas acceperunt: At ſuo curatori tenentur, non ne locupletiores fiant ex eius iactura, ſed ob id ſolùm ne in damno & iactura curator moretur, qui moraretur vtique ſi adoleſcentes non redderent ei vſuras quas ipſe de ſuo præſtitiſſet pro pecunia in rem minorum conuerſa, tametſi ex iis vſuris minores non eſſent facti locupletiores.

48. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

MInor, ſe in id, quod fideiuſſit, vel mandauit in integrum reſtituendo, reum principalem non liberat a.

Ad l. Minor ſe in id. 49.

Ratio dubitandi. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat, *l. mulier 22. verſ. Braſidas ad SC. Trebell. & vulgarib.* Atqui ſi liberatus eſſet fideiuſſor per ſolutionem aut acceptilationem quæ imaginaria tantùm & ciuilis ſolutio eſt, *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig. l. vlt. de ſolut.* non tantùm fideiuſſor ipſe, ſed etiam reus principalis liberatus intelligeretur, *leg. 5. de liber. legat.* Idem ergo eſſe debet ſi liberatus ſit per in integrum reſtitutionem, quaſi hæc quoque ſolutionis ſpecies quædam ſit, ſi non vera, ſaltem imaginaria, ſi non ciuilis, ſaltem prætoria.

Ratio decidendi. Per reſtitutionem in integrum conceſſam minori qui pro alio fideiuſſerat, vel mandauerat non id aſſequitur minor vt liberetur ipſo iure, quomodo liberaretur per ſolutionem, aut acceptilationem, ſed tantùm vt contra eum denegare debeat prætor actionem ſicut & in *l. patri. 27. §. ſi pecuniam, ſub. h. t.* Remanet igitur obligatus ipſo iure, in eóque minus iuris naniſcitur per reſtitutionem in integrum quàm per ſolutionem aut acceptilationem: quia obligationis vinculum iure legitimo contractum nonniſi certis & legitimis modis diſſolui poteſt, *l. obligationum ferè. 44. §. placet. de oblig. & act. l. nihil tam naturale. 35. l. omnia quæ iure. 100. de reg. iur.* inter quos modos non eſt reſtitutio in integrum, quippe quæ iuris eſt prætorij non ciuilis. Plenior tamen eſt liberatio hæc quæ contingit iure prætorio per in integrum reſtitutionem quàm ſi contingeret per pactum, quia pactum facere duntaxat poſſet, vt danda eſſet minori exceptio, non etiam vt deneganda eſſet contra eum actio: Tutius autem & vtilius eſt non poſſe quem conueniri, quam conuentum adiuuari per exceptionem: quia nec vlla indiget exceptione is qui non conuenitur, *l. 5. §. vlt. de doli excep.* Mirum ergo non eſt liberationem iſtam prætoriam quæ minori acquiritur per reſtitutionem non prodeſſe reo principali, quominus in obligatione remaneat in qua & minor ipſe remanet ipſo iure: Quamquam nec nouum eſt conſiſtere principalem obligationem ſine acceſſoria, licèt è conuerſo ſine principali conſiſtere acceſſoria non poſſit, *l. cum principalis. 178. de reg. iur. l. ſi fideiuſſor. 19.* vbi dixi *ſup. tit. prox.*

a *Reum principalem non liberat.* Quid ergo ſi minor ipſe qui fideiuſſit vel mandauit, rei principalis locum effectu ipſo teneat, putà ſi fideiuſſerit aut mandauerit in rem ſuam: Hoc enim caſu fideiuſſor mandatorve pro reo habetur, reus autem pro interceſſore, *l. de die 8. §. 1. qui ſatiſd. cogant. l. ſed ſi fideiuſſor. 24. ſup. de pact.* Quæſtio hæc in illam recidet, de qua diximus ad *l. 3. §. ſed verum. & d. leg.*

l. in cauſa 13. ſupra hoc titulo. An reſtitutio minoris proſit etiam fideiuſſoris & adhibendæ eruot diſtinctiones quas ibi attulimus. At cùm quæritur an reſtitutio fideiuſſoris proſit reo, de quo hic tractat Paulus, indiſtinctè dicendum eſt non prodeſſe. Adeò vt ſi nouandi cauſa minor pro alio interceſſerat, poſteáque reſtituatur reſtituenda ſit actio in reum principalem qui per nouationem fuerat ipſo iure liberatus, *l. vlt. infr. hoc titul.*

1 ¶ Minor ancillam vendidit: ſi eam emptor manumiſerit, ob hoc in integrum reſtitui non poterit [a]: ſed aduerſus emptorem [b], quanti ſua intereſt, actionem habebit.

Ad §. 1. Minor.

Ratio dubitandi. Reſtitutionis in integrum natura illa eſt, vt omnia in priſtinum ſtatum reponat, *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio ſupr. hoc tit.* Atqui ſi minor ancillam ſuam non vendidiſſet, is qui ipſam emit, manumittere non potuiſſet, aut ſaltem nullius momenti fuiſſet manumiſſio, quam non dominus feciſſet. Ergo & cùm minor ancillam vendidit quam emptor poſtea manumiſit danda minori reſtitutio eſt non tantum aduerſus emptorem vt ab eo quanti ſua intereſt conſequatur, ſed etiam aduerſus ancillam vt in ſeruitutem reuocetur. Alioqui in damno minor morabitur, cuius haud dubiè intereſt ancillam habere potius quam pecuniam, *l. ſi ex cauſa 9. in princ. l. ſi in emptionem 35. ſupr. eod.* quia per ancillam etiam ignorans locupletior fieri poteſt, *l. de hereditate 19. de caſtr. pecun.* per pecuniam non item, quia ſterilis res eſt pecunia niſi negotiatio accedat, *l. ſi nauis 62. de rei vindic.* Sed & reſoluto iure datoris, neceſſe eſt reſolui quoque ius accepitoris, vulg. *l. lex vectigali 31. infr. de pignor.* Ergo reſoluto iure emptoris per reſtitutionem in integrum à minore aduerſus eum impetratam neceſſe eſt reſolui quoque libertatem ancillæ datam ab emptore: quemadmodum dici ſolet, cùm res à minore vendita, rurſus ab emptore alij vendita eſt, *leg. in cauſa 13. §. interdum, & l. ſeq. ſupr. eodem.*

Ratio decidendi. Nullus hoc caſu locus eſt reſtitutioni in integrum, ne quidem contra emptorem, quantum ad hoc vt venditio reſcindatur, non magis quam contra ancillam ipſam manumiſſam, quia res non capit reſtitutionem cùm ſtatum mutat, nec fieri poteſt vt libertas, quæ ſemel competiit, reuocetur, *dict. l. ſi ex cauſa 9. §. penult. & vlt.* Datur tamen actio minori contra emptorem in id quod ſua intereſt, & quidem vel de dolo, vel ex hoc edicto ſi dolus nullus interceſſerit, hactenus ſcilicet vt minor in damno non moretur, *l. verum 11. vbi dixi ſupr. eod.* Petita ſcilicet reſtitutione, vt vult Accurſius, ſed non tam contra venditionem ipſam quàm contra emptorem ad indemnitatem conſequendam.

a *Ob hoc integrum reſtitui non poterit.* Noli ſic intelligere ac ſi ſcriptum eſſet, *non ob hoc reſtitui poterit*, ſed vt verba ſonant, ita vt minori in hac ſpecie reſtitutio denegetur, idque non quod ancillam vendiderit, ſed quia venditam ancillam emptor manumiſerit. Si enim eam venditio ſola interueniſſet, vtique reſtitui minor poſſet non minùs quàm aduerſus rei alterius cuiuſlibet venditionem. Sed ſubſecuta manumiſſio in integrum dari poſſit etiam contra venditionem, quia fecit non ſolùm vt deſierit res eſſe integra, quæ ratio induceret potiùs quàm impediret in integrum reſtitutionem, ſed vt in integrum & priſtinum ſtatum redigi nunquam poſſit, quandoquidem ſemel datam libertatem reuocare impoſſibile eſt, *d. l. 9. §. vlt. ſupr.*

b *Sed aduerſus emptorem.* R. dub. manumiſſio morti ſimilis eſt, quod ad ſubtrahendũ domino ſeruum, *l. inter omnes 46. in princip. de furt.* Atqui ſi poſt venditionem à minore factam ancilla deceſſiſſet, emptor nullo modo teneretur, tanquam interitu ſpeciei citra moram contingente liberatus, *l. ſi ex legati 25. de verb. oblig.* Ergo nec poſt manumiſſionem à ſe bona fide facta teneri poteſt, *l. ſi nihil alienum 92. de ſolut.*

Ratio decidendi. Qui ſic contrahit cum minore vt eum lædat, hoc ipſo ſubiicit ſe & obligat periculo reſtitutionis in integrum quandoque per minorem impetrandæ, nec facto ſuo vllo poteſt periculum hoc effugere, niſi præſtita minori indemnitate, etiamſi careat dolo. Nemo enim proprio facto exuere ſe obligatione poteſt, *leg. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* nec alterius ignorantis aut inuiti conditionem deteriorem facere, *l. ſoluendo 39. ſupr. de neg. geſt. lib. 2. quod vi aut clam:* præſertim vt partam ei actionem vel exceptionem tollat, *leg. vltim. ſupr. de pact. leg. Granius 71. §. penult. de fideiuſſor.* Ergo emptor qui ancillam à minore ſic comparauit, vt tamen ex eo die potuerit minor reſtitui aduerſus venditionem, ſiue dolum aliquem ſiue nullum adhibuerit, effugere non poteſt manumittendo ancillam quominus teneatur præſtare minori quanti intereſt minoris quòd ancillam habere amplius non poſſit. Ergo non liberatur per manumiſſionem ſine dolo malo factam quaſi per interitum ſpeciei, vt malè putat Accurſius, quia nec manumiſſio morti comparatur quantum ad eum qui manumiſit, niſi hactenus vt ipſe occidiſſe videatur: quod ſi eueniſſet, nemo diceret abſoluendum occiſorem, quia ſcilicet factum ſuum præſtare omnimodo debet etiam is, qui factum non præſtaret, *d. §. nunc videamus.* Tunc itaque manumiſſio morti æquiparanda eſt ad liberandum debitorem, cùm alius debitor eſt, alius manumiſſor, vt in ſpecie *dict. leg. ſi mihi alienum.* In hoc autem §. idem fuit manumiſſor, & indemnitatis minori præſtandæ debitor. Ideóque tenetur, non tam quaſi emptor, quàm quaſi manumiſſor, quòd manumittendo ancillam effecerit ne reſtitui aduerſus venditionem amplius minor poſſet.

2 ¶ Mulier minor vigintiquinque annis, ſi pactione dotis deterior conditio eius fiat & tale pactum inierit, quòd nunquam maioris ætatis conſtitutæ paciſcerentur, atque ideo reuocare velit, audienda eſt.

Ad §. 2. Mulier.

R. dub. Vel ponimus mulierem minorem 25. annis feciſſe conditionem dotis ſuæ deteriorem per pactum appoſitum in ipſa dotis datione, aut, quod effectu idem eſt, incontinenti poſt ipſam dationem, aut ex interuallo pactum hoc adhibuiſſe. Priore caſu non poteſt in integrum reſtitui mulier quin fiat iniuria marito, qui non aliter nec alia conditione vxorem ducturus fuit, *l. ſi donaturus 9. §. 1. de condict. cauſ. dat. l. purè 5. §. penult. de dol. except. l. Titio 62. de iur. dot. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Poſteriore autem caſu ipſo iure non valet pactio per quam deterior dotis conditio efficitur, *leg. Atiliſcinus 17. de pact. dotal.* Ergo nullo caſu in ſpecie propoſita de reſtitutione tractari poteſt.

Ratio decidendi. Tractat hoc loco Paulus eum caſum quo mulier minor læſa ſit per pactionem appoſitam ſiue in ipſa dotis datione, ſiue incontinenti poſt dationem: & nihilominùs dat mulieri reſtitutionem, quia ponit talem fuiſſe pactionem quam mulier in maiori æta-

te conſtituta nunquam pacta fuiſſet, vt proinde per huiuſmodi in integrum reſtitutionem non tam decipiatur maritus, quàm ſubueniatur mulieri deceptæ à marito, qui in dote accipienda non debuerat vſque adeo abuti facilitate muliercula, vt ab ea extorquere pactionem, quàm à maiore muliere, licèt eandem ſexus fragilitatem patiente nunquam extorquere potuiſſet. Nam & idem euenit cùm circumſcripta eſt minor mulier in modo dotis, *l. ſi ex cauſa 9. §. in dotis*, vbi dixi *ſupr. hoc tit.* Ergo non ſufficiat mulieri minori ad petendam reſtitutionem in integrum aduerſus pactionem aliquam dotalem, vt probet ſe læſam ex eo ſolo, quòd potuerit melioribus conditionibus aut hunc ipſum maritum aut maritum quærere, niſi etiam probet tale pactum eſſe cui maior & prudentior fœmina conſentire nunquam voluiſſet. Non enim decipitur minor ſiue maſculus ſit ſiue fœmina, quoties id facit quod etiam maiores & prudentiores facere ſolent.

49. VLPIANVS lib. 35. ad Edictum.

SI res pupillaris, vel adoleſcentis diſtracta fuerit, quam lex diſtrahi non prohibet: a venditio quidem valet: veruntamen, ſi grande damnum b pupilli, vel adoleſcentis verſatur, etiam ſi colluſio non interceſſit, diſtractio per in integrum reſtitutionem reuocatur.

Ad l. Si res pupillaris. 50.

a *Quam lex diſtrahi non prohibet.*] Rectè. Nam cùm lex venditioni occurrit, venditio valere non poteſt, cùm ideo occurrat ne venditio fiat, *l. cùm lex 46 de fideiuſſor.* Subſequeretur autem, non occurreret ſi factam venditionem irritam faceret ac reſcinderet. Porrò cùm venditio ipſo iure non valet, nulla minor indiget reſtitutione, *l. 2. C. de præd. minor.* Quarum verò rerum diſtractio & iam olim permiſſa eſſet, & hodie permiſſa ſit, dictum iam eſt ſæpius, & conſtat ſatis, ex *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.*

b *Veruntamen ſi grande damnum.*] Rat. dub. Vt minor in integrum reſtituatur, ſufficit quod probet ſe minorem & læſum, nec illud etiam requiritur vt probet grande ſuum damnum verſari, niſi in quibuſdam caſibus, putà ſi minor velit reſtitui aduerſus diſtractionem pignorum ſiue in iudicati cauſa captorum, ſiue à minore ipſo conſtitutorum, *l. 1. C. ſi aduerſ. vend. pign l. ſi ex cauſa 9. in princ. ſupr. h. t.* aut ſi vrgentibus creditoribus ea diſtractio facta ſit ad æris alieni exſolutionem, vt in *l. tutor. vrgentibus 48. ſupr.* aut denique ſi vltro minor ipſe aut curator minoris diſtraxerit eas res quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, vt in *l. aut prætor 7.* aliàs *l. & ſi ſine, §. quæſitum, ſupr. eod.* Extra hos caſus ſufficit qualiſcúnque læſio, dum ne prorſus modica & contemnenda, arg. *l. ſcio 4. ſupr. de in integ. reſtit.* Eſt enim ſpeciale in maioribus vt cogantur prubare immodicam & enormem læſionem id eſt, vltra dimidiam iuſti precij, *l. 2. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* quanquam & in maioribus minor læſio ſufficere interdum poteſt, vt in *l. maioribus 3. C. commun. vtriuſque iudic. l. iure ſuccurſum 6. §. vlt. de iur. dot.* Ergo non debuit Vlpianus in hac lege damni enormis probationem à minore exigere. Quaſi verò non aliter poſſit reſtitui minor aduerſus diſtractionem rei ſuæ factam licitè ac lege non prohibente, quàm ſi alterutrum probet aut enorme grandéque damnum verſari, aut colluſionem tutoris vel curatoris interceſſiſſe, quod ſane falſum eſt.

R. dec. Poteſt quidem aliquando minor reſtitui, quamvis neque damnum enorme neque colluſionem probet, ſed non ſemper. Aliqui enim caſus ſunt in quibus alterutrum neceſſariò probandum eſt, illi ſcilicet quos proximè retulimus. Ergo Vlpianus vt generalem faceret propoſitionem quæ nullas exceptiones pateretur, neceſſe habuit ita loqui. Non enim dari poteſt caſus in quo non ſit reſtituendus minor probata colluſione tutoris aut curatoris, vel enormi & immodica læſione. Neque tamen huic conſequens eſt vt alterutrum neceſſariò interueniſſe oporteat. Sufficit enim regulariter, vt dixi, læſio qualiſqualis. Itaque propoſitio hæc generalis & vera ſi accipiatur affirmatiuè, non etiam ſi negatiuè, id eſt, Bona erit collectio ſi quis ita ratiocinetur. Colluſio tutoris vel curatoris interceſſit, aut grande damnum pupilli vel adoleſcentis in hoc verſatur: Ergo danda minori reſtitutio eſt: at non illa æquè bona ſi quis dicat. Neque colluſio tutoris, neque grande damnum minoris interceſſit. Ergo reſtituendus minor non eſt. Nec ſanè Vlpianus propoſitionem hanc negatiuè concepit, ſed affirmatiuè. Ex qua ſi voles argumentari à contrario ſenſu, quod faciunt qui hanc legem aliis opponunt, in quibus non tam grande damnum requiritur, nihil aliud aſſequêris, niſi quod nos libenter concedimus, non ſemper dandam eſſe reſtitutionem minori, qui neque grande damnum ſibi illatum, neque ſui adminiſtratoris colluſionem probat. Affirmatiuè enim propoſitio illa eſt. Semper dandam eſſe reſtitutionem minori qui alterutrum probare poteſt. Illatio ergo quæ fit in cõtrarium caſum, vt ſit concludens, concipi debet per verba non tam contraria quàm contradictoria, inter quæ nullum ſit medium. Contradictoria verò ſunt iſta *ſemper* & non *ſemper*, non autem illa *ſemper & nunquam*, inter quæ ſcilicet medium illud eſt, *non ſemper*. Quod ſummè notandum eſt: Nam in hoc paſſim errant & interpretes & pragmatici noſtri quoties à contrario ſenſu argumentantur.

50. POMPONIVS lib. 6. Epiſtolarum & variarum lectionum.

IVnius Diophantus Pomponio ſuo ſalutem. Minor xxv. annis nouandi animo interceſſit pro eo qui temporali actione tenebatur, tunc, cùm adhuc ſupererant decem dies: & poſtea in integrum reſtitutus eſt, verum reſtitutio, quæ creditori aduerſus priorem debitorem datur a, decem dierum ſit an plenior? ego didici, ex tempore in integrum reſtitutionis tantundem temporis præſtandum, quantum ſupererat: tu quid de eo putas, velim reſcribas. Reſpondit: Sine dubio, quod de temporali actione, in qua interceſſit minor, ſenſiſti puto verius eſſe, b idcóque & pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum c.

Ad l. vlt. Iunius Diophantus.

a *Quæ creditori aduerſus priorem debitorem datur.* Rat. dub. Semel extincta obligatio reſuſcitari poſtea & reuiuiſcere nunquam poteſt, *l. qui res 98. §. aream de ſolutio.* Atqui per nouationem tollitur prior obligatio, tum quoque cùm poſterior non valet ac ſine effectu eſt, *leg. 1. de nouat. §. præterea, Iuſtit. quib. mod. toll. oblig.* Ergo quamvis minor annis in integrum reſtituatur aduerſus interceſſionem à ſe factam nouandi animo pro eo qui aliqua actione ſiue temporali ſiue perpetua tenebatur, non eo magis reſtitui poteſt aut debet actio priſtina aduerſus veterem debitorem.

Ratio dec. Non poteſt quidem reſuſcitari & reuiuiſcere actio illa directa quæ per nouationem extincta fuit. Sed reſtituitur vtilis per prætorem ex æquitate, vt omnia in priſtinum ſtatum, quoad fieri poteſt, reponatur, *l. patri 27. §. penult.* vbi dixi *ſupr. hoc tit.* Iunge, *l. vnic. in fin. C. de repnt.* quæ fiunt in iudic. in integr. reſt. Cùm verò fiat hæc actionis reſtitutio ex mera æquitate, apparet non alij poſſe actionem reſtitui quàm ei qui nouationem fecit bona fide, non etiam ei qui doloſè verſatus eſt, *l. ſi Titius 48. in fin. de fideiuſſ.* Nunquam enim fauet æquitas ei qui eſt in dolo, *l. pen. in fi. infr. ad SC. Treb.* Ex eo autem quod hæc lex ponit reſtitutum fuiſſe minorem qui nouandi animo interceſſerat, intelligimus nouationem tenuiſſe ipſo iure. Alioqui de reſtitutione tractandum non eſſet. Hoc amplius intelligimus minorem qui nouandi animo fideiuſſit, fuiſſe ciuiliter obligatum. Nam qui naturaliter tantùm obligatus eſt, non indiget reſtitutione cum conueniri non poſſit; quamvis non eo minùs fiat nouatio ſi poſterior obligatio ſaltem naturaliter teneat, *d. l. 1. de nouat.* Proinde rectè Accurſius hanc legem accipit de minore adulto, non de pupillo, niſi ponere tutoris auctoritatem acceſſiſſe, ſine qua promittens pupillus naturaliter quidem obligatur, *d. l. 1. in fin.* ſed ciuiliter & efficaciter non obligatur, *d. §. præterea Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* ideóque nec reſtitutione indiget, quæ res facit per conſequentias vt neque reſtituenda ſit actio creditori contra veterem debitorem, quoniam ea reſtitutio non fit niſi in conſequentiam reſtitutionis in integrum, ne alioqui beneficio reſtitutionis quod minori conceditur, captioſum ſit creditori, *l. Paulus notat. 8. de præt. ſtipulat.* Sed malè idem Accurſius quod diximus de pupillo promittente ſine tutoris auctoritate protrahit ad adultum qui habeat curatorem, ſi promittat ſine curatore, quaſi nec hic efficaciter, obligetur. Perpetuus enim error ille eſt & Accurſij & interpretum omnium veterum quod putant puberes ſine curatoribus ſuis non magis quam pupillos ſine tutoribus obligari poſſe, contra *l. puberes 101. de verbor. oblig.* Nihil quidem ſine curatore adminiſtrare poteſt minor curatorem habens, *l. 3. C. hoc titul.* ſed perſonam ſuam obligare poteſt, *d. l. puberes*, quia nimirum curator non perſonæ, vt tutor, ſed rebus datur, *leg. cùm in vna 17. §. primo de appellationib.*

b *Puto verum eſſe.* Scilicet ex tempore in integrum reſtitutionis conceſſæ tantundem temporis præſtandum ſit, quantum ſupererat tempore nouationis factæ. Non igitur amplius tempus in propoſita ſpecie quàm decem dierum. Proponebatur enim facta nouatio pro eo qui temporali actione tenebatur, cùm adhuc decem dies ſupereſſent.

R. dub. Cùm mulier aduerſus ſenatuſconſultum Velleianum intercedit pro eo qui temporali actione tenebatur, ſimiliter actio illa temporalis, quæ per interceſſionem nouandi animo factam extincta fuerat, reſtituitur, ſic tamen vt reſtitutæ actionis tempora currere incipiant ſtatim & ex die interceſſionis. Sic enim vulgo noſtri credunt poſt Accurſium quaſi ea ſit ſententia Pauli, in *l. debitrix 24. §. vlt. infr. ad SC. Vellei.* vbi hanc ob cauſam Cuiacius Accurſij opinionem ſecutus putat erratum eſſe legendúmque *quoniam* pro *quamvis* in illis poſtremis verbis, *quamvis ſtatim atque interceſſit mulier, competierat.* Ergo & in propoſita ſpecie debuit Pomponius reſpondere computanda eſſe tempora reſtitutoriæ actionis ex die non reſtitutionis obtentæ, ſed interceſſionis factæ.

R. dec. Falſum eſt quod ratio dubitandi ex traditione interpretum ſupponit pro vero. Reſtitutoriæ actionis tempora computari ex die interceſſionis, cùm mulier contra ſenatuſconſultum interceſſit: pugnatque ex diametro cum eo quod Paulus ſcribit, in *d. §. vlt. l. debitrix.* vbi quod dicitur, ex *præcedenti cauſa continua tempora numerari poſt reſtitutionem*, nihil aliud eſt quàm illud ipſum quod Pomponius hoc loco ſcribit numerari tempora eſt die reſtitutæ actionis. Non igitur ex die interceſſionis. Et diuerſitatis cauſa quam interpretes pro decidendi ratione afferunt, quòd interceſſio mulieris ſtatim inefficax ſit, ideóque ſtatim poſſit agi contra priorem debitorem. In hac autem ſpecie non ſit inefficax interceſſio minoris, niſi petita demum reſtitutione, dubitandi rationem potiùs præbere potuit: quam Paulus apertè expreſſit, in *d. §. vlt.* ſi vulgatam & Florentinam lectionem ſequamur potius quàm Cuiacij emendationem, quæ vel hoc ipſo prorſus improbabilis eſt. Videbatur enim hæc quidem ratio facere vt tempora reſtitutoriæ actionis currere deberent ex die interceſſionis non reſtitutionis, quia cœperat competere actio illa reſtitutoria ex die interceſſionis quæ ab initio & ſtatim fuerat inefficax propter auctoritatem ſenatuſconſulti, vt interpretes ratiocinantur. Sed tamen contrà Paulus ſentit, illa, vt puto, decidendi ratione quod quamuis ſtatim competat hæc actio reſtitutoria ſit, ſed tum demum cùm incipit mulier vti beneficio ſenatuſconſulti. Quid enim ſi parata eſſet cauere ex poſtfacto ſe beneficio ſenatuſconſulti non vſuram? vt in *l. vlt. §. pen. eod. tit.* Quid ſi conuenta mallet ſoluere quàm exceptionem obijcere? His caſibus nulla certè ſubeſſet ratio aut æquitas reſtituendæ contra veterem debitorem actionis. Expectandum igitur eſt quid mulier factura ſit, ideóque non poteſt interim currere tempus reſtituendæ actionis antequàm reſtituatur. Sicut & in ſpecie huius legis expectamus quid minor facturus ſit qui nouandi animo interceſſit, id eſt, an petiturus ſit reſtitutionem in integrum necne. Quod enim facit in hac ſpecie petitio reſtitutionis in integrum, id facit apud Paulum implorata poteſtas ſenatuſconſulti, ex quo demum tempore reſtitutio fit, non ante, licet ante fieri potuerit, & ex ipſo die interceſſionis. Denique aliud eſt reſtitutoriam competere, aliud verò reſtitutionem fieri actionis. Illud iuris, hoc verò facti eſt: iuris autem poteſtas ſola nunquam ſufficit vbi facto aliquo opus eſt.

c *Manet obligatum.* R. dub. Nouatione legitime facta liberantur pignora & hypothecæ, *l. nouatione 18. infr. de nouat. l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pignor. retin. poſſ.* Atqui in hac ſpecie facta fuerat nouatio & quidem legitimè, & ob eam nimirum cauſam neceſſaria eſt minori reſtitutio quæ alioqui neceſſaria non eſſet. Ergo non poteſt verum eſſe quod Pomponius ait, pignus quod prior debitor dederat, manere obligatum. Niſi ſuppleas cum Accurſio fuiſſe actum vt pignus eſſet repetitum, quod tamen planè commentitium fuerit: aut quod Pomponius, ait *pignus manere obligatum*, ſic intelligas cum eodem Accurſio vt recidat in priorem obligationem. Æquè ineptè. Non enim manet obligatum quod recidit in obligationem.

R. dec. De pignoribus prioris debitoris non eſt creditori noua actione opus, cùm quaſi Seruiana, quæ hypothecaria vocatur, in his vtilis ſit, quia ſcilicet verum eſt de pignoribus conueniſſe, nec ſolutam eſſe pecuniam, *l. aliquando 13. §. penult. ad Velleian.* iunct. *leg. grege 13. §. etiam de pignoribus leg. penult. §. 1. de exceptione rei iudicata leg. debitor 19. ad Trebell.* Et ita intelligi debet quantum ad pignora, quod ſcriptum eſt, in *l. patri 27. § pen. ſupr.* vt mirer Accurſium contrà putare nulla ſententiæ ſuæ allata ratione.

DE CAPITE MINVTIS.

TITVLVS V.

GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

CAPITIS minutio eſt ſtatus permutatio.

Ad Tit. 5. De capit. diminut.

Ad l.1. Capitis.

R.dub. Hæc definitio non conuertitur cum ſuo definito, quia patre mortuo filius ſtatum mutat, cum fiat ſui iuris, *tit. quib. mod. ius patria poteſt. ſoluit. in princ. apud Iuſtin.* Neque tamen dicitur minui capite, *l. 3.* aliàs *l. ſi filiusfamilias. §. vlt. de Senat. Macedon.* Sic vt nec is qui amittit dignitatem, putà qui ſenatu mouetur, *§. quibus autem Inſtit. h.t. l. 3. ſupr. de Senat.* Ergo non eſt definitio, *l. 1. §. ſolum ſupr. de dolo.*

Rat.dec. Nomen ipſum capitis diminutionis præ ſe fert factum aliquod hominis per quod ea ſtatus mutatio contingat, quomodo contingit in emancipatione, rogatione, & condemnatione quæ aut libertatem adimat aut ciuitatem. Nullum autem hominis factum intercedit, ſed factum duntaxat cum filiusfamilias per mortem patris fit ſui iuris. Nulla igitur in eo capitis diminutio eſt. Cùm autem quis dignitatem amittit, putà motus à ſenatu, non tam ſtatum quàm dignitatem mutat, *d. §. quibus.* Statum enim ſic intelligimus non quamlibet conditionem perſonæ, ſed eam demum quæ conſtituat ſpeciem certam ex iis in quas diuidi ſolet generalis ſtatus perſonarum. Non enim cum de ſtatu hominum tractamus alios dicimus eſſe ſenatores, alios non ſenatores, ſed alios liberos, alios ſeruos: & rurſus alios ſui iuris eſſe, alios alieni, *tit. de iur. perſon. & tit. de iis qui ſui vel alien. iur. ſunt apud Iuſti.* Denique ex liberis alios eſſe ſeruos, alios peregrinos: Tria enim ſunt quæ habemus, libertatem, ciuitatem & familiam, *l. vlt. infr. hoc tit.* vbi dicemus.

2. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

PErtinet hoc edictum ad eas capitis diminutiones, quæ ſalua ciuitate contingunt, cæterùm ſiue amiſſione ciuitatis, ſiue libertatis amiſſione contingat capitis diminutio, ceſſabit edictum: neque poſſunt hi penitus conueniri, dabitur planè actio in eos ad quos bona peruenerunt eorum.

Ad l.2. Pertinet.

R.dub. Edictum prætoris, de quo in hoc tit. agitur, & cuius verba in § proximo referuntur de danda actione in eum qui capite minutus fuit ac ſi minutus non eſſet non aliam rationem habet quàm quia per capitis diminutionem priſtina obligatio & actio intercidit, quaſi capitis minutio alium faciat hominem quàm qui antè fuerat tempore contractæ obligationis. Status enim mutatio inducit mutationem perſonæ, quæ ſcilicet ſine ſtatu ſuo ſtare & ſubſiſtere non poteſt. Atqui ea ratio ad illam maximè capitis diminutionē pertinet, quæ contingit amiſſione ciuitatis aut libertatis: quia is maximè alius homo eſſe videtur qui ex libero factus eſt ſeruus, & ex ciue peregrinus. Cùm è conuerſo is quoque qui ex ſeruo reuocatur in libertatem, hoc ipſo alius & nouus homo eſſe videatur, *l. ſeruus legat. 27. in fin. infr. de adim. leg. l. qui res 98. §. aream de ſolut.* Ergo hoc edictum non eſt reſtringendum ad eas capitis diminutiones, quæ ſalua ciuitate contingunt, ſed protrahendum ad illas etiam quæ per amiſſionem ciuitatis aut libertatis.

Ratio decid. Intercidit quidem obligatio & actio per magnam & mediam non minus, imò multo magis, quàm per minimam capitis diminutionem. Sed non ideo reſtituitur ex hoc edicto, in quo id agit prætor, vt qui per capitis diminutionem deſiit obligatus eſſe, perinde adhuc poſſit conueniri ac ſi nunquam deſiiſſet, cùm in eos prætor ſe iudicium daturum polliceatur, *§. prox. infr.* Et quidem ex ſumma æquitate, alioqui factum eius qui capitis diminutionem attulit, noceat creditori, cui nihil poteſt imputari, *l. Gramus 71. §. penult. infr. de fideiuſſ.* Atqui non poſſunt conueniri illi qui aut libertatem aut etiam ſolam ciuitatem amiſerunt, quia cum ſeruo nulla actio eſſe poteſt, *l. cum ſeruo 107. de reg. iur. l. quoties 13. ſupr. ſi quis cautionib.* Neque rurſus cum peregrino, qui nullam iuris ciuilis communionem habet. Ex quo tamen actiones deſcendunt, *l. 2. §. deinde ex his legibus ſup. de orig. iur.* Et conſtat ex ipſa definitione obligationis apud Iuſtinianum, *tit. de oblig.* in illis verbis, *ſecundum noſtræ ciuitatis iura.* Neque verò vlla æquitas eſt dandæ reſtitutionis aduerſus eum qui amiſſis bonis, & ciuitate relicta nudus exulat, *l. tutelas 7. §. vlt. infr. hoc tit.* Ergo ad eos pertinere hoc edictum non poteſt, nec proinde ad alias capitis diminutiones quàm quæ ſalua ciuitate contingunt.

a *Neque poſſunt hi penitus conueniri.* In ſeruo quidem qualis eſt qui per maximam capitis diminutionem amiſit & ciuitatem & libertatem, hoc verum & perpetuum eſt, vt neque agere neque conueniri poſſit, *d. l. cum ſeruo 107. de reg. iur. l. quoties 13. ſupr. ſi quis caution.* ne quidem ex prætoria iuriſdictione; *l. 7. §. ſi libertate infr. hoc tit.* vbi dicam. Sed in deportato non item. Interdum enim accidit vt qui ciuitatem amiſit, bona tamen detineat, quo caſu nihilominus conueniri poteſt vtilibus actionibus, *l. relegatus 14. §. vlt. infra de interdict. & releg.* Sed reſpondendum eſt tractari hoc loco de ea deportatione quæ ſucceſſit in locum aquæ & ignis interdictionis, *l. 2. §. 1. de pœn.* ac proinde quæ ſimul cum ciuitate adimit bona, *l. amiſſione. 5. dict. l. 7. §. vlt. infr. hoc tit.* quod regulariter fit, in eóque differt deportatio a relegatione, quæ nec ciuitatem nec bona tollit, niſi è contrario bona publicentur ſpecialiter, *d. l. relegatus §. 1.* Quid ergo ſi deportatio facta ſit ſaluis bonis? Non erit magis neceſſarium erit hoc edictum, cùm ſufficiat vtilis actio, de qua in *d. l. 14. §. vlt.*

b *In eos ad quos bona peruenerunt.* R. dub. Perſonalis obligatio & actio non ſequitur ſingularem ſucceſſorem, *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. ſi hæres ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. de donat.* ſed tranſit in ſolum hæredem ex poteſtate legis 12. tabul. *l. vlt. C. de hæred. action. l. 1. C. ſi certe. petat. l. 2. C. ſi vnus ex plurib. hæred. debit. vel cred.* Atqui is qui aut ciuitatem ſolam aut etiam cum ciuitate libertatem amiſit, hæredem nullum habere poteſt, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, quia ius habendi hæredis publicum eſt & ex legibus, quæ non niſi ad ciues pertinent, *l. 3. qui teſtam. facer. poſſ. leg. 1. ad l. Falcid. l. fin. de ſuis & legit.* Ergo in eos ad quos bona deportati aut in ſeruitutem redacti hominis peruenerunt, actio dari nulla poteſt.

R. dec. Fiſcus quidem & cæteri ad quos bona damnatorum perueniunt, hæredes non ſunt, ſed tamen vniuerſalium ſucceſſorum locum obtinent, ideóque creditoribus reſpondere illus æquum eſt pro modo & parte ſucceſſionis, *l. 1. C. ad l. Iul. de vi publ. l. ſi vt proponis 5. C. de bon. proſcr. l. ſi adempt. 5. C. de ſ[...] t. & reſtit. l. tutelas 7. §. ſi liberi. infr. h. t. l. hab. 57. de euict.* Denique decedit quidem ſine hærede & bonorum poſſeſſore is qui fiſcum ſucceſſorem habet, ſed non ſine ſucceſſore, *d. l. habere*, iunct. *l. 1. §. idem Pomponius quærit. 14. in fin. infr. depoſ.*

1 ¶ Ait prætor: *qui quæve, poſteaquam quid cum his actum, contractúmve*[a] *ſit, capite diminuti diminuta eſſe dicentur: in eos, eáſve perinde, quaſi id factum non ſit, iudicium dabo.*

Ad §. 1. Ait prætor.

R. dub. Capitis diminutio iuris ciuilis nomen & commentum eſt. Naturaliter enim & re vera non amittit caput is qui aut familiam aut ciuitatem, aut etiam libertatem amittit, cùm retineat vitam quæ ſine capite eſſe non poſſet. Ac proinde ſi rei veritatem inſpicias, idem planè homo eſt poſt capitis diminutionem qui fuerat antea. Atqui prætor nihil niſi veritatem & naturalem æquitatem ante oculos habere debet, nec curat iſtos iuris ciuilis apices qui à iure & ratione naturali abhorrent. Vnde eſt quod dicitur habere poteſtatem iuris ciuilis corrigendi atque emendandi, non minus quàm ſupplendi & interpretandi, *leg. ius autem 7. §. 1. ſupr. de inſtitut. & iur.* Ergo potuit prætor iure ordinario & ex ſola generali æquitate iuriſdictionis ſuæ dare iudicium & actionem in eum qui capite minutus eſſet, perinde ac ſi capitis diminutio nulla interceſſiſſet, neque fuit opus in eam rem vlla reſtitutione in integrum aut iſta edicti parte.

R. decid. Poteſt quidem prætor ius ciuile corrigere ac emendare, ſed non tollere prorſus & negligere. Eſt enim ille cuſtos & miniſter iuris ciuilis cuius & viua vox eſſe dicitur, *l. nam & ipſum 8. eod. t.* nec poteſt quicquam ille facere contra leges, quamvis poſſit præter leges, *l. nec non 28. §. quod eius inf. t. prox. l. cum ſponſus 12. §. ſi res de publician.* Atqui faceret contra leges, & tolleret ius ciuile prætor, ſi contra capite minutum actionem iure ordinario daret, cùm capitis minutio faciat vt alius homo eſſe videatur. Ergo ne quid ille contra leges facere dici poſſit, prius eſt vt reſcindat capitis diminutionem quàm vt contra capite diminutum det actionem. Reſciſſe enim capitis diminutione in eo ſtatu perſona inuenitur in quo erat antea, indéque fit vt eadem actio dari poſſit aduerſus capite diminutum, quæ citra capitis diminutionem competiiſſet. Niſi quod illa eſſet directa & ciuilis, hæc autem prætoria & vtilis, quia reſtitutoria. Vna enim tantùm actio eſt quæ poſt capitis diminutionem competit, eaque ex hoc edicto non duplex, vt videtur voluiſſe Accurſius. Ergo prætoria, ſed datiua, quia ex edicto datur cùm reſtituitur, non natiua, quia non naſcitur ex iuriſdictione prætoris: ſed ex obligatione ciuili quæ capitis diminutionem præceſſerat. Idque eſt quod ait prætor, *quaſi id factum non ſit.* Faceret námque vim legibus & iuri ciuili ſi ſalua capitis diminutione iudicium daret ex præcedente obligatione ciuili, quæ ſublata eſſet per capitis diminutionem. Ne vim faciat, reſcindit ante omnia capitis diminutionem. Quomodo & cùm dat filio emancipato bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut vnde liberi ab inteſtato. Neutram enim dare poſſet ſalua iuris ciuilis auctoritate, ſi non priùs reſcinderet emancipationem, vt filium quem emancipatio iure ciuili extraneum fecerat, pro filio habere poſſet, *l. 3. §. ſi emancipatus de bonor. poſſeſſione contra tabulas*, iunct. *l. quinetiam 55. in fin. de rit. nupt.*

a *Actum contractúmve.* Quænam differentia ſit inter actum, contractum, & geſtum, explicat Vlpian. in *l. Labeo 19. & Caius in leg. licet 58. de verb. ſignif.* Dixi ad *leg. 7. in princ. ſupr. tit. prox.* Quod autem Accurſ. quærit in quo differat hic titulus à titul. Quod cum eo qui alien. poteſt. valdè otioſum, ne dicam ineptum, eſt. Nihil enim ſimile aut commune habet hic titulus cum illo.

2 ¶ Hi, qui capite minuuntur, ex his cauſis, quæ capitis diminutionem præceſſerunt, manent obligati naturaliter, cæterùm ſi poſtea[a], imputare quis ſibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet, ſed interdum[b], ſi contrahatur cum his poſt capitis diminutionem, danda eſt actio, & quidem, ſi adrogatus ſit, nullus labor[c], nam perinde obligatur, vt filiusfamilias.

Ad §. 2. Hi qui.

R. dub. Obligatio naturalis non magis poteſt eſſe ſine perſona quam ciuilis. Eſt enim obligatio perſonæ, *l. naturalis 10. de oblig. & act.* Atqui per capitis diminutionem perſona mutatur, & noua atque alia fit, vt proximè diximus. Ergo fieri non poteſt vt qui capite minuuntur maneant obligati naturaliter ex his cauſis quæ capitis diminutionem præceſſerunt.

R. dec. Ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non poteſt, *§. vlt. Inſtit. de legit. agn. tut.* Atqui obligatio naturalis illa eſt quæ naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur, *l. Stich. aut Pamph. 95. §. natur. infr. de ſolut.* Vnde & naturalem illam appellamus. Ergo non poteſt perire per capitis diminutionem, quæ commentum eſt iuris ciuilis, *l. eas obligationes 8. infr. hoc tit.* Non magis quàm per ſententiam & rem iudicatam, quæ ipſa etiam ciuilis eſt, *l. Iulianus verum debitorem 59. infr. de cond. indeb.* Æſtimatur enim obligatio naturalis tota ex facto & ex eo quod re vera eſt, *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* Ideóque ſemper ſequitur perſonam cui ſemel adhæſit, *l. frater à fratre 38. de cond. ind.* Atqui re vera & naturaliter eadem perſona manet per capitis diminutionem quæ fuerat antea. Ergo qui capite minuuntùr, non eo minus naturaliter manent obligati.

a *Cæterùm ſi poſtea.* Totus hic verſiculus, ni fallor, Triboniani eſt, non Vlp. cùm nullam habeat ſatis aptam ſententiam & huic edicto conuenientem, ſiue verba edicti ſpectemus, ſiue ſententiam: verba ſiquidem edicti ad eos tantùm pertinent qui ante capitis diminutionem

contraxerunt, non ad eos qui poſtea, de quibus nec potuit prætor cogitare cùm hoc edicto id tantùm ageret vt actionem capitis diminutione amiſſam reſtitueret, non etiam vt aliquam daret in eos, qui vel obligati nunquam fuiſſent, vel ea propria obligatione & actione conueniri iure communi potuiſſent. Et verò ſi hunc verſiculum intelligas de maxima capitis diminutione, quæ adimit libertatem, aut de media quæ ciuitatem, iam dictum fuerat initio legis, dictum hoc ad iſtas non pertinere, quia neque ſerui neque deportati poſſunt conueniri, quamvis poſſint deportati contrahere eo contractuum genere quod ſit iuris gentium, non ciuilis, *leg. deportatus 15. in princip. de interd. & releg.* Si verò de minima capitis diminutione quæ familiam duntaxat mutet, certum eſt nihil eam obſtare quo minus is qui capite minutus eſt obligari & conueniri poſſit iure communi, ſiue contingat per emancipationem, ſiue per adoptionem, ſiue per adrogationem. Emancipatio enim facit ex filiofamilias patremfamilias: adrogatio autem ex cõtrario ex patrefamilias filiumfamilias: adoptio autem ex filiofamilias vnius, filiumfamilias alterius. Tam autem filiusfamilias quàm paterfamilias ex omnibus cauſis & obligatur & conuenitur, *leg. tam ex contractibus 57. inſi. de iudic. l. filiusfamilias 39. infr. de obligat. & action.*

b *Sed interdum.* Imò ſemper, dummodo de ea capitis diminutione intelligas, de qua ſola prætor in hoc edicto ſenſit, id eſt, de minima, vt proximè oſtendi.

c *Nullus labor eſt.* Agnoſce in his verbis elegantiam Triboniani. Quis enim crederet Vlpianum vnquam ita locutum fuiſſe? Sed & quod ſequitur. *Nam perinde obligatur vt filiusfamilias*, ſicut magis ridiculum eſt, ita Tribonianum prodit apertius, nam cum de actione quæreretur, non de obligatione, ſcribendum erat conueniri poſſe adrogatum, non obligari. Alioqui perinde probares dandam eſſe actionem contra deportatum, quia & deportatus poteſt obligari, vt ſupra diximus. At quamvis non poſſit eſſe actio ſine obligatione, *l. nihil aliud 51. de obl. & act.* poteſt tamen eſſe obligatio ſine actione. Sed illud omnino intolerabile eſt quod hic adiicitur adrogatum perinde obligari vt filiumfamilias. Quaſi verò adrogatus quiſquam eſſe poſſit qui non ſit etiam filiusfamilias, *l. qui ex liberis 2. §. teſtamento, de bon. poſſ. ſecund. tab.*

3. ¶ Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus ſit.

Ad §. 3. Nemo.

R. dubit. Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant, *l. tutelas 7. §. iniuriarum infr. hoc tit.* Ergo cum capite intercidunt. Atqui per capitis diminutionem caput amittitur, *leg. prox. §. ſeq. infr. eod.* Ergo fieri non poteſt vt non delictis exuatur qui capite minutus eſt.

Ratio decid. Per capitis diminutionem amittitur quidem caput ciuile, quod æſtimatur ex iure & ſtatu perſonæ, *d. §. vlt. l. prox. cum l. ſeq.* ſed non caput naturale, delictum autem ſequitur caput naturale, non ciuile, & de eo capite naturali accipiendum eſt quod ſcribitur, in *d. l. tutelas §. 1. infr.* Itémque quod dici ſolet noxam caput ſequi, *l. licet 4. C. an ſeru. pro ſuo facto poſt manum. teneatur.* Delictum enim æſtimatur ex facto & ex eo quod naturaliter ac re ipſa fit, non ex aliqua iuris ciuilis fictione. Vnde & maleficium & admiſſum appellatur, *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum. §. 1. de ſolut. l. ſi à reo 70. §. vlt. de fideiuſſ.* Non igitur poteſt capitis diminutione perire obligatio, quæ ex delicto deſcendit, præſertim, cùm naturalem etiam habeat præſtationem, *l. eas 8. infr. hoc tit.* Delicta enim puniri naturalis ratio ſuadet non minus quàm ciuilis, vt dixi ad *l. auxilium 37. ſupr. tit. primo.* Proinde nulla reſtitutio ex hoc edicto neceſſaria eſt aduerſus eum qui ex delicto conuenitur ſiue criminaliter ſiue ciuiliter conueniatur dummodo is ſit qui conueniri poſſit ciuiliter, quomodo poteſt quiſquis minimam duntaxat capitis diminutionem paſſus eſt.

4 ¶ Ei qui debitorem ſuum adrogauit, non reſtituitur actio in eum, poſtquam ſui iuris fiat.

Ad §. 4. Ei qui.

R. dub. Cùm quis adrogat ſuum debitorem ideo amittit actionem, quia cum eo quem in poteſtate ſua habet non magis agere poteſt quàm cum ſeipſo, *leg. 4. infr. de iudic. l. ne cum filiofam. 16. infr. de furt.* Atqui hæc ratio ceſſat cùm adrogatus poſtea factus eſt ſui iuris, quia exinde conueniri poteſt ſoluto vinculo poteſtatis, ergo finita adrogatione reſtitui debet actio adrogatori, ſaltem ex hoc edicto ſi non ipſo iure.

R. dec. Actio quæ competebat adrogatori contra adrogatum cùm extincta ſit per adrogationem quaſi confuſione, quòd eadem patris & filijfamilias perſona eſſe exiſtimetur, *d. l. ne cum filiofamilias, & l. vlt. C. de impuber. & aliis ſubſtitut.* Non poteſt diſſoluta adrogatione reſtitui, neque ipſo iure, quoniam obligatio ſemel extincta nunquam ipſo iure reuiuiſcit, *l. qui res 98. §. aream de ſolutionibus.* Neque ex hoc edicto, quia in adrogatore ceſſat ratio huius edicti, id eſt, fauor creditoris qui facto ſuo proprio ſibi ademit actionem: Tota enim huius edicti ratio fuit, vt ſupra diximus ne alterius facto alteri ignoranti actio adimeretur cùm non poſſit creditor prohibere quominùs debitor capite minuatur ſiue emancipari, ſiue adrogari, ſiue adoptari debitor velit, *leg. Granius 71. §. penultim. infr. de fideiuſſoribus lege ſecunda infra Quod vi aut clam.* Si tamen adrogator ex perſona adrogati conueniatur ab alio creditore poterit haud dubiè deducere, quod ſibi ante adrogationem debetur, vt bene ſenſit Accurſius, ex *leg. ſi quis creditoris 7. infr. de peculio legato.* Nempe quia naturalis obligatio manet, *§. his qui ſupra leg. nec ſeruus 41. infra de peculio leg. frater a fratre 38. de condictione indebiti.* Cuius obligationis naturalis effectus eſſe eſt vt tribuat deducendi poteſtatem, *leg. ſed ſi damnum 9. §. primo de peculio.* Malè tamen Accurſius in hanc rem affert *legem Debitor 3. de ſeparationibus.* In cuius ſpecie Papinianus mouetur ex eo quod ſola ratio iuris non debeat damno afficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat. In propoſito autem non ſatis diligenter proſpexiſſe ſibi videtur creditor qui debitorem ſuum adrogauit ante exactam ab eo ſolutionem.

5 ¶ Hoc iudicium perpetuum eſt: & in hæredes [a], & hæredibus datur.

Ad §. vlt. Hoc iudicium.

R. dub. Hoc iudicium datur reſciſſa demum capitis diminutione quæ iuris ciuilis eſt, vt ſupra diximus. Ergo non debet dari poſt annum ſicut dici ſolet de Publiciana, quæ datur reſciſſa vſucapione, non dari eam poſt annum: quia contra ius ciuile datur, licèt alioqui ſoleat eſſe perpetua, *leg. in honorariis 35. de obligationibus*

& actionibus. Satis enim debet eſſe creditori qui ſuam actionem ipſo iure amiſerat, ſi prætor eam ipſi reſtituat intra annum, argument. *legis primo, §. merito infrà*, quando de peculio actio annalis eſt. Ratio decid. Hæc actio rei perſecutionem continet, quia datur creditori vt ſuum conſequatur, & ne per capitis diminutionem damno afficiatur: Ergo perpetua eſſe debet ex regula dictæ legis in honoratiis, præſertim cùm non alia hæc actio ſit quàm reſtitutoria, id eſt, vetus reſtituta quæ porrò ante capitis diminutionem erat perpetua, vel ob id ſolùm quod ciuilis eſſet: Omnes enim ciuiles actiones fuerunt olim perpetuæ ante legem tertiam & quartam. *Cod. tit. de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum, tit. de perpetuis & temporalibus actionibus, apud Iuſtinianum.* In quo diuerſa eſt ratio huius actionis & Publicianæ, quæ ſi vel reſciſſa vſucapione ſiue aliter detur, prætoria eſt etiam origine, *§. námque, Inſtit. de actionibus.* Sicut & actio de peculio. Proinde ad rem non pertinet quod Accurſius obiicit de actione redhibitoria & aliis ſimilibus quæ non perpetuæ ſunt, ſed temporales, quaſi eæ reſtituantur ex hoc edicto: reſtitui verò ita debeant, vt non idcirco tamen fiant perpetuæ, ſed temporales maneant quales erant ante capitis diminutionem, argumento *legis vltima ſuprà titulo proximo.* Falſum enim eſt quod Accurſius ſupponit pro vero ex hoc edicto reſtitui quoque prætorias & ædilitias actiones, quæ ſolæ ſunt temporales. Nam cùm capitis diminutio commentum ſit iuris ciuilis, vt diximus, non poteſt perimere prætorias actiones non magis quam obligationes naturales, *dicto §. hi qui ſupra, hac lege.* Cùm nec perimat ciuiles, quæ naturalem præſtationem habere intelliguntur, *dicta leg. eas 8. infra eodem.* Nam & omnes prætoriæ naturalem illam præſtationem habent, cùm ex naturali ratione & æquitate fuerint introductæ, ſiue contra iuris ciuilis rationem, ſiue ſaltem ceſſante iuris ciuilis ratione, quod neſcio an quiſquam adhuc obſeruauerit.

a *Et in hæredes.* Ratio dubitandi. Verba edicti loquuntur tantùm de iis qui contraxerunt & capite minuti ſunt, aut etiam de illorum hæredibus, *§. primo dicta legis.* Ergo non poteſt ex hoc edicto iudicium dari in hæredes eius qui capite minutus fuit, ne quid ex edicto contra vel præter edictum fiat, *argumento legis 1. §. quod autem, infra de aleatoribus, lege prima, §. generaliter, de legatis præſtandis.*

Ratio decidendi. Pollicetur prætor ſe daturum iudicium aduerſus capite minutos quidem, ſed tamen cum hac adiectione, *Perinde quaſi id factum non eſſet*, Atqui ſi capitis diminutio non interueniſſet, dãda eſſet à prætore ciuilis actio & hæredibus & in hæredes maximè quæ rei perſecutoria eſſet non pœnalis, cùm pœnales ex delicto deſcenderent ad hoc edictum non pertineant vt dictum eſt ad §. *Nemo.* Ergo & quæ ex hoc edicto reſtituitur actio hæredibus danda eſt & in hæredes quemadmodum eadem ratio facit, vt iudicium hoc ſemper ſit perpetuum, nunquam temporale in eóque proculdubio Accurſius errauit. Neque minus nouum eſt vt lex quæ certam perſonam demonſtrauit ad eius quoque hæredes porrigatur, vt in *l. quamuis 40. §. 1. ad SC. Trebell. l. pater 10. §. 1. de capt. & poſtlim.* quia ſolent iura omnia tranſire ad hæredem niſi ſint merè perſonalia, *l. hæredem 59. l. priuilegia 196. de reg. iur.*

3. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

LIberos, qui ad rogatum parentem ſequuntur, placet minui caput, cùm in aliena poteſtate ſint, & cùm familiam mutauerint.

Ad l. 3. Liberos.

Ratio dubitandi. Capite minui dicuntur quòd ad hoc edictum attinet non omnes illi qui ſtatum mutant, ſed ij tantùm quibus ea mutatio facto hominis contingit vt diximus ad *l. 1. ſuprà.* Atqui in perſona liberorum adrogati ij adrogatum patrem ſequuntur, nullum hominis factum extrinſecus intercedit, cùm non ipſi adrogentur, ſed tantùm patrem naturali quodam ordine ſequantur etiamſi nihil de iis in adrogatione dictum fuerit, *leg. ſi paterfamilias 15. ſupra de adopt.* Ergo quamuis in aliena poteſtate ſint & familiam mutent, minui tamen capite dicendi non ſunt.

R. dec. Sufficit factũ hominis interuenire in patre adrogando vt liberi eius hoc ipſo non quidẽ adrogati, ſed capite minuti dici poſſint tanquam in quorum perſona idem ſit effectus adrogationis qui in perſona patris.

1 ¶ Emancipato filio, & cæteris perſonis capitis a minutio manifeſtò accidit: cum emancipari nemo poſſit: niſi in imaginariam ſeruilem cauſam deductus. Aliter atque cum ſeruus b manumittitur: quia ſeruile caput nullum ius habet: ideo nec minui poteſt.

4. MODESTINVS lib. 1. Pandectarum.

HOdie enim incipit ſtatum habere.

Ad §. 1. Emancipato, & l. Hodie 4.

Ratio dubitandi. Qui emancipatus fit ex filiofamilias paterfamilias atque ita incipit habere propriam familiam cùm antea nullam haberet ac eſſet in familia patris, Ergo non tam capite minui dicendus eſt quàm augeri, cum dignior ſit conditio patrisfamilias quàm filiifamilias, vnde dicimus beneficium emancipationis per quam ſcilicet fit vt filiusfamilias poſſit omnia ſibi acquirere etiam inuito patre, *l. 1. in principio infra. Si à parente quis manumiſſus ſit.*

Ratio decidendi. Duplex cauſa eſt propter quam capite minuitur is qui emancipatur: vna eſt quia paternam familiam amittit, & omnia iura ſui hæredis quæ ſunt maxima nec ferè minus inæſtimabilia in perſona liberorum quàm ius patriæ poteſtatis in perſona patris, *l. In ſuis 2. de liber. & poſth. l. 1. §. Largius de ſucceſſ. edic.* iuncta, *l. filiusfamilias 104. §. Sed ſi liberos, de legat. 1.* Ex quo fit vt quemadmodum pater emancipare liberos non cogitur, *dicto §. Sed ſi liberos.* Excepto caſu *legis vlt. Si quis a parente manumiſſus* ſit, ita nec inuiti liberi emancipationem pati coguntur, *§. Generaliter 2. Nou. 89. Quib. mod. nat. effic. ſui.* Altera eſt quàm hic Paulus exprimit quod emancipari nemo poſſit niſi qui prius deductus ſit in imaginariam ſeruilem conditionem, fiebat enim emancipatio per trinam venditionem filij à patre factam fiducia tamen contracta idque vt ſatisfieret legi 12. tab. quæ non aliter patiebatur filiumfamilias exire de patris viri poteſtate, quàm ſi pater eum ter vendidiſſet, Adeo ratum & indiſſolubile eſſe debere videbatur vinculum patriæ poteſtatis. Itaque cùm maximam capitis diminutionem patiatur quiſquis in ſeruitutem deducitur, potius dicendum videbatur emancipatum pati maximam capitis diminutionem quàm dubitandum de minima vtrum eam pateretur, nec tamen dicitur pati maximam, quia ſeruitus illa in quam deducitur imaginaria tantùm eſt deletúrque per ſubſequentẽ

manumiſſionem, vnde eſt quod qui emancipatur, manumitti dicitur, *dicto tit. Si a parente quis manumiſſus ſit.* Sed hæc ſecunda ratio non tam germana quam ex abundanti eſt, neque enim conuenit adrogato qui tamen capite minuitur perinde atque is qui emancipatur cùm familiam ſuam amittat & mutet. In eo ſanè qui adoptatur eadem ratio locum habet quæ in emancipato quia & fiebat olim adoptio interueniente emancipatione, *l. vlt. C. de adopt.* vbi Iuſtinianus hoc immutauit ſublatis omnibus antiquis illis ſolemnitatibus, ſicut & imaginariam iſtam ſeruitutem ſuſtulit in emancipationibus liberorum, *l. vlt. C. de emanc. liber.* An ergo dicemus hodie nullam ei qui adoptatur aut emancipatur capitis diminutionem contingere? Ita quidam putant præſertim cùm ex aliis Iuſtiniani conſtitutionibus ſublatæ videantur omnes differentiæ ſuitatis & emancipationis. *Nouell.* 118. *de hared. ab inteſtat. venient.* ſed malè. ſemper enim ſubeſt prima illa ratio quòd & qui emancipatur & qui adoptatur familiam mutat licèt retineat eadem iura ſucceſſionis ab inteſtato in familia patris naturalis ex dicta, *Nouell.* 118. *& leg. penultim. Cod. de adopt.*

a *Et cæteris perſonis.* Intellige de filiabus & nepotibus, & aliis deinceps perſonis quæ in familia ſunt, ſicut filius emancipatus, & perinde emancipari poſſunt, ſed cum hac differentia, quod vna emancipatione exeũt de poteſtate, filius verò primi gradus non niſi tribus, *leg. verum eſt* 8. *§. primo de iniuſto, rupto, & irrito teſtamento.* Tanquam qui magis arcto poteſtatis & familiæ vinculo ſit conſtrictus patri quàm filia, per quam familia conſeruari non poteſt, *leg. pronunciatio* 196. *in fin. de verborum ſignification.* Aut nepos qui in remotiore gradu eſt, *leg. dotem* 6. *de collatione bonorum.* Noli tamen hunc locum ſic intelligere quaſi per emancipationem filij cæteris perſonis ex ipſo filio deſcendentibus capitis diminutio contingat, quomodo in principio legis ſcriptum eſt per arrogationem patris capite minui liberos. Id enim falſum eſſet in liberis emancipati, quos conſtat manere in poteſtate aui, niſi & ipſi ab eo emancipentur, *leg. liberorum* 28. *ſuprà de adoptionibus.* Et ita benè Accurſius notans quatuor illa nomina, *Emancipato filio & cæteris perſonis*, eſſe omnia datiui caſus vel ablatiui abſoluti, non vt quidam putabant, priora duo ablatiui abſoluti, poſteriora datiui.

b *Aliter atque cùm ſeruus.* Ratio dubitandi. Cùm ſeruus manumittitur, procul dubio mutat conditionem, cùm ex manumiſſione fiat liber, *titulo de libert. in principio.* Ergo quamuis fiat melioris conditionis, non eo minus tamen capite minui dicendus eſt exemplo emancipati.

Ratio decidendi. Seruus quandiu ſeruus eſt, neque caput neque ſtatum vllum habet, quia pro nullo habetur, nec tantùm iure ciuili, *leg. quod attinet* 32. *de reg. iur.* ſed etiam iure prætorio, adeo vt neque extra ordinem computentur, *leg. nullo modo* 7. *infra de lege Cornelia de falſ.* ſed quadrupedibus potius æquiparentur, *lege ſecunda, infra* ad legem Aquiliam. Ideóque ſolemus dicere per manumiſſionem nouam perſonam conſtitui, quaſi quæ tum primùm naſcatur, *l. ſi Pamphilio* 10. *de opt. legata.* Quia eo demum die incipit ſtatum habere, vt ex Modeſtino ſubiicitur in lege ſequenti. Ergo ſeruus cùm manumittitur, non poteſt dici minui capite, quia non entis nullæ ſunt qualitates, vt aiunt Philoſophi. Rectè autem hîc Paulus ſeruile caput nullum iura habere ait, vt intelligamus cùm de capitis diminutione agitur, de capite ciuili accipiendum id eſſe, & vt ita dicam, de capite iuris non de naturali capite perſonæ, quod vtique ſeruus habet cùm homo ſit perinde ac qui liber eſt, *d. l. quod attinet*, & *l.* 4. *ſuprà de iuſt. & iur.*

5. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

AMiſſione ciuitatis fit capitis minutio, vt in aqua & igni interdictione a.

l. 5. Amiſſione.

a *Vt aqua & ignis interdictione.* Ratio dubitandi. Cùm aqua & igni interdicitur, non tantùm ciuitas amittitur, ſed etiam libertas adimitur, *leg. penultim. §. vltim, infra de extraordin. cognit. l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 2. *ad Senatuſconſultum Trebellianum* in illis verbis, *Cui liber factus.* Ergo non eſt hoc bonum exemplum eius capitis diminutionis quæ contingat per ſolius ciuitatis amiſſionem: nec tam media aut minor quàm maxima capitis diminutio hæc dicenda eſt, cùm nulla maior eſſe poſſit quam quæ adimit libertatem.

Ratio decidendi. Tam per aquæ & ignis interdictionem quam per deportationem, quæ in illius interdictionis locum ſucceſſit, certum eſt amitti dumtaxat ciuitatem, non etiam libertatem, *leg. mercedis* 59. *de conditionibus & demonſtrationibus, lege ſecunda §. primo, de pœnis,* iunct. *l.* 3. *ad legem Iuliam peculatus.* Ideóque media & minor illa capitis diminutio appellatur, *§. minor. Inſtit. hoc titulo.* Nec contrarium eſt quod ſcribitur in *dicta lege penultima, §. vltim. de extraordin. cognition.* Ibi enim non de maxima aut de media vel minore capitis diminutione agitur, ſed de magna, quo nomine tam maxima quàm media continetur, ob idque vtriuſque exempla ſubiiciuntur maximè quidem in illis verbis, *Id eſt, cùm libertas adimitur*, vbi ſumenda ſunt illa, *id eſt*, exemplificatiuè, vt loquuntur, non reſtrictiuè. Mediæ verò in illis ſequentibus, *veluti cùm aqua & igni interdicitur*, poſt quæ verba rectè ſubiungitur, *quæ in perſona deportatorum euenit*, ſcilicet magna capitis diminutio, ad quam ſolam referri poteſt relatiuum illud fœmininum, *quæ* nec quiſquam de hoc dubitaret ſi Calliſtratus ſcripſiſſet *veluti* pro eo quod ſcripſit, *id eſt*, aut ſi in ſequentibus ſcripſiſſet *vel* pro eo quod ſcripſit *veluti.* Quid autem intereſt an hoc ſcripſerit vel illo modo? Quare non eſt quod cum quibuſdam locum illum emendemus, aut cum Cuiacio diſtinguamus duplicem libertatem: vnam quæ ſit iuris gentium, alteram quæ ſit iuris Quiritium, cuius nulla vſpiam mentio fit in libris noſtris. Planè quod ſcriptum eſt in dicto §. ſi quis rogatus, indiget emendatione, & pro illis verbis, *liber factus*, legendum eſt, *liberorum*, vt quidem Cuiacius docuit *lib.* 3. *obſeruation. c.* 10. Et nos docuimus *lib.* 18. *Coniect.*

1 ¶ Qui deficiunt, capite minuuntur: deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum ſub imperio ſunt, deſiſtunt, & in hoſtium numerum ſe conferunt, ſed & hi, quos ſenatus hoſtes iudicauit, vel lege lata c: vtique vſque eò, vt ciuitatem amittant.

Ad §. 1. Qui deficiunt.

Ratio dubitandi. Nemo à ſeipſo habet ciuitatem & patriam, ſed à republ. *l.* 1. *§ generaliter, infr. de vent. in poſſeſ. mitt. l. honor.* 14. *§. plebeij, de muner. & honor.* Ergo nemini licet facto ſuo & propria voluntate ſeipſum ſubtrahere reipublicæ, cuius intereſt ne viris & viribus deſtituatur, *leg. & qui originem* 3. *§. præſes prouinciæ cod. leg. vltim. §. ſi plures, de bonis damnat.* Sicut nec ſeruus ſuam poſſeſſionem interuertere domino poteſt, *l. rem quæ nobis* 15. *in fine, infrà de acquir. poſſ.* præſertim cùm nec dominus quiſquam ſit membrorum ſuorum nec proinde ſuppſius, *l. Liber homo* 13. *ad leg. Aquil.* iunct. *l.* 3.

l. 3. de interd. & releg. Ergo qui deficiunt, id eſt, qui ab iis ſub quorum imperio ſunt deſiſcunt & in hoſtium numerum ſe conferunt, non poſſunt hoc ipſo amittere ciuitatem, nec proinde capite minuuntur.

Ratio decidendi. Non ideo amittunt ciuitatem quòd eam vltrò velint amittere, ſed in pœnam criminis & ex legibus & moribus non ſolùm popul. Roman. ſed omnium etiam gentium, quòd indignus ſit quem patria teneat qui patriam deſerit vt fugiat ad hoſtes, cùm ita & ipſe hoſtis factus ſit, *l. Poſtliminium 19. §. Transfuga. §. filius quoque familias, & ſequenti infr. de capt. & poſtlim.* Neque tamen fit ſeruus hoſtium ideóque & tutor manet, *l. ſi quis tutor 15. infra de tut.* ſed tamen deſinit eſſe ciuis quòd ſufficit vt capite minuatur. Quomodo autem fieri poſſit vt tutor maneat dicemus ad eũ locum.

c *Sed & ij quos ſenatus hoſtes iudicauit, vel relegauit*, vitioſa eſt hæc lectio, & longè melius in Florentinis, *vel lege lata.* Quiſquis enim hoſtis reip. dicebatur, is vel à ſenatu, vel à pop. Rom. lege in eam rem lata pronunciabatur: dubitandi autem ratio nulla eſt quin deſinere eſſe ciuis quiſquis hoſtis ciuitatis haberetur. Relegatos autem certum eſt, ciuitatem non amiſiſſe, *l. relegatorum 7. §. hæc eſt differentia.* Et *l. Relegatus 14. §. 1. infr. de interd. & releg.*

2 ¶ Nunc reſpiciendum, quæ capitis diminutione pereant: & primò de ea capitis diminutione, quæ ſalua ciuitate accidit, per quam publica iura non interuerti conſtat: nam manere magiſtratum, vel ſenatorem, vel iudicem; certum eſt.

Ad §. 2. & l. 6. nunc reſpiciendum.

Ratio dubitandi. Per capitis diminutionem etiam minimam, caput minuitur & mutatur æquè ac per mediam aut maximam, *l. 2. in princ. ſupra.* Ergo ea omnia quæ ad perſonam illam pertinent ſi modò ſint iuris ciuilis mutantur quoque & pereunt, & conſequenter publica etiam iura omnia interuerti neceſſe eſt, ne alioqui vna & eadem perſona diuerſo iure cenſeatur contra vulg. *l. 1. Eum qui ædes 23. de vſuc.*

Ratio decidendi. Capitis diminutio ea tantùm iura poteſt tollere quæ pertinent ad ſtatum qui per eam tollitur, ne effectus pateat latiùs quàm ſua cauſa. Atqui minima capitis diminutio de qua ſola nunc agimus, non alium ſtatum tollit quàm priuatũ quia familiam tantùm mutat & adimit, non etiã libertatem aut ciuitatem, *l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo neque adimit iura publica quæ quis habet ratione ciuitatis quale eſt, magiſtratũ eſſe, vel ſenatoré vel iudicem cùm ſalua ciuitate contingat; ſed priuata tãtum hominis & familiæ eius iura, non enim à patre quis habet, ſed à ciuitate vt ſit ſenator. vel iudex, *dict. l. 3. de interd. & releg.* Ideoque ſiue ex filiofamilias fiat paterfamilias, ſiue contrà, nihil refert, quia quod ad ius publicum attinet, filiusfamilias non ſequitur ius patriæ poteſtatis, *l. Nam quod 14. ad SC. Treb. l. quippe 78. ae iud.*

6. VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

NAm & cætera officia, quæ publica ſunt, in eo non finiuntur: capitis enim minutio a priuata hominis, & familiæ eius iura, non ciuitatis amittit.

Ad l. Nam & cætera 6.

Idem ſenſus eſt huius legis qui §. vltimi legis præcedentis, eadémque proinde ratio dubitandi & decidendi.

a *Capitis enim diminutio.* Non quælibet ſed ea tantùm de qua dictum in §. præcedent. id eſt, quæ ſalua ciuitate contingit, & ad quam ſolum hoc dictum pertinet. Nam per maximam aut per mediam capitis diminutionem publica etiam iura interuerti conſtat.

7. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

TVtelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his quæ in iure alieno perſonis poſitis deferuntur. a Igitur teſtamento dati, vel ex lege, vel ex ſenatuſconſulto, erunt nihilominus tutores.

¶ Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis interuertuntur eadem ratione, qua & hæreditates exinde legitimæ: quia agnatis deferuntur, qui deſinunt eſſe, familia mutati. c

¶ Ex nouis autem legibus & hæreditates, & tutelæ plerumque ſic deferuntur, vt perſonæ naturaliter deſignentur, vt ecce deferunt hæreditatem ſenatuſconſulta matri, & filio.

Ad l. Tutelas 7.

Ratio dubitandi. Tutela nihil aliud eſt quam vis & poteſtas in capite libero iure ciuili data & permiſſa, *l. 1. infra de Tutel.* Atqui ea quæ ſunt iuris ciuilis pereunt per capitis diminutionem, *l. Eas 8. infra hoc tit.* Ergo & tutelæ.

Ratio decidendi. Ea demum iura ciuilia pereunt per capitis diminutionem minimam, quæ ſunt priuata hominis & familiæ eius qui capitis diminutionem patitur, vt diximus in *leg. præc.* Atqui tutela non eſt iuris priuati, ſed publici, nec ad priuatam tutoris vtilitatem pertinet, ſed ad illius cui tutor datur, *§. penult. Inſt. de Attil. tut.* Vnde eſt quod nulla tutela in alium tranſit iure hæreditario, nec fœmina tutrix eſſe poteſt iure antiquo, *l. Tutela 16. & l. vlt. de tutel.* Tanquam quæ ab omnibus publicis muneribus arceatur, *l. 2. de reg. iur.* Et ideò benè hæc lex ſubiuncta eſt legi proximè præcedenti.

a *Exceptis iis quæ iure alieno perſonis poſitis non deferuntur.* Sic omnino legendum eſt retenta negatione quæ in Pandectis Florentinis malè deeſt. Non enim de aliis tutelis poteſt exceptio iſta intelligi quàm de iis quæ lege 12. tab. exemplo hæreditatum proximis agnatis deferuntur, id eſt, iis qui ſi eo tempore pupillus decederet, hæreditatem ipſius habituri eſſent, & quidem agnationis iure, quas proinde certum eſt nunquam deferri poſſe perſonis in aliena poteſtate poſitis, quia nec fieri poteſt vt filiusfamilias vnquam ſit proximus agnatus, cum ſemper à patre anteueniatur, ideóque ſolemus dicere legitimas tutelas ſequi liberos, & ad eos deſcendere prius etiam quàm hæredes parentum exiſtant, non autem iis deferri, *dict. leg. tutela 16. in fin. de tutel. l. ſi maritus 46. infra famil. erciſcund.* Nec admitti poteſt quod tentat Accurſius poſſe duobus caſibus legitimam tutelam filiofamilias deferri. Primo enim caſu quem affert, ſi pater ſit furioſus, certum eſt etiam furioſo legitimas tutelas deferri perinde ac hæreditates, quomodo deferuntur etiam pupillo & abſenti, quamuis non decernatur illis adminiſtratio, ſed tutori, in cuius poteſtate pupillus eſt, vel curatori in cuius poteſtate eſt furioſus, vel

alij

alij agnato, dummodo ſit eiuſdem gradus, *leg. 5. §. in legitimis, leg. ſi plures 9. de legitim. tutor.* Quod primus correxit Iuſtinianus in *lege vltima, Codic. de legitim. tutel. §. item maior. Inſtitut. de excuſa tion. tutor.* Altero autem caſu cùm libertus eſt maternus, mater quidem quamuis patrona ſit, tutrix tamen propter ſexum eſſe non poteſt, *titulo de legitim. patron. tutel. in fine.* Sed tamen neque verum eſt eius filium ſiue ſit ſui iuris ſiue alieni, tutorem legitimum eſſe cùm tutela legitima quæ patronis defertur, non ſit ex lege duodecim tabularum, niſi per conſequentias quatenus lex detulit patronis hæreditates libertorum, *lege tertia, in principio, infra de legitim. tutoribus.* Atqui filius patronæ non vocatur ad hæreditatem per legem duodecim tabularum, ſed ipſius matri: ergo neque ad tutelam, tametſi non negem illum fieri poſſe tutorem, nimirum ſi à magiſtratu detur vt & alius quilibet, ſed datiuus ille tunc erit aut potius datus, non legitimus. Quod verò Curacius putat locum hunc literis tantùm & notis ſcriptum fuiſſe, ſicque reſtituendum vt legamus, *Quæ iure agnationis proximis potiſſimum deferuntur*, quaſi Tribonianus lapſus ſit in legendis notis, mihi nunquam probabile viſum fuit, ſed planè commentitium & nugatorium. Ergo ad hunc locum. Ratio dubitandi illa erit, quod per capitis diminutionem minimam non amittantur ea quæ ſunt iuris publici, non priuati, vt proximè diximus. Atqui tutelæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur, non minus ſunt iuris publici quàm quæ ex teſtamento aut ex nouis legibus & ſenatuſconſultis Tertylliano & Orficiano, cùm ea maximè dicantur eſſe iuris publici quæ ſunt ex leg. duodecim tabularum, qui fons eſt totius iuris publici & ciuilis: Ergo perinde dicendum eſt, non amitti eas per minimam capitis diminutionem.

Ratio decidendi. Legitimæ tutelæ ex leg. duodecim tabularum deferuntur, quomodo etiam hæreditates legitimæ ſolis agnatis: verba enim legis fuerunt, *Si ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Atqui per capitis diminutionem is qui agnatus erat, deſinit eſſe agnatus, cùm agnationem mutet & familiam: Eſt enim agnationis & familiæ nomen iuris ciuilis non naturalis, cùm natura cognatos dumtaxat agnoſcat, non agnatos, *lege quarta §. cognationis, leg. Iuriſconſultus 10. §. cognati. infra de gradibus & affinitatibus.* Ergo & neceſſe eſt vt deſinant eſſe tutores legitimi, quod diuerſum eſt in cæteris omnibus tutelis ſiue ex teſtamento, ſiue ex lege Aquilia, ſiue ex ſenatuſconſultis deferantur, quia ſcilicet non ſub nomine agnationis, aut alio vllo ciuili deferuntur, ſed ſub nomine naturali, putà matris aut filij, vel ſub nomine proprio, putà Titij aut Sempronij, quæ nomina certum eſt per capitis diminutionem non perire. Ergo nec tutelas ſub iis nominibus delatas. Exemplum tamen quod hic affert Accurſius de tutore Vellejano, non eſt accommodatum. Nec enim lex Velleja tutelam vllam defert, ſed tantùm confirmat datam à teſtatore in eo teſtamento, quod alioqui rumperetur per ſucceſſionem filij in locum patris viuo auo, *leg. ſi hæreditas 10. §. qui filium infra de teſtamentaria tutela.* Nec minus ineptum eſt aliud exemplum quod affert Accurſius de tutore Corneliano: Lex enim Cornelia de confirmandis teſtamentis & hæreditatibus eorum qui apud hoſtes diſceſſerunt, hæreditatem quidem fecit & hæredem, *leg. filiusfamilias 18. infrà ad legem Falcidiam.* Sed non tutelam neque tutorem, ne quidem per conſequentias ſufficiente ſcilicet in hanc rem lege duodecim tabularum, quæ iam conſtituerat vt ad quos legitimæ hæreditates peruenirent, ad eos etiam tutela pertineret, *lege prima infra de legitimis tutoribus* iuncta, *leg. quo tutela 73. de regulis iuris.* Neque verò poſt legem Corneliam filios eius qui apud hoſtes deceſſit, alios tutores legitimos habere poteſt quàm eos quos ei dat lex duodecim tabularum, id eſt, agnatos proximos, ſicut nec alios hæredes ea lex fecit quàm quos lex duodecim tabularum feciſſet ſi paterfamilias in ciuitate deceſſiſſet. Periodo igitur & tutela legitima, ſi qua eſſet ex lege Cornelia, per minimam capitis diminutionem periret. Eadem ſcilicet ratione hic locum habente, quæ in tutela delata ex lege duodecim tabularum. Sanè quod ad tutores ex ſenatuſconſultis datos optimum exemplum eſt quod idem Accurſius affert ex *lege penultima infra de tutelis.* Præter illa quæ hic afferuntur ex ſenatuſconſultis Tertylliano & Orficiano. Illud verò omnium ſuauiſſimum eſt, quod idem Accurſius hic ſubiicit apud Græcos eſſe omnes iſtas leges nouas & ſenatuſconſulta, ex quibus vocantur aliqui ad hæreditatem & tutelam: quaſi verò non etiam apud Latinos nouæ leges dicendæ ſint quæcunque ſecutæ ſunt legem duodecim tabularum, quæ ſola lex verus appellatur. Ex his verò apparet cur Paulus non ſcripſerit quomodo breuiùs ſcribere poterat, *exceptis tutelis legitimis.* Nempe quia legitimæ ſunt etiam illæ quæ ex nouis legibus deferuntur. Quòd ſi adhuc inſtes, Cur non ergo abſolutè Paulus dixerit *exceptis tutelis quæ ex lege 12. tabular. deferuntur*, cùm ea locutio breuior & apertior fuiſſet, Reſpondebo non potuiſſe Paulum loqui elegantiùs aut breuiùs, vt non rem tantùm, ſed etiam rei rationem ſignificaret. Nam cùm per minimam capitis diminutionem fiat qui ex filiusfamilias paterfamilias vt per emancipationem, aut è contrario ex patreſamilias filiusfamilias vt per arrogationem aut denique ex filiofamilias vnius filiusfamilias alterius vt per adoptionem. Omnibus his caſibus communis ratio illa eſt propter quam tutelæ quæ ex 12. tabulis deferuntur capitis diminutione perire debeant, Quia ſcilicet perſonis in aliena poteſtate poſitis non deferuntur. Inde namque fit vt & per adrogationem amittantur quia adrogatus ponitur in poteſtate adrogatoris, & per adoptionem multò magis, quia qui adoptatur & filiusfamilias eſt, & talis erat antea, dices non poſſe hanc rationem aptari emancipationi per quam ſcilicet fit quis paterfamilias ex filiofamilias. Fateor: ſed dico non poſſe locum eſſe huic quæſtioni in caſu emancipationis, idque apparere ex hac ipſa ratione, quia cùm emancipari nemo poſſit, niſi qui ſit filiusfamilias, hæ autem tutelæ nunquam filiofamil. deferantur, non niſi ridiculè quæri poteſt, An per emancipationem amittatur tutela quàm is qui emancipatur nunquam habuit. Quomodo enim poſſet deſiuere id quod nunquam incepit? *l. Titio vſusfructus 96. de condit. & demonſtrat. l. non poteſt. 208. de reg. iur.* Ergo non eo minus bona hæc ratio eſt cùm quæritur generaliter, an tutelæ quæ ex 12. tab. deferuntur, pereant per minimam capitis deminutionem, quia quæſtio quantumlibet generalis præſupponit terminos habiles.

b *Eadem ratione qua & hæreditates.* Ratio dubitandi. Hæreditates legitimæ etiam quæ ex l. 12. tab. deferuntur, vbi ſemel acquiſitæ ſunt, non poſſunt amitti per capitis diminutionem minimam, quia is, qui ſemel hæres fuit, nunquam deſinit eſſe hæres, niſi in ſeruitutem redigatur, quæ maxima capitis diminutio eſſet, *l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quod & prætor in bonorum poſſeſſionibus ſeruat, *l. vlt. infrà vnde liberi.* Atqui legitimæ tutelæ etiam poſtquam acquiſitæ ſunt agnatis proximis, tamen capitis diminutione amittuntur vt ſcriptum eſt in hac lege. Ergo non eſt bona tutelarum & hæreditatum legitimarum comparatio.

Ratio decid. In acquirendis hæreditatibus & tutelis legitimis, bona comparatio eſt, quia tam hæ quàm illæ per l. 12. tab. agnatis deferuntur, ſed non in acquiſitis & ratio diuerſitatis eſt, quia hæreditates acquiruntur habito tantùm reſpectu ad eum ſtatum in quo reperitur hæres qui eo tempore quo hæreditas defertur, ea & acquiritur, nulla aut præteriti aut futuri temporis habita ratione, *l. 2. §. proximum,* iuncta *l. 1. §. ſequentum de ſuis & legit.* Quod generale eſt in qualibet acquiſitione

propter

proprietatis, *l.* 1. §. *Interdum. verſ. Non vt proprietas infra, de vſufr. accr.* At tutelæ non deferuntur nec acquiruntur propter ſe ſimpliciter, ſed ex comparatione & relatione hæreditatis in futurum acquirendæ; Cuius acquiſitionis ſpes non niſi incerta eſſe poteſt quandiu is viuit cuius hæreditas ſperatur, cùm poſſit is qui ſperat prior mori, aut aliter fieri incapax ſucceſſionis, *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio, de iur. fiſc.* Cùm ergo certum ſit, eum cui tanquam agnato proximo delata & acquiſita fuit tutela, ſi poſtea familiam mutet, agnatúſque eſſe deſinat, nunquam pupillo ſuo hæredem futurum, illud omnino conſequens eſt, vt cum ſpe acquirendæ hæreditatis amittat etiam tutelam tametſi iam acquiſitam, ita ſit, vt tutela etiam poſt acquiſitionem ſit ambulatoria ſicut & ſpes obtinendæ quandoque hæreditatis, non item hæreditas iam acquiſita.

c *Quia deſinunt eſſe familia mutata.* Quærit Accurſius, An hodie ſimiliter tollatur agnatio per minimam capitis diminutionem, & reſpondet non tolli, quia agnatus ſemper remaneat agnatus, ſublataque ſit differentia cognationis & agnationis per Iuſtinianum, in *Nou.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* §. *Nullam verò.* Sed malè, ſuſtulit enim quidem Iuſtinianus differentias quæ antea obtinebant quantum ad cauſam ſucceſſionis, ſed non fecit, nec facere potuit vt non deſinat eſſe agnatus, qui familiam mutat, non magis quàm vt quiſquis cognatus eſt putà per fœminam coniunctus dici agnatus poſſit, quomodo & ante Iuſtinianum Anaſtaſius iam fecerat, vt frater emancipatus, ad fratris legitimam hæreditatem & tutelam vocaretur, *l.* 4. *C. de legit. tutel. l. Ne lucrum* 5. *C. de curat. fur.* Non quidem tanquam agnatus, ſed tanquam is, quem legitimum & hæredem & tutorem ab Imperatore fieri æquum eſſet propter proximitatem ſanguinis, tametſi per emancipationem agnatus eſſe deſiiſſet, quia eadem eſt proximitas ſanguinis in cognato eiuſdem gradus, quæ in agnato. Nec proinde fuit cur ob has Anaſtaſij conſtitutiones Iuſtinianus adiecerit dictionem *plerumque* in §. *vlt. Inſt. de legit. agnat. tutel.* vt malè putat idem Accurſius, ſed cum eo loco ſcripſit, Ius agnationis omnibus modis capitis diminutione plerumque perimi, videtur reſpexiſſe potius ad *l. penul. C. de adopt.* vbi conſtituit idem Iuſtinianus vt ſi filiusfamilias detur in adoptionem extraneo, quod non poterat olim fieri ſine emancipatione, retineat tamen ſua omnia iura priſtina in domo & familia patris naturalis & conſequenter ius etiam agnationis, quia filius patri agnatus proximus eſt, *l. filius* 12. *de ſuis & legit. l.* 4. §. 1. *infra. Quis ord. in poſſeſſ. ſeruet.*

d *Plerumque ſic deferuntur.* Valdè in hoc etiam laborat Accurſius vt inquirat cur Paulus adiecerit dictionem hanc, *plerunque*, quod nec ante eum Martinus percipere potuerat nec ipſe melius quàm Martinus, ſed facile eſt hoc intelligere ex eo quod ſuprà diximus, *de leg. Cornel. de capt.* apud hoſtes defunctis, quæ cùm ſit lex noua tanquam poſterior. l. 12. tab. faciatque hæreditatem & hæredem, non tamen ſic defert hæreditatem vt perſonã aliquam naturali nomine deſignet, ſed ius ipſis quibus lex 12. tab. deferebat. Ergo proximis agnatis tantùm, nec proinde perpetuum eſt, vt ex nouis legibus ſic hæreditates deferantur, vt perſonæ naturaliter deſignentur.

1 ¶ Iniuriarum, & actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.[a]

Ad §. 1. *Iniuriarum.*

Ratio dubitandi. Ea quæ cum capite ambulant neceſſe eſt vt per capitis diminutionem pereant, pereunte ſcilicet capite cum quo ambulabant. Atqui nemo delictis eximitur quamuis capite minutus ſit, *l.* 2. §. *nemo ſupr. hoc titul.* Ergo actiones ex delicto deſcendentes, qualis eſt actio iniuriarum & ſimiles, cum capite non ambulant.

Ratio decidendi. Quod hic dicitur de capite, intelligendum eſt de capite naturali quod per capitis diminutionem non perit, non autem de ciuili quod perit. Capitis enim nomen ſimpliciter prolatum naturale eſt. At capitis diminutio nomen eſt ciuile, vt iam toties diximus. Ambulant itaque cum capite naturali, & ideo ſuperſiint poſt capitis diminutionem, quia & caput ipſum ſupereſt. At non ambulant cum capite ciuili, quod patitur diminutionem. Hoc verò intellexiſſe Bartolus non videtur qui ad hunc locum notat, Actiones ex delicto deſcendentes ambulare cum capitis diminutione, confundens caput cũ capitis diminutione. Nec melius Accurſius tentat poſſe hunc §. accipi de actione iniuriarum, aut alia ex delicto competente illi qui capite minutus fuit. Quaſi verò ex hoc delicto reſtituantur etiam actiones quæ competebant ante capitis diminutionem ei cuius caput diminutum fuit, perinde ac ex quæ contra ipſum. Quod tamen non ita eſt. Nec enim reſtitutione vlla indigent cùm non interciderint. Vel enim ponimus eum qui capite minutus fuit, antea patremfamilias fuiſſe vel filiumfamilias. Si paterfamilias fuit qui dederit ſe adrogandum, tranſtulit ille cum ſuo capite fortunas omnes in adrogatorem, *l. qui ex liberis.* 2. §. *ſect. de bonor. poſſeſſione ſecundum tabulas.* Ergo & actiones ſi quas habebat, quas proinde adrogator tanquam ſuas exercere poteſt. Si verò filiusfamilias fuit qui vel per emancipationem paterfamilias factus ſit, vel per adoptionem filius alterius patrisfamilias, remanent actiones penes patrem qui emancipauit aut in adoptionem dedit, quíque nullam patitur ipſe capitis diminutionem. Cui ſcilicet iam inde ab initio fuerunt acquiſitæ per filium iure patriæ poteſtatis, ita vt ne momento quidem temporis in perſona filij conſtitiſſent, *leg. placet* 79. *de acquirenda hereditate, lege prima, ſi à pare te quis manumiſſus ſit.* Nec eſt quod quis obiiciat quaſdam eſſe actiones quas filiusfamilias ſuo nomine exercere poteſt, inter quas eſt actio iniuriarum, *leg. filiusfamilias* 9. *de obligationibus & actionibus.* Nam vt maximè id verum ſit, eas tamen exercet non ad ſuam, ſed ad patris vtilitatem, & præterea ita demum ſi pater nolit eas ipſe exercere, *leg. ſed ſi minus* §. *ait prætor. de iniuriis.* Ideóque parum aut nihil amitteret filius qui has actiones per capitis diminutionem amitteret. Denique nulla æquitas eſt reſtituendæ actionis ei qui capite minutus fuit cum facto ſuo eam amiſerit. Ideóque ipſi pereunt actiones omnes quas antè habebat, niſi ſi quæ habuerunt naturalem præſtationem, *leg. proxim. infr. vbi dicam.*

2 ¶ Si libertate adempta, capitis diminutio ſubſecuta ſit: nulli reſtitutioni aduerſus ſeruum locus eſt: quia nec prætoria iuriſdictione ita ſeruus obligatur, vt cum eo actio ſit: ſed vtilis actio aduerſus dominum [a] danda eſt, vt Iulianus ſcribit: & niſi in ſolidum defendatur [b], permittendum mihi eſt in bona, quæ habuit, mitti.

Ad §. 2. *Si libertate.*

Ratio dubitandi. Nemo alieno odio prægrauari debet, *leg. ſi quis ſuo* 33. §. *legis autem, Codic. de inofficioſo teſtamento.* Nec actio vni quæſita, alterius facto ei adimit, *leg. Granius* 71. §. *penultim. infr. de fideiuſſoribus, l. ſi ſeruum* 91. §. *nunc videamus de verborum obligation.* Atqui cùm quis maximam capitis diminutionem paſſus eſt amiſſa libertate, ſiue propter ingratitudinem, *lege ſecunda, tertia, & quarta, Cod. de libert. & eorum liber.* ſiue quòd paſſus ſit ſe venundari ad pretium participãdum,

amittit actionem creditor, atque ita moratur in damno ſi non ei actio reſtituatur per prætorem. Ergo ex eadem æquitate edicti perinde reſtituenda eſt actio, ac ſi minima tantùm capitis diminutio interueniſſet.

Ratio decidendi. Eadem quidem æquitas faceret vt hoc quoque caſu reſtitui deberet actio ſi poſſet, ſed non poteſt, quia nulla ſupereſt perſona contra quem reſtituere prætor eam poſſit, cùm is qui ſeruus factus eſt, pro nullo habeatur etiam iure prætorio, *lege nullo modo 7. infra de lege Cornelia de falſ.* Nec poſſit contra eum actio vlla exerceri, niſi criminalis & ad pœnam corporalem, *lege ſecunda, Codice, de ſepulchro violato.* Quomodo accipi debet, quod ſcriptum eſt, in *lege prætor. 3. infrà, penultim. §. eod. ill. titulo.* Et *in leg. 4. §. pen. vi bon. rapt.*

a *Sed vtilis actio aduerſus dominum.* Ratio dubitandi. Non reſtituitur actio ex hoc edicto, niſi ea quæ fuerat ante capitis diminutionem, & quæ eſſet hodie ſi capitis diminutio non interueniſſet, *leg. 2. §. ait prætor. ſuprà, hoc titulo.* Atqui nulla actio antea competebat contra hunc qui nunc eſt dominus, cùm ante capitis diminutionem neque debitor eſſet, neque dominus debitoris. Ergo nec poſt capitis diminutionem in eum danda actio eſt.

Ratio decidendi. Non reſtituitur ex hoc edicto actio, quæ nulla fuit, ſed nunc primùm datur ex æquitate, cùm nec æquum ſit in damno morari creditorem, ſine cuius facto maxima hæc capitis diminutio contigit, neque poſſibile actionem vllam dari aut reſtitui contra eum, qui nunc ſeruus inuenitur, ob idque nimirum actio hæc vtilis appellatur, quomodo omnes quæ ex ſola æquitate dantur deficiente iuris ratione.

b *Et niſi in ſolidum defendatur.* Ratio dubitandi. Tunc creditor mittitur in poſſeſſionem bonorum debitoris, cùm debitor latitat, & non defenditur, *leg. 1. & toto titul.* Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. Atqui hic ſeruus quem ponimus non defendi, neque latitat, neque ciuiliter debitor eſt, cùm per capitis diminutionem extincta ſit ciuilis obligatio, neque conueniri ipſe poſſit etiam ſi maximè ſui copiam faciat. Neque rurſus bona vlla habet eo tempore quo non defenditur, cùm iam factus ſit ſeruus. Ergo quamvis non defendatur à domino, nihil tamen cauſæ eſt cur in poſſeſſionem bonorum, quæ habuit ante capitis diminutionem creditor mitti debeat.

Ratio decidendi. Bona quæ cum capite debitoris ad dominum tranſierunt, vtique cum ſua cauſa tranſierunt. In ea autem cauſa fuerunt ante capitis diminutionem, vt ſi debitor non defenderetur in ſolido, creditorem mitti in eorum poſſeſſionem oporteret. Idem ergo & poſt capitis diminutionem obſeruandum eſt, quia dominus non ſingularis ſucceſſoris locum obtinet, ſed potiùs ſucceſſoris vniuerſalis, cùm occupet bona omnia illius cuius fit dominus, nec æquum ſit infortunium debitoris fraudi eſſe creditori, ſic & in *§. vltimo, Inſtitut. de acquiſit. per adrogat.* An verò in dominum noxalis actio dabitur ſi bona non ſufficiant? Minimè. Datur enim pro maleficio non pro debito; & ita bene Accurſius noſter reſpondet ex *tit. de noxal. act. in prima Inſtit.*

3 ¶ Item cùm ciuitas amiſſa eſt, nulla reſtitutionis æquitas eſt aduerſus eum, qui amiſſis bonis, & ciuitate relicta, nudus exulat.

Ad §. vlt. Item cùm ciuitas.

Ratio dubitandi. Et iam is qui ſe adrogandum dedit, nulla bona habet, cum omnia tranſtulerit in familiam adrogatoris, *l. ſi paterfamil. 15. ſupr. de adopt.* Et tamen in eum reſtituitur actio ex hoc edicto creditoribus omnibus, præterquàm ipſi adrogatori, *l. 2. §. pen. ſup. hoc t.* Ergo bonorum omnium amiſſio non eſt iuſta cauſa propter quam denegari debeat hæc reſtitutio.

Ratio decidendi. Qui per adrogationem amittit ſua bona, is vltro amittit, cum inuitus nemo adrogetur, ne is quidem qui in patris poteſtate antea fuit, *leg. vlt. de iis qui ſui vel alieni iuris ſunt:* & pro eo incommodo nanciſcitur nouam familiam adrogatoris, in eâque ſibi acquirit iura ſui hæredis, quæ videtur ille tanti æſtimaſſe, vt proinde nihil ei abeſſe videatur, arg. *l. ſed ſi non ſeruus 36. ad l. Fal.* Ergo non dignus eſt, cuius miſeratione reſtitutionis æquitas deneganda ſit creditori quomodo dignus eſt is, qui amiſſis bonis, & amiſſa ciuitate per ſententiam deportationis nudus, & miſer exulat. Sed ad quid proderit reſtitui creditorē aduerſus adrogatum qui bona nulla habeat? An credibile eſt, prætorem eam reſtitutionem polliceri, quæ inutilis, & ſine effectu futura ſit? Nam ia nullam videtur actionem habere, quam inopia aduerſarij excludit, *leg. nam is ſuprà de dol.* Qua ſola ratione putant quidam motum fuiſſe prætorem, vt reſtitueret actionem creditori adrogati, ne alioqui non haberet creditor, non tam contra quem ageret, quàm vnde ſolutionem conſequi poſſet. At rurſus verba edicti non aduerſus alium reſtituunt actionem, quàm cōtra eum ipſum, qui fuit ante capitis diminutionem obligatus. Ergo non contra adrogatorem, ſed contra adrogatum. Ego puto reſtitui actionem à prætore contra ſolum adrogatum, idque non propter ipſius bona, quæ amiſit, ſed propter perſonam, quæ per adrogationem, familiæque mutationem alia facta eſſe intelligitur. Reſtitui tamen ita vt non ſolum agi ſtatim contra eum poſſit, dilata tamen executione in id tempus quo ſui iuris factus fuerit, & aliqua bona habere cœperit, quomodo aliàs fieri ſolet cum filiofamil. conuenitur & condemnatur, *l. ſed ſi dubitet 10. de fideiuſſ.* Sed etiam vt poſſit ſtatim executio fieri in bona adrogatoris, non quælibet, ſed ea tantùm quæ habuit ab adrogato, niſi adrogatum ipſum defendere in ſolidum paratus ſit, arg. *§. præced.* Alioqui dicendum eſſet deteriorem fore conditionem creditoris, cuius debitor adrogatus eſſet, quam cuius debitor maximam vel mediam capitis diminutionem paſſus eſſet, quibus caſibus vtique daretur actio in bona capite minuti, adeóque in eos ad quos bona ipſius perueniſſent, *dict. §. præced. & l. 2. in pr. ſuprà eod.* Nec ſanè modicum eſſet damnum in mora tanti temporis, *leg. ſi debitor. 21. de iudic.* Cum tamen id omnino agat prætor in hoc edicto ne quid damni ex capitis diminutione debitoris contingat creditori. Hodie minorem aut nullam dubitationem hæc res habet poſt Iuſtin. conſtitutionem, de qua in *tit. de acq. per adrog. inſtit.* Rurſus inſtabit fortè quiſpiam. Multo minus dignum eſſe cuius miſereatur prætor eum, qui propter delictum ſuum ſententiam deportationis paſſus eſt, vt Papin. dicebat in ſpecie, *l. Papin. 20. ſupr. tit. prox.* Sed reſpondebo id ipſum quod ibi Vlp. Papin. nihil cōmune habere delictum cum venia, quæ danda eſt infelicitati, & miſeriæ hominis condemnati, ne afflictu detur afflictio contra, *l. iure ſuccurſ. 6. inf. de iur. dot.* Quamvis nec nouum ſit, vt prætor det actionem in eum quoque qui bonis exutus eſt, quamvis ſine emolumento futuram, nec niſi in pœnam, vt in ſpecie, *l. vlt. in fin. infr. quæ in fraud. cre.* Vbi tamen contra eum datur actio, qui poteſt conueniri: at in ſpecie huius §. hoc amplius eſt, quod deportator conueniri non poteſt, *l. 2. in pr.* vbi dixi, *ſupr. h. t.* Et præterea obſeruandum illud eſt, non reſtitui à prætore actionem ex hoc edicto in pœnam illius, qui capite minutus fuit, ſed in fauorē creditoris, ne damnum ei afferat capitis diminutio, quæ contigit debitori. Atqui fieri non poteſt, vt indemnitatē præſtet is, qui nulla habet bona: fruſtra ergo prætor in eum hanc reſtitueret actionem, *l. nam is nullam 6. ſupr. de dol.* Hoc verò neque

Ioannes

Ioannes vetus interpres intellexit, qui negauit deportatum obligari poſſe cont. *l. deport. 15. infr. de interd. & rel.* Neque Accurſ. qui differentiæ inter deportatum & adrogatum rationem illam affert, quod adrogatus omnia ferè bona retineat ex *d. tit. de acquiſ. per adrog. inſtit.* Deportatus non item: id enim quod ait de adrogato, Iuſtiniani primum conſtitutione inductum eſt, nec temporibus Pauli, cuius hæc lex eſt, obtinebat.

8. Gaivs lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

EAs obligationes, quæ naturalem præſtationem habere intelliguntur, palàm eſt capitis diminutione non perire, quia *ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non poteſt.* Itaque de dote actio a. Quia in bonum, & æquum concepta eſt, nihilominus durat etiam poſt capitis diminutionem.

Ad leg. Eas obligationes. 8.

R. dub. Obligationes omnes etiam ciuiles cum ex cognatione deſcendant, habent naturalem præſtationem, quia nihil tam naturali æquitati, & fidei humanæ conuenit, quàm pacta ſeruari, *l. 1. ſupr. de pact. l. 1. inf. de conſt. pec.* Et quamvis iure ciuili approbentur, tamen maiore ex parte ſunt iuris gentium, *l. ex hoc iure. 5. ſupr. de inſt. & iur. l. ius gentium. 7. ſupr. de pact.* Atqui ciuilis ratio nec naturalia iura corrumpere poteſt, nec ius gentium: Ergo per capitis diminutionem nulla obligatio perimetur, præſertim quæ ſit bonæ fidei, ac concepta in bonum & æquum, vt actio de dote, de qua in hac leg.

Ratio decidendi. Non omnes obligationes quæ ſunt ex iure gentium, naturalem præſtationem habere intelliguntur, ſed eæ tantum quæ cauſam habent naturalem, cuiuſmodi eſt actio de dote: habet enim pro cauſa matrimonium, *l. 2. & 3. de iur. do.* Quod eſt iuris naturalis, *l. 1. §. 1 ſupr. de inſt. & iur.* Ideóque nimirum concepta eſt in bonum & æquum, vt hæc l. ait, imò cum illa adiectione, *Quod æquius, melius,* vt apparet ex *leg. pen. §. pen. infr. ſol. matr.* Quod in cæteris bonæ fidei actionibus diuerſum eſt, tametſi condemnatio in iis fiat ex bona fide: Arbitrariæ verò licèt in iis condemnatio fiat ex bono & æquo, *§ præterea. Inſt. de act.* Non tamen in bonum, & æquum conceptæ ſunt, nec naturalem habent præſtationem, vt actio de dote, quamvis naturalem includant obligationem, quæ ipſa quidem non perimitur per capitis diminutionem, *l. 2. §. in quit. ſup.* Sed inefficax eſt ad agendum iure ciuili, *leg. cùm amplius 84. §. is natura debet. de reg. iur.* Ideóque per capitis diminutionem etiam minimam pereunt, quippe quæ ciuiles ipſæ ſunt, non naturales, Idq; ſiue ipſi qui capite minutus fuit, competebant, ſiue in ipſum: nec enim poteſt negari, quod Accurſ. & poſt eum Bart. obſeruat, hanc l. cum duabus ſeqq. loqui de actionibus competentibus capite minuto quas per capitis diminutionem intercidere non neceſſe eſt, cùm perſona ipſa mutari, & alia fieri intelligatur, ſed non idcirco pugnant hæ ll. cum eo quod diximus in præcedentibus. Actiones illas quæ competebant capite minuto non reſtitui ex hoc edicto, ſed eas tantùm quæ contra capite minutum: Aliud enim eſt dicere actiones, quæ ipſi competebant, ipſi perire: quod nos admittimus exceptis iis, quæ naturalem præſtationem habent, vt lex ait: aliud verò, reſtitui eas poſſe vel debere, quod nos negamus cùm omni caſu is qui capite minutus eſt, eas facto ſuo amiſerit, & ob id videlicet quærit Iuriſconſultus, An capitis diminutione pereant, non quaſi reſtituendæ eſſent ſi perirent, ſed vt intelligamus eo caſu quo pereunt, nullum capite minuto auxilium ſupereſſe.

a *Itaque de dote actio.* Rationem affert Accurſius propter quam hæc actio non pereat capitis diminutione, quia, inquit, competit filiæ proprio nomine, vt & aliæ, de quibus in *leg. filiusfamiliias. 9.* & in *leg. in factum. 13. infrà, de obligat. & action.* Ex quo infert hodie omnes actiones ex caſtrenſi peculio vel quaſi, vel ex aduentitia cauſa deſcendentes ſaluas manere filio poſt minimam capitis diminutionem, quod ei competant iure proprio ex *leg. vltim. Codice, de bon. quæ lib.* Sed malè omnia, ni fallor: nam eas quoque actiones, quas filiusfamilias ſuo nomine exercere poteſt, vt commodati, depoſiti. Quod vi aut clam, iniuriarum, & quæ in factum ſunt, non tamen exercet ad ſuam vtilitatem, ſed ad commodum patris. Et ita demum ſi pater eas exercere nolit, vt dixi ad *§. iniuriarum l. prox. præced.* ex *l. ſed ſi vnius licet. §. ait prætor. de iniur.* Vt proinde patum ſit eas filio perire, dum ſaluæ maneant patri, cui iure patriæ poteſtatis quæſitæ fuerunt, & qui nullam patitur capitis diminutionem, ſaceréque potius ea ratio, vt huiuſmodi actiones reſtitui deberent filio poſtquam eas per capitis diminutionem amiſiſſet, quàm vt eas non amitteret per emancipationem, aut, quod effectu idem eſt, per adoptionem [quæ non fiebat olim ſine emancipatione] cum per emancipationem in imaginariam ſeruitutē deduceretur, *l. 3. §. vlt.* vbi dixi, *ſupr. eod.* Quæ res faciebat, vt dubitari non poſſet, quin alia perſona eſſe videretur, *l. qui res 98. §. aream. de ſolut. iun. Cl. l. ſeru. 57. in fi. de adim. leg.* At neque verum eſt, filiamfam. agere de dote ſuo nomine. Nam quod dicitur, Dotis profectitiæ actionem communem eſſe patri & filiæ, *l. 2. §. 1 ſi ſolut. matr.* Non eum ſenſum habet, vt filiafam. poſſit agere de dote viuo patre, in cuius ſit poteſtate, ſed vt non poſſit agere pater ſine conſenſu ipſius aut expreſſo aut tacito, nec niſi adiuncta filiæ perſona, ne alioquin etiam poſtquam dos fuerit ſoluta patri, ſalua maneat actio filiæ ad eam quandoque exercendam, ſed tum demum cùm ſui iuris facta fuerit, *dicta leg. 2. §. 1.* vbi & Bart. hoc notat, *leg. & heredi. 21. §. filiafamilias, ſuprà, de pact.* Qui etiam ſenſus eſt, *leg. prox. ſeq.* Vbi dicitur filiamfamilias acturam de dote quandocunque erit emancipata, ſupple *vel aliter ſui iuris effecta,* putà morte patris. Sed nihil de hoc caſu expreſſum eſt, quia tractatur hic de capitis diminutione, quæ interuenit duntaxat cùm filia ſit ſui iuris per emancipationem, non etiam cùm per mortem patris, *l. 3. §. vltim. de SC. Macedon.* Itaque verum quidem eſt, Actionem de dote profectitia communem eſſe patri & filiæ, etiam durante patria poteſtate, ſed tantum habitu non exercitio. Debuit ergo Accurſius, hoc vnum dicere quod poſtea ſubijcit, ſpecialem eſſe rationem æquitatis in dote profectitia. Sed non eam quam deſumit ille ex *leg. 1. ſolut. matrim.* Quod publicè intersit, dotes mulieribus conſeruari vt poſſint nubere, & iuſtis liberis replere ciuitatem, *leg. interest. 18. de rebus auct. iudic. poſſid.* Eſt enim ratio illa ciuilis potius quàm naturalis, nec minus haberet locum etiamſi actio de dote ſolius eſſet patris, cùm pater dotem filiæ ſibi reſtitutam cogatur ei ſeruare, ſiue poteſtatis, ſiue pactionis iure ad eum redierit, *Authent. ſed quamuis, Codice, de rei vxor. action.* At ex eo potius quod pater filiam ex officio, & ratione naturali dotare cogitur, *lege cap. 19. de rit. nupt. leg. vltim. Codice, de dot. promiſ.* Itaque dotem pater nomine filiæ eo animo, & voto ne ad ſe vnquam dos reuertatur, *leg. 1. infrà de iur. dot.* Sed vt ſit perpetuum filiæ patrimonium, *leg. 1. §. ſed vtrum, ſupr. tit. prox. l. vlt. de collat. dot.* Denique dotis capax eſt filiafamilias conſtante matrimonio non minus, quàm matrimonij conſtante patria poteſtate, *lege Pomponius Philadelphus. 35. famil. erciſc.* Itaque bonum & æquum eſt, dotem quæ ſoluto matrimonio apud maritum remanere non poteſt, reddi filiæ, cuius nomine fuerat data. & cuius etiam eſſe dicebatur conſtante matrimonio, quamvis interim eſſet in bonis mariti, *l. quamvis. 75. eod. tit. de iure dot. leg. in reb. 30. Cod. eod.* Adeo vt nulla ſit opus in eam

rem conuentione, quomodo eſſet opus, vt dos ſoli patri reſtitueretur, aut etiam extraneo, ſi extraneus dotem dediſſet, *leg. mia 6. eod. titulo, leg. cum dos. 7. infra, de pact. dotal. lib.* Sed & falſum illud eſt, quod addit idem Accurſius, ius ciuile hac in re naturali repugnare. Itémque quod ſubiicit, naturale præualere. Nam imò verò conueniunt optimè, cùm ideo ſit actio communis patri & filiæ, vt neque huic, neque illi iniuria fiat, & ſi quod præualet, ciuile proculdubio eſt, potius quam naturale. Actionem enim, vt diximus, ſolus pater exercere poteſt, quamvis adiungi perſonam filiæ neceſſe ſit, non item filia, nec ſi velit adiungere perſonam patris. Alioqui dicendum eſſet pro Accurſio. Actionem hanc de dote quæ datur filiæ, & quam Caius negat perire per emancipationem eſſe iuris naturalis, quod tamen ridiculum eſſet, cùm actiones omnes ſint iuris ciuilis, ſaltem ſumpto generaliter eo nomine, vt ius quoque prætorium comprehendat. Nullæ verò naturales, aut iuris naturalis, cadítque ea diſtinctio in obligationes tantùm, non in actiones. Quare nec ita Gaius hîc loquitur, vt dicat, Actionem de dote eſſe iuris naturalis, aut naturalem, ſed hoc tantùm, dotis obligationem habere naturalem præſtationem, quod longè diuerſum eſt. Nec ſanè diuerſitatis rationem vllam reddere Accurſius poteſt, aut quiſquam alius pro Accurſio, cur in quibuſdam actionibus potius quàm in aliis ius ciuile debeat ſuccumbere naturali, cùm omnes ſint, vt dixi, iuris ciuilis.

9. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

VT quandoque emancipata agat.

Ad leg. Vt quandoque. 9.

Quæ ad hanc leg. pertinent iam ſatis diximus ad præcedent. Illud tantùm addendum eſt, malè Accurſ. quod hic dicitur de emancipatione, & minima capitis diminutione trahere ad maximam, vel mediam capitis diminutionem, quaſi his quoque caſibus ſalua maneat mulieri actio de dote, niſi fuerit damnata ex vna de quinque legibus, de quibus in *leg. 3. de bon. damnat.* Nam ſiue filiafamilias ciuitatem tantùm amiſerit, ſiue etiam libertatem, certum eſt, non poſſe ei actionem vllam de dote, vt nec de alia re ſupereſſe, cum actiones omnes ſint ex iure ciuili, cuius nullam prorſus communionem retinent, qui ciuitatem amiſerunt. Et quidem cum libertatem amiſit, expeditum eſt: habetur enim quaſi pro mortua, & ideo mariti lucro dos cedit, ſi pater eo tempore iam mortuus reperitur, *leg. ſed ſi alia. 5. de bon. damn.* Nam & generale eſt, vt quo caſu dos profectitia redire ad patrem non poteſt, mortuo in matrimonio filia, debeat penes virum remanere, *leg. liberis 8. §. vltim. eod. tit. de bon. damnat.* Idque non quaſi ex noua cauſa, ſed ex præcedent. titulo ipſo dotis, ex quo dominium fuerat quæſitum marito, eo animo & voto, vt penes eum dos perpetuò maneret, *leg. 1. de iur. dot.* Sed in muliere deportata, quamvis eadem ratio iuris idem ius ſuadeat: Æquitas tamen & humanitas facit, vt permittendum ei ſit agere de dote ſoluto demum matrimonio (nec enim diſſoluitur per deportationem, *leg. 1. Codice, de repud.*) Quia reſtitui aliquando in ciuitatem poteſt, *leg. intercidit. 59. de cond. & demon.* Quo caſu eueniente indotata reperiretur ſi dos penes maritum remanſiſſet, quomodo eam remanſiſſe neceſſe eſſet, ſi nullam contra eum de dote actionem mulier haberet. Atque ita Vlpianus ſcribit in *dicta leg. 5. §. quod ſi deportata. de bon. damnat.* At non erit actio illa directa ciuilis, ſed vtilis, cùm directa non poſſit ſupereſſe amiſſa, vt dixi, ciuitate: vtilis vero erit, non quaſi reſtitutoria. Id eſt, ex hoc edicto reſtituta, ſed quia ex æquitate danda eſt mulieri, ne viuens indotata maneat, cùm ob hoc ipſum lex, quæ ipſi pœnam deportationis irrogauit, dotem tamen eius non publicauerit, cùm tamen aliorum deportatorum omnium bona omnia ipſo iure publicentur niſi ſpeciali indulgentia excipiantur, *leg. relegatus 14. §. 1. de bon. damnat.* Porro eum, qui amiſſa ciuitate, nihilominus ex priuilegio aliqua bona detinet, neceſſe eſt pro iis bonis, vtilibus ſaltem actionibus, & agere, & conueniri poſſe, *dict. lege relegatus §. vltim.* Itaque ſi quæratur, cur hoc caſu ſalua ſit mulieri actio de dote poſt deportationem, noli reſpondere cum Accurſio quòd eadem ſit, hac parte ratio mediæ, & minimæ capitis diminutionis, ſed dic potius, quia per deportationem mulieris dos non publicatur, ſed ei incolumis ſeruatur, non vt mariti lucro poſſit cedere, ſed ne ipſa maneat indotata. Ideóque ſi talis caſus eſſet, in quo dos quoque publicaretur, nemo dubitaret, quin actio de dote per deportationem perempta eſſet, quantumvis naturalem habeat præſtationem. Eſt ergo euidens differentia inter mediam, & minimam capitis diminutionem etiam cum de actione de dote tractamus, adeóque quod magis eſt, eo quoque caſu, quo dos non publicatur, cum poſt minimam capitis diminutionem ſupereſit etiam directa actio de dote, quæ poſt deportationem non poteſt eſſe niſi vtilis. Sanè quod de maxima quoque capitis diminutione Accurſius adiicit, nimis euidenter falſum eſt, pugnatque ex diametro cùm Vlpian. in *dict. l. 5. in princip. de bonis damnator.* Sicut & quod ait, dotem eo caſu, quo non publicatur remanere penes maritum, pugnat omnino cum eodem Vlp. in *d. l. 5. §. 1.* Quam legem non videtur Accurſ. vidiſſe. Certè ad eam non animaduertit cum iſta ſcripſit.

10. MODESTINVS lib. 8. Differentiarum.

LEgatum in annos ſingulos, vel menſes ſingulos relictum, vel ſi habitatio legetur, morte quidem legatarij legatum intercidit, capitis diminutione tamen interueniente, perſeuerat, videlicet quia tale legatum in facto potius, quàm in iure, conſiſtit.

Ad leg. Legatum. 10.

Ratio dubitandi. Legata omnia ſunt iuris ciuilis, & ex lege 12. tabul. *leg. verbis legis. 120. de verborum ſignif.* Cum legatum nihil aliud ſit, quàm quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt definit Vlpianus in *fragmat. titulo de legat.* Atqui omnia iura ciuilia; quæ ſunt priuata hominis aut familiæ ipſius pereunt per minimam quoque capitis diminutionem, *lege, nam & cætera. 6. ſupra, hoc titulo.* Ergo & legata omnia ſiue in annos vel menſes ſingulos relicta ſint, ſiue habitatio legata proponatur.

Ratio decidendi. Legatum, quod in annos vel menſes ſingulos relinquitur, pro alimentis relinqui intelligitur, *leg. cum hi. 8. §. ſiue igitur, ſupra de tranſactionibus.* Niſi relictum ſit homini honeſtioris loci tanquam ſalarium annuum, vel vſusfructus potius, quàm vice alimentorum, *§. ſi in annos. ead. leg.* Et ideo in facto conſiſtit hoc legatum, non in iure, idémque eſt de legato habitationis, quia vt quis alatur, vel habitet facti eſt non iuris, &

vt bene hîc explicat Accurſius, non inſpicitur in perſona huius legatarij, an capere poſſit ex teſtamento necne, ſed an poſſit ali, vel habitare, quæ res cadit in ſeruos non minus quàm in liberos homines, *lege legatu 6. leg. ſi cui.2. leg. ſeruos.17. infrà, de aliment. legat. 3. infrà, de iis quæ pro non ſcriptor. habent.* In quo differunt hæc legata à legato vſusfructus. Conſiſtit enim vſusfructus in iure, *legat. Manium. 66. §. fundo. de legat. 2.* Quamvis conſtet ex vtendo fruendo, *leg. vnic. in princip. quando dies vſusfruct. legat. ced.* Idcóque finitur vſusfructus capitis minutione, non etiam legatum alimentorum aut habitationis, *lege in ſingul. 8. de annuis legatis.* Vtrumque ſaoè finitur morte, ſicut & alimentorum, & habitationis neceſſitas. Ergo quod hoc legatum alimentorum, & habitationis etiam poſt capitis diminutionem non ſolum minimam, ſed etiam maximam perſeuerat non fit ex ratione aliqua ſpeciali, & fauore alimentorum, vt malè putat Accurſius, ſed ex ratione communi, quam hic Modeſtinus ponit, quod huiuſmodi legatum in facto, non in iure conſiſtat. Poteſtas autem iuris ciuilis, ex quo ſunt omnes capitis diminutiones, ad ea extendi non poſſit, quæ ſunt meri facti, *leg. denique 19. infrà. titulo proxim leg. qui heredi. 44. de condit. & demonſtr. leg. in bello. 12. §. facti. de capt. & poſtl. leg. 1. §. ſi vir vxori. de acquirend. poſſeſſ.*

11. Pavlvs lib. 2. ad Sabinum.

CApitis diminutionis tria genera ſunt: maxima, media, minima. Tria enim ſunt, quæ habemus, libertatem, ciuitatem, familiã. Igitur cùm omnia hæc amittimus, hoc eſt libertatem, & ciuitatem, & familiam, *maximam* eſſe capitis diminutionem: cùm verò amittimus ciuitatem, libertatem retinemus: *mediam* eſſe capitis diminutionem: cum & libertas, & ciuitas retinetur, familia tantum mutatur: *minimam* eſſe capitis diminutionem conſtat.

Ad leg. vlt. capitis.

Ratio dubitandi. Tot ſunt capitis diminutionis genera, quot ſunt res quas habemus, & amittere poſſumus, vt oſtendit ratiocinatio, qua Paulus vtitur in hac l. Atqui non tantùm libertatem habemus & ciuitatem & familiam, ſed etiam alia pleraque, præſertim verò famam, dignitatem & facultates, quarum omnium rerum iactura grauiſſima eſt, ſed præſertim famæ, cum ſi quis infamia laboret, vix in ciuitate, & inter honeſtos viros poſſit viuere, *leg. 2. C. de dignit. lib. 12. l. iſti quidem 8. §. penult. ſupr. quod met. cauſ.* Ergo plura ſunt quàm tria capitis diminutionis genera.

Ratio decidendi. Tria tantùm ſunt quæ habemus, ex quibus ciuilis ſtatus hominis æſtimatur libertas, quæ à iure naturali: ciuitas, quæ à ciuili: familia, quæ à iure peculiari, & gentilitio dependet, quæ omnia ſi ſalua ſint idem hominis ſtatus manet, quamvis & famæ, & dignitatis, & facultatum iacturam paſſus probetur. Pertinent enim iſta ad conſequentiam, & accidentia ſtatus potius quàm ad ſubſtantiam. Sed cùm aut libertas, aut ciuitas, aut familia amittitur, tum demum capitis diminutio fit, quia ſtatus neceſſariò mutatur: Caput namque in hoc tractatu pro ſtatu accipimus. *l. 1. vbi dixi, ſupr. h. tit.* Non pro exiſtimatione. Aliud enim eſt minui caput, aliud verò minui exiſtimationem, *l. pen. §. min. de extr. cognit.* Obiicies, enim qui ex libero factus eſt ſeruus, nullum hodie ſtatum habere, *l. 1. § vlt. & l. ſeq. ſupr.* Nec proinde poſſe dici mutaſſe ſtatum, cùm mutatio omnis ſecundum philoſophos duo extrema requirat. Sed facilis reſponſio eſt, Mutationẽ ſtatus fieri non tantum ab vno ſtatu in alium ſtatum, ſed etiam à ſtatu aliquo ad non ſtatum, ſicut & apud philoſophos non tantùm ab vno eſſe ad aliud eſſe, ſed etiam ab eſſe ad non eſſe, quæ omnium maxima mutatio eſt, mutatio, inquam, non tamen permutatio. Permutationis enim nomen denotat neſcio quid ſubſiſtentis, & poſitum ex vtraque parte, *l. 1. de rerum permut.* Ob idque mallem definire, capitis diminutionem ſtatus mutationem, quàm permutationem in *leg. 1. ſupr.* quomodo definita eſt, à Iuſtin. *init. huius tit. in Inſtit.* Iunge, *l. ſi quis filio. 6. §. irritum. de iniuſt. rupt.*

EX QVIBVS CAVSIS MAIORES VIGINTIQVINQVE annis in integrum reſtituuntur.

TITVLVS VI.

Vlpianvs libro 12. ad Edictum.

HVivs edicti cauſam nemo non iuſtiſſimam eſſe confitebitur. Læſum enim ius per id tempus, quo quis reipublicæ operam dabat [a], vel aduerſo caſu laborabat [b], corrigitur: necnon & aduerſus eos ſuccurritur [c], ne vel obſit, vel proſit, quod euenit.

1 ¶ Verba autem edicti talia ſunt: *Si cuius quid de bonis, cùm is metu, aut ſine dolo malo, reipublicæ cauſa abeſſet, siue vinculis ſeruitute, hoſtiumque poteſtate eſſet, ſiue cuius actionis eorum cui dies exiſſe dicetur.*

¶ *Item ſi quis quid vſu ſuum feciſſet, aut, quod non vtendo amiſit, conſecutus, actionéve qua ſolutus ob id, quod dies eius exierit, cùm abſens non defenderetur, siue vinculis eſſet, ſecúmve agendi poteſtatem non faceret, aut cùm in eum inuitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur: cúmve magiſtratus de ea re appellatus eſſet, ſiue cui pro magiſtratu, ſine dolo ipſius, actio exempta eſſe dicetur earum rerum actionem intra annum, quo primùm de ea re experiundi poteſtas erit.*

¶ *Item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam, quod eius per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, decreta principum, licebit.*

Ad Tit. 6. Ex quib. cauſ. maior. 25. ann. in integr. reſtit.

Leg. 1. Huius edicti.

Ratio dubitandi. Non fuit prætoris propoſitum ſuccurrere maioribus, ſed tantùm minoribus, *leg. 3. §. ſed vtrum ſuprà de minor.* Quia maioribus imputari poteſt,

cur non fuerint diligentiores in proſpiciendo ſibi, ſuíſque rebus, cum iura ſcripta ſint vigilantibus & diligentibus, *l. quod autem 6. §. ſciendum*, & *l. penult. in fin. infr. quæ in fraud. creditor. l. non enim 10. inf. h. tit.* Quod non ſimiliter minoribus imputari poteſt, quos ætatis & conſilij infirmitas excuſat: Ergo non debuit hoc edictum proponi in fauorem maiorum ſufficientibus aliis capitibus edicti de reſtitutionibus, de quibus huc vſque dictum eſt, ſi fortè per vim, aut metum, vel per dolum aduerſarij, vel denique per capitis diminutionem debitoris læſi eſſe probarentur.

Ratio decidendi. Non fuit quidem propoſitum prætoris in edicto de minoribus, vt faueret maioribus, ſed fuit tamen neceſſe, vt maioribus quoque auxilium polliceretur, non tantùm ex ſupradictis cauſis reſtitutionis, ſed etiam ſi fortè per iuſtam, & probabilem abſentiam læſos ſe docerent, *l. 1. ſuprà, de integr. reſtit.* Semper enim auxilio dignus eſt is, qui damnum aliquod patitur, ſi ei nihil imputari poſſit. Variis autem ex cauſis poteſt contingere vt maior, cuius nulla culpa ſit, damnum aliquod incurrat, cuius rationem haberi oporteat ad dandam reſtitutionem.

a *Quo quis Reipublica operam dabat.* Ratio dubitandi. Abſentia non eſt iuſta cauſa petendæ reſtitutionis in integrum, cùm poſſis imputari ei, qui abfuit, cur non reliquerit procuratorem in ciuitate priuſquam abeſſet, aut etiam cur non conſtituerit procuratorẽ poſtquam abeſſe cœpit, *leg. Papiniani 20. ſuprà de minor.* Ergo indignus eſt cui ſubueniatur per reſtitutionem. Generalis enim regula eſt, nunquam reſtituendum eſſe eum, cui imputari aliquid poteſt, quia nec videtur quiſquam damnum ſentire, quod ex culpa ſua ſentit, *leg. quod quis 203. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Multa poſſunt accidere propter quæ vel non potuerit quis relinquere procuratorem, vel ignoſcendum ei ſit, cur non reliquerit, *leg. ab hoſtibus 55. infr. hoc tit.* Bene igitur prætor putauit ſuccurrendum eſſe ſaltem ex cauſa ei etiam qui procuratorem in ciuitate relinquere potuit, nec reliquit, *l. ſed & ſi. 16. §. 1. inf. eod.* Imò, quod magis eſt, etiamſi reliquerit, *d. l. ſed & ſi. §. vlt.* vbi dicemus, & ad *l. is, qui 39. eo.* Dixi iam ad *d. l. Papinian.*

q *Vel aduerſo caſu laborabat.* Aduerſus caſus & fortuitus non alij nocere debet, quàm ei in quem incidit vulg. *leg. quæ fortuitis 6. Codice, de pignor. action. lege, Lucius 11. leg. ſi per imprudentiam 51. de euictio, lege exceptione 67. infrà de fideiuſſ. leg. contractus 23. in fine, de reg. iur.* Ergo non debes aduerſus caſus vnius inducere reſtitutionem in integrum contra alterum, cui nihil imputari poteſt.

Ratio decidendi. Ea eſt humanæ conditionis infirmitas, vt aduerſis multis caſibus paſſim ſit obnoxia, quorum miſeratione non moueri eſſet ſanè inhumanum, ſed illud multo inhumanius, ſi homini miſero iam ſatis afflicto illa etiam daretur afflictio, vt rei familiaris iacturam præſertim non leuem ex aduerſo illo caſu ſubire cogeretur, planéque improbi eſſet hominis, caſum aduerſum alterius aut expectare, aut amplecti, vt ex eo lucri occaſionem ſibi quæreret, *l. inter ſtipul. 83. §. ſacram. verſic. ſed genus de verb. oblig.* iunct. *l. ſi vendit. 6. §. 1.* & *leg. ſeq. infr. de ſer. expor.* iunct. *l. iure ſuccurſ. 6. de iur. dot.*

c *Nec non & aduerſus eos ſuccurritur.* Ratio dubitandi. Qui abſunt reipubl. cauſa digni ſunt contra quos non ſuccurratur, cùm id faciant quod iure & ratione naturali optimus quiſque facere cogitur tanquam reip. non minus quàm ſibi natus, *l. 1. §. generaliter, de ventr. in poſſ.* *mit.* Ergo iniquum & abſurdum eſt dari reſtitutionem contra eos, qui abfuerunt reip. cauſa, contra quos non daretur ſi non abfuiſſent.

Ratio decidendi. Non ſuccurritur contra eos, qui reipublicæ cauſa abſunt, vt damnum aliquod iis inferatur, quod certè non niſi periniquè & malo exemplo fieri poſſet. (Ita námque fieret, vt publicum officium ſuum eſſet illis damnoſum, *leg. videlicet 29. infr. hoc tit.*) Sed hactenus vt ex abſentia ſua lucrum non ſentiant in necem, & perniciem alterius, cui abſentia illa eſſet nocitura. Si enim abſenti non debet nocere ſua abſentia, quanto minus alteri? Æquiſſimum igitur eſt, quod voluit prætor; neque prodeſſe; neque nocere abſentiam neque abſenti ipſi, neque aliis, qui in ciuitate manſerunt, *leg. abſentia 104. de reg. iur. leg. 2 in fin. ſuprà, ſi ex nox. il. cauſ. agat.* Ergo tria capita hoc edictum habet: primum pro abſentibus, ſecundum contra abſentes, tertium quo promittitur auxilium reſtitutionis generali clauſula, Si qua prætori iuſta cauſa eſſe videbitur. Quod & Accurſius bene notauit. Cætera, quæ in hac leg. ſequuntur, id eſt, verba edicti, non aliam hîc exigunt interpretationem, quàm quæ ab Vlpian. & aliis iuriſconſultis adhibetur in *ſequent. leg. huius tituli.* Ad quas ſingulas nos quoque rationes dubitandi & decidendi afferemus. Illud vnum explicatione indiget, quod in edicto ſcriptum eſt, *Cumve magiſtratus de ea re appellatus eſſet.* Nam neque Vlpianus neque alius quiſquam ex iuriſconſultis vlla huius tit. parte hæc verba explicauit, credo quod nullam dubitationem recipere viderentur, & tamen eorum ſenſum aſſequi Accurſius non potuit ſomnians neſcio quid de dilatione data per iudicem, aut de quærela propoſita prætori, neque tamen aduerſario denunciata, quæ omnia ridicula ſunt. Apertiſſimum, enim eſt horum verborum ſenſum illum eſſe, vt ſi dies actionis exierit, ob id quod magiſtratus, qui iudicem dedit, appellatus fuerit ab aduerſario, qui conueniebatur interpoſita nimirum appellatione fruſtrandi cauſa, vt ſæpè fit, danda ſit hoc caſu reſtitutio maiori, ne noceat ei fruſtratoria aduerſarij appellatio, vt in ſpecie, *leg. iura vtile 39. ſupr. de minor.* Vbi tamen obſeruandum eſt ſuccurri minori aduerſus eiuſmodi fruſtratoriam appellationem non per auxilium reſtitutionis in integ. ſed æquitate reſtitutionis iam impetratę, ſiue quod hac parte, vt aliis pleriſq; minores debeant eſſe fauorabiliores quã maiores, in iis quoq; in quibus etiam maiorib⁹ ſuccurriſut, *l. vlt. ſupr. de in integ. reſt.* Siue potius ne alioqui daretur reſtitutio ad petendam reſtitutionem, quod nunquã ſit, ne detur progreſſus in infinitum: maximè verò cum eadem æquitate poſſit prætor reſtitutionem à ſe datam tueri poſt tempus, quo terminata eſſe debuit, qua nouam reſtitutionem dare, in eámque rem nouum tempus indulgere: vtrumque enim ad officium, & iuriſdictionem prætoris pertinet, vt & reſtitutionem det aduerſus lapſa actionis aut reſtitutionis tempora, & animaduertat an lapſus temporis nocere debeat ei, qui reſtitutionem intra conſtitutum tempus impetrauit. Præter id quod difficilius eſt prætori, vt impediat ne dies actionis exeat quæ ſuo marte currit, quàm ne exeat dies reſtitutionis iam petitæ, quia de actione non pronunciat, nec iudicat prætor, ſed iudex ab eo datus quomodo cognoſcit, & pronunciat de in integrum reſtitutione minorum, *l. 1. l. quod ſi minor. 24. §. vltim. ſupr. de minorib.* Sed quanquam hæc non improbabiliter dicuntur, verius tamen puto alium eſſe ſenſum horum verborum, eum nempe quem nos afferemus ad *leg. ſed & ſi. 26. §. ait prætor aut cum eum, verſ. ſed nec ad eos, infr. hoc tit.*

2. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

HOc edictum, quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus in vſu frequentatur: huiuſmodi enim perſonis extra ordinem ius dicitur ex ſenatuſconſultis, & principalibus conſtitutionibus.

Ad

Ad leg. Hoc edictum. 2.

Malè Accurſ. Bart. & cæteri hanc l. intelligunt de poſtrema parte edicti quæ generalem illam clauſulam habet, *Si qua alia iuſta cauſa mihi eſſe videbitur*. Nam è contrario pertinet ad duas priores partes edicti, in quibus, vt apparet, enumerantur plures perſonæ quas prætor ex hoc edicti capite ſe reſtituturum pollicetur. Id enim eſt, quod hic ait Calliſtratus, *Quod ad eos pertinet*, ac paulo poſt, *huiuſmodi enim perſonæ*. Quibus verbis non poteſt negari, quin ea pars edicti ſignificetur, quæ perſonarum mentionem facit: eiuſmodi autem ſunt duæ priores, non etiam vltima, in qua nec in genere, nec in ſpecie mentio vlla fit perſonarum. Et ridiculus eſt Accurſ. qui quod lex ait de huiuſmodi perſonis intelligit de vilibus, quibus per hoc edictum non ſubuenitur ſpecialiter. Quaſi verò de iis locutum fuiſſet in præcedentibus, de quibus tamen verbum nullum, aut quaſi non etiam egregiæ perſonæ adiuuari poſſint, & debeant ea generali illa clauſula, *Si qua alia iuſta cauſa eſſe mihi videbitur*. Quoties in eorum perſonis iuſta aliqua reſtitutionis cauſa occurrit. Fefellit autem Accurſ. & Bart. quod hæc lex ait, hoc edictum, quod ad eos pertinet qui illo continentur minus in vſu frequentari. Hoc enim concoquere non potuerunt, videntes tantam eſſe huius edicti æquitatem, vt negligi, & in deſuetudinem abire non poſſit, nec animaduertentes non ita ſcribere Calliſtratum, quaſi hodie non ſuccurratur iis perſonis, quibus prætor ſuccurrendum putauit, ſed quia iis ſuccurritur extra ordinem, nullaque impetrata actione ea authoritate ſenatuſconſultorum, & principalium conſtitutionum, quibus factum eſt, vt iis ius dicatur extra ordinem. Nam cùm prætor huiuſmodi perſonis actionem duntaxat ſe daturum pollicitus eſſet, viſus eſt earum perſonarum fauor maius quippiam exigere, & vt ea agnitio eſſet non iudicis dati ac pedanei quomodo eſſe ſolebat earum rerum, quas prætor minus curabat, ſed ipſius prætoris, & maiorum magiſtratuum, qui nunquam ipſi per ſe niſi de maioribus cauſis cognoſcebant ante *leg. 2. Codice, de pedan. iudic.* Quæ prima hoc ius immutauit. Hoc verò cùm eueniebat, dicebatur prætor extra ordinem cognoſcere & pronunciare, vt in cauſa reſtitutionis in integrum minoris in cauſa ſtatus tranſactionis factæ de alimentis, & aliis huiuſmodi quæ non niſi maiores iudices habere poterant, *leg. non diſtinguemus 42. §. de liberali. inſ. de recept. qui arbitr. recep. leg. cùm hi. 8. §. ſi prætor. ſupra de tranſact.* Quia ordinarium erat, vt non prætor ipſe aut alius magiſtratus cognoſceret, ſed iudices daret, *dicta leg. 1. & tot. titul. infrà de iudic.* Itaque quod hîc Calliſtratus ſcribit, perſonis in hoc edicto enumeratis ius dici extra ordinem, nihil aliud eſt, quàm prætorem ipſum de cauſa huius reſtitutionis cognoſcere, nec amplius iudices dare, vt dabat antea ea verbis edicti, quibus etiam conuenit quod ex Vlpiano ſcribitur in *leg. prox. ſeq.* Diſquiſitionem eſſe iudicis dati, ſc. à prætore, an iuſtus fuerit metus necne, quæ diſquiſitio eſt hodie prætoris. Et ob id non ait in hac *leg. Calliſtr.* Hoc edictum hodie in vſu non eſſe abſolutè, ſed addit, quod ad eos qui eo continentur, id eſt, quod ad partem illam quæ enumerat perſonas, quibus prætor auxilium ſe daturum pollicetur. Nam quod ad poſtremam partem, quæ nullam perſonarum mentionem facit, & quæ incipit ab illis verbis, *Item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*. Nihil immutatum eſt, quia prætor in ea parte non edixit daturum ſe actionem, vt in priore, ſed ſe reſtituturum, id eſt, per ſeipſum, & extra ordinē cogniturum. Quo exemplo fuit tanto æquius, & facilius ſenatui atq; Impp. conſtituere, vt de iis omnibus quæ ad priorem quoque edicti partem pertinerent, prætor extra ordinē ius diceret. Itaq; verba illa *extra ordinem* non cognitionem prætoris excludunt, neq; edicti huius poteſtatem, vt malè ſenſit Cuiac. in *paratitl. C. ad hunc tit.* Sed tantum dationē iudicis & actionis. Nam nec probabile eſt Principem aut Senatum hanc cognitionem prætori auferre voluiſſe, vt ſibi eam vindicarent. Neq; verò Bart. Accurſ. & veteres cæteri alia de cauſa in hoc cæcutierunt, quàm quia veterem illum ritum iudiciorum ignorarunt interpretantes hîc quod lex ait *extra ordinem*, ſanè per quam ridiculè *extra ſpeciales clauſulas*. Neq; abſurdum videri debet, aliter cōceptum fuiſſe edictum, aliter obſeruatum. Fuit enim cōpoſitum, vt nemo neſcit, à Saluio Iuliano, cuius tēporibus ille iudiciorum ordo erat vt prætores cæterique magiſtratus, non vt ipſi cognoſcerent. Poſtea verò id immutatum eſt, pro arbitrio Senatus, & Impp. prout perſonarum vel cauſarum fauor poſtulare videbatur donec generali tandem conſtitutione Impp. Diocle. & Maximiani in *d. l. 2. C. de pedan. iud.* Factum eſt ordinarium quod erat extraordinarium. Nec ſubtilior Equinar. Baro qui ſumpta occaſione ex huius *leg.* inſcriptione, l. hanc de edicto monitorio intelligit, non de illo de quo in *l. 1. h. tit.* Quaſi edictum illud monitorium in vſu eſſe deſierit, non etiam quod ea edicto perpetuo ſcriptum eſt, in *d. l. 1.* Fateor monitorium edictū, id eſt annuum quo ſolebat quiſque prætor ſingulis annis monere de qua re ius dicturus eſſet, fuiſſe antiquatum per illud quod poſtea perpetuum factum eſt, ita vt edictum monitorium dicatur, ni fallor, per antitheſim, & comparatiuum edicti perpetui. Sed cum perpetuum vnum factum ſit ex præced. omnib. monitoriis, nihil vetat, de vtroq; edicto, & monitorio, & perpetuo idē ſcribi, & intelligi. His ita cōſtitutis. Ratio dub. ad hāc l. illa afferri poteſt, quod vbi actio ordinaria competit, non ſit confugiendum ad auxilium extraordinarium, ex *l. in cauſa* 13. (qua paſſim noſtri ad hoc brocardicum abutuntur, *ſupr. de minor.* Atqui competebat actio ordinaria ex verbis huius edicti, ergo non debuit conſtitui, vt iis ipſis perſonis, quæ edicto continebatur, ius extra ordinem diceretur. Ratio autem decidendi ex ſuperioribus facilè intelligitur, fauorem perſonarum de quibus prætor edixit, dignum fuiſſe viſum qui prætorem ſolum de hac reſtitutione cognitorem haberet, non etiam datum à prætore ac pedaneum iudicem, idque exemplo eius, quod idem prætor iam conſtituerat in reſtitutionibus in integrum minor. Et in ea quam pollicitus fuerat per generalem clauſulam, *Si qua ſibi iuſta cauſa eſſe videretur*. Fuit autem ad antiquandam actionem iſtam reſciſſoriam neceſſaria auctoritas ſenatuſconſultorum, & principalium conſtitutionum, cùm & Senatus, nedum principum longè maior eſſet auctoritas quàm prætoris. Hoc verò ſi ita eſt, vt eſt, tractari hodie non poteſt de actione reſciſſoria quæ olim ex hoc edicto competebat, ſed tantùm de cognitione extraordinaria in locum illius actionis ſubſtituta, iiſdemque tamen iuris regulis & rationibus expedienda.

1 ¶ Hoc autem capite adiuuantur in primis hi, qui metus cauſa abfuiſſent: ſcilicet ſi non ſuperuacuo [a] timore deterriti abfuiſſent.

Ad §. 1. Hoc autem capite.

R. dub. Prima pars edicti de reſtitutionibus in integrum iis ſpecialiter ſuccurrit qui metum perpeſſi ſunt, *toto tit. quod metus cauſa.* Ergo fruſtra prætor hanc quoque partem ad eos adiuuandos propoſuit, videturque actum egiſſe.

R. dec. Pars illa prima edicti ſuccurrit iis, qui per metum coacti aliquid geſſerunt, per metum (inquam) illatum, & in re præſenti factum, *l. 3 illo tit.* At in hoc edictu ſuccurritur ei, qui per metum abfuit duntaxat etiamſi nihil fecerit, nec facere coactus ſit. Fuit igitur hæc pars edicti neceſſaria.

a *Scilicet ſi non ſuperuacuo.* R. dub. & dec. ea quæ à nobis allata fuit ad *l. 3. 5. & 6. ſupr. quod met. cauſ.*

3. VLPIANVS lib. 2. ad Edictum.

METus autem cauſa abeſſe videtur, qui iuſto timore mortis, vel cruciatus corporis conterritus abeſt: & hoc ex affectu eius intelligitur [b]. Sed non ſufficit quolibet terrore [c] abductum timuiſſe: ſed huius rei diſquiſitio iudicis eſt [d].

Ad leg. Metus.3.

Huius leg. ſententia eadem eſt, quæ præcedentis in fine Metum ſcilicet ac terrorem iuſtum eſſe debere, id eſt, qui etiam in conſtantem hominem cadere poſſit non quemlibet non vanum non ſuperuacuum. Eadem igitur eſt ratio dubitandi & decid.

b *Et hoc ex affectu eius intelligitur.* Cùm enim poſſint variæ eſſe cauſæ, propter quas abeſſe quis velit difficile eſt dignoſcere, an metus, an qua alia cauſa præbuerit occaſionem abſentiæ, nec niſi ex animo & affectu eius, qui abfuit, ſciri hoc poteſt. Qui potiò animus argumentis inueſtigandus eſt ex qualitate, & moribus perſonæ, vt in *leg. non omnes 5. §. a barbaris infr. de re milit.*

c *Quolibet terrore.* Ergo, inquit Accurſ. minæ atroces, quas vocat ille ſufficientes faciunt iuſtum metum ex *leg. ſunt quædam 19. infrà. de extraordin. criminal. leg. interpoſitas 13. Codice, de tranſact.* Et ità ſanè eſt, ſi tamen addas, quod addit Bart. Dummodo illatæ ſint minæ à perſona veriſimiliter metuenda, vt in *dicta lege, ſunt quædam, & in leg. Fulcinius 7. §. quid ſit autem, infrà quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Nec enim alioqui, conſtantis eſt hominis, minas extimeſcere illius, qui quod minatur exequi non poſſit, aut etiam ſi poſſit tamen nolit, ſaltem non ſoleat.

d *Sed huius rei diſquiſitio iudicis eſt.* Dati ſcilicet à prætore, qui verbis edicti actionem, & conſequenter iudicem daturum ſe pollicetur. Sunt enim iſta ſynonima, actionem, iudicem, iudicium & formulam dare, ſed hodie hæc diſquiſitio eſt prætoris, qui de eiuſmodi reſtitutione per ſe, & extra ordinem cognoſcere iubetur, vt dixi ad *leg. 2. ſupr.* Senſus verò eſt, iu arbitrio cognoſcentis eſſe, an iuſtus metus, an quid aliud cauſam dederit abſentiæ: eſt enim hoc facti, cuius quæſtio ſemper poſita eſt in arbitrio, & religione iudicantis, *l. 1. §. 1. verſic. quorum alterum ad Senatuſc. Turpill. l. ordine 15. ad municip. l. voluntatis 7. C. de fideicom.*

4. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

ITem hi, qui reipublicæ cauſa, ſine dolo malo abfuiſſent. Dolum malum eò pertinere accepi, vt qui reuerti poteſt, neque reuerteretur in eo, quod per id tempus aduerſus eum factum eſt, non adiuuetur: veluti ſi alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, vt reipublicæ cauſa abeſſet, & reuocatur ab iſto priuilegio.

Ad leg. Item hi.4.

Ratio dubitandi. Qui reipublicæ cauſa ſine dolo malo abſunt, mandatum habeot à republica, vt id faciant, cùius gratia abſunt, ergo ſi quid interim damni paſſi ſint, agere debent de indemnitate aduerſus adminiſtratores, & curatores reipublicæ, vt ſatisfiat iis ex ærario publico, non autem eam indemnitatem perſequi periculo, & incommodo eius contra quem reſtitutio poſtulatur, qui nihil dolo malo neque mala fide fecit, ne alioqui præmium vnius ſit pœna alterius, quod eſſet multò iniquius, quàm vt pœna vnius præmium alterius eſſet contra, *leg. ſi ſequens 15. de SC. Silan.* Nam nec mala fides ſuperueniens, ac ne quidem conteſtatio litis impediret cœptam vſucapionem, *leg. ſi poſt acceptum 18. infrà de rei vindic.* Cur ergo nocebit ei, qui bonam fidem ſemper habuit, & retinuit ſola abſentia aduerſarij, præſertim cum quo nihil ipſe contraxerit? Nam ſi iniquum eſſe dicimus eum, qui cum pupillo non contraxit expectare pupilli pubertatem, *leg. 3. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* An non pariude iniquum eſt, eum qui nihil contraxerit cum eo quem poſteà reipubl. cauſa abeſſe contigit, cogi expectare, vt ille in ciuitatem reuertatur, interimque ſit obnoxius periculo reſtitutionis? ſed & cùm dici ſoleat, neque Prætoris beneficium cuiquam captioſum eſſe debere, *l. Paulus notat 8. de præt. ſtipul.* Neque principis liberalitatem cuiquam iniurioſam, *leg. 1. §. meritò & §. ſi quis à Principe. Ne quid in loc. pub. l. 4. C. de emancip. liber.* An non contrà eueniet ſi is, qui reipublicæ cauſa abſuit ad hoc reſtituitur ſiue à prætore, ſiue à Principe, vt rem ſuam recuperet quam alius vſucepit? Ita enim fit, quod eſt longè abſurdius vt ei, qui per vſucapionem factus eſt pleno iure dominus, res ſua auferatur etiam inuito contra regulam iuris, de qua in *l. id quod noſtrum 11. de reg. iur. l. ſi ego 9. § ſi rem de iur. dot.*

Ratio decidendi. Intereſt totius reipublicæ, ne quis abſunt reipublicæ cauſa damno vllo interim afficiantur, néve officium iis publicum ſit damnoſum, *l. videlicet 29. hoc tit.* Ne alioqui eo incommodo deterreantur plerique à laboribus pro repub. ſuſcipiendus, cuius tamen potiorem ſemper cauſam eſſe conuenit, quàm priuatæ ſingulorum vtilitatis, *Author. res qua Codice. communic. de legat. lege poſtliminium 19. §. filius quoque familias de captiu. & poſtlim. leg. honor. 14. §. plebei, de muner. & hon.* Cùm id quod intereſt reipublicæ interſit etiam ſingulorum nec proinde is qui vſucepit, & contra quem datur reſtitutio poſſit imputare ſibi, quod non abfuerit reipublicæ cauſa. Nemo enim alteri poteſt imputare factum ex quo ipſe qui imputat lucrum ſenſerit, *l. ſi extraneus §. l. cum in fundo 78. §. quòd ſi mulier, infrà de iur. dot.* Neque ruſus iniquum videri debet legem, & magiſtratum, qui nihil aliud niſi viua lex eſt diſponere de bonis ciuium pro arbitrio cùm ſit illa, & hominum, & rerum omnium regina ac domina, *leg. 1. & 2. ſuprà de legibus.* Quanquam non id agitur hoc edicto, vt de cuiuſquam ciuium bonis quicquam diminuatur, ſed è contrario, vt indemnitas ei præſtetur, qui alioquin moraretur in damno, alteri verò lucrum eripiatur, quod ea occaſione abſentiæ alienæ captare vellet cui abſentiæ fauor, & vtilitas reipublicæ cauſam præbuiſſet, *l. 1. in princip ſuprà hoc tit.* Et quod veriſimiliter hodie non haberet ſi dominus cuius abſentia res vſucapta eſt, reipublicæ cauſa non abfuiſſet. Nec eſt quod hic tractemus de præſtanda per rempublicam indemnitate ei qui reipublicæ cauſa abſuit. Cur enim teneatur reſpublica, quæ pro ſuo iure imperauit, ac cuius imperia eius bonus detrectare nullo iure potuit: qui prætereà etiamſi ab homine priuato mandatum aliquod eiuſmodi ſuſcepiſſet, nullam tamen aut mandati, aut aliam actionem habiturus eſſet pro damnis quæ extra cauſam mandati contigiſſent, quamvis non fuerant euentura ſi mandatum ſuſceptum non fuiſſet, *lege inter cauſas 26. §. non omnia infrà. mand.* Extrinſecum enim illud eſt, & alienum à cauſa mandati ſi eius qui reipublicæ cauſa abſuit bona interim

interim vſucapta ſint, aut ſi dies actionis ei competentis exierit, ob idque nec in iudicium bonæ fidei venire hoc poſſet. *l. ſi ſterilis* 21. *§. cùm per venditorem, de act. empt.* Denique mandati actio nulla eſſe poteſt contra rempublicam, cuius mandatum non ſuſcipere nemini liberum eſt, cùm tamen de mandati cuiuſlibet natura ſit vt ab initio liberum eſſe debeat, *lege ſi mandauero* 21. *§. ſicut. mand.* Tantóque magis nimirum æquum fuit à legibus & magiſtratibus proſpici eis qui republic. cauſa abſunt ne quid per abſentiam ſuam damni ſentirent cuius faciendi rationem nullam habituri eſſent. Itaque indemnitas hæc dicenda eſt non beneficium: Nec tamen plena indemnitas, quia non impedit prætor ne damno afficiatur, & rem ſuam aut actionem ipſo iure amittat is qui reipublic. cauſa abfuit, ſed tantùm ei ſuccurrit poſt damnum acceptum, idque per in integrum reſtitutionem, quæ tamen ſine lite cuius euentus plerunque incertus eſt, ac ſine magnis ſumptibus in eam rem erogandis obtineri non poteſt, niſi quòd ſi abſens reipublic. cauſa non defendatur, non permittit prætor vt bona eius vendantur donec abeſſe deſierit, ſed tantùm vt bona ipſius poſſideantur, *l. ignorare* 4. *C. de reſtit. milit.* Iunge, *leg. ſciendum* 18. *leg. ergo* 22. *infra hoc titulo.*

a *Vt qui reuerti poſſet.* R. dub. Qui reuerti poteſt necdum reuertitur ſi tamen interim reipublicæ det operam, non eò minùs reipublicæ cauſa abeſſe intelligendus eſt: Alioquin eueniet facilè vt quis reip. negotia citiùs deſerat ne remp. cauſa non abfuiſſe dici poſſit. Ergo perinde adiuuandus eſt: nec quod alterius grandis commodi captandi gratia id egerit vt reipublic. cauſa abeſſet reuocari ab iſto priuilegio debet cùm honeſta videri debeat ratio qualibet abſentiæ per quam iuuari reſpublica poſſit, quomodo dicimus honeſtam eſſe rationem quamlibet redimendi ſanguinis, *leg. 1. de bon. eor. qui mort. ſibi conſciuer.* Et ſanè inhumanum eſſet in eas anguſtias conijcere abſentem reipublic. cauſa vt nullum ſibi interim commodum ex alijs rebus parare poſſet

R. dec. Reipublicæ cauſa abeſſe eos ſolo intelligimus qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt, *leg. reipublica* 16. *l. non verè* 42. *inf. h. t.* Non quòd ſua etiam negotia interim gerere prohibeantur dum coacti abſunt, ſed quoniam longè aliud eſt abeſſe cauſa reipublicæ. Aliud verò ſub prætextu eius abſentiæ & ſub adminiſtratione reipublicæ latenter ſua commoda adiuuare, arg. *l. non exiſtimo* 54. *in fin. de adm. tutor.* Ergo qui poſtquam abfuit reip. cauſa ſi cùm poſſet reuerti noluit, exinde reip. cauſa abeſſe deſiit, Iunge *l. ſi cui* 38. *§. tamdiu infr. hoc t. l. ignorare* 4. *C. de reſtit. milit. l. non omnes* 5. *6. qui captiui de re milit.* Nec obſtat *l. voluntaria* 12. *C. de excuſ. tutor.* vbi dicitur voluntariè ſuſceptam tutelam non auferre priuilegium excuſationis in alijs tutelis. Nam nec in propoſito amittitur priuilegium niſi præſentis abſentiæ non etiam ſi quis iterum reip. cauſa abeſſe incipiat.

5. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

ET qui data opera, & ſine lucro hoc affectauerit vel qui maturius profectus eſt: vel litis gratia cœpit reipublicæ cauſa abeſſe. Sed hæc adiectio doli mali a ad reipublicæ cauſa abſentes refertur, non etiam ad eum, qui metus cauſa: quoniam nullus metus eſt, ſi dolus intercedit.

1 ¶ Sed qui Romæ [b], reipublicæ cauſa operam dant, reipublicæ cauſa non abſunt.

Ad l. Et qui 5.

Ratio dubitandi. Laudandus eſt magis quàm vituperandus qui data opera affectauit, vt abeſſet cauſa reip. præſertim nullú ſi lucrum captauerit, quod cum abſentiæ incommodo damnóque compenſare poſſet, ſicut & qui maturiùs profectus eſt vt tantò citiùs abeſſet reipub. cauſa, cùm dici ſoleat quod & verum eſt. Bis beneficium date illum qui citò dat: denique & ille qui litis euitandæ gratia cœpit abeſſe: verecunda enim cogitatio eſt eius qui lites execratur, nec idcirco vituperanda, *l. 4. tit. prox.* Ergo non eò minùs huic quàm cæteris reipublicæ cauſa abſentibus ſuccurri æquum eſt.

Ratio decidendi. Non tam quid quàm qua mente fiat inſpiciendum eſt, ſolúſque huius edicti beneficio dignus ille eſt, qui ea mente abſuit vt rempublic. iuuaret, quique coactus abfuit, non etiam is qui vltro data opera vt vel aduerſario damnum aliquod inferret, vel lucri occaſionem ei præciperet, vel reſtitutionis materiam ſibi pararet. Hæc enim doloſa machinatio eſt quæ machinatori ſuo prodeſſe non debet, *l. 3. §. 1. ſupr. de minor. §. item tria Inſt. de excuſ. tutor. l. 2. §. vlt. ſup. ſi quis cautión.* Ergo indignus eſt cui ſuccurratur is cui vnum ex tribus ſupradictis obijci poteſt.

a *Sed hæc adiectio doli mali.* R. dub. Clauſula ſequens ad præcedentia omnia referri ſolet & debet, *l. talis ſcriptura* 30. *§. vltim. de legat. 1. l. poſt emancipationem* 40. *§. vlt. de leg. 3. cum ſimilib.* Atqui in præcedentibus facta eſt mentio metus, & ius qui metus cauſa abeſſet, ergo ad illum referri hæc doli mali adiectio debet.

R. dec. Refertur quidem ſequens clauſula ad omnia præcedentia, quatenus fieri poteſt ſalua ratione iuris & voluntatis, ſed non ita ſi iuris aut voluntatis ratio repugnet, *dict. l. talis ſcriptura in princ. l. ſeruo alieno* 113. *§. ſed ſi pater. & ſeq. eod. tit. de l. 1.* Atqui non poteſt clauſula iſta & adiectio doli mali ſtare cum clauſula quæ eſt de metu, quoniam nullus eſſe poteſt metus, ſi dolus intercedit eius qui metum allegat, ergo vt repugnantia nulla ſit, referri debet hæc doli mali adiectio ad abſentes reipublic. cauſa, non etiam ad eum qui metus cauſa abeſſet. Tantò magis quod coniuncta eſt hæc doli adiectio cum illis verbis ſequentibus *reipubl. cauſa*, ſeparata verò à mentione metus. Ita enim conceptum eſt edictum, *cùm is metu aut ſine dolo malo reipub. cauſa abeſſet.* Diſiunctionis autem proprium eſt vt omnino diſiungat nec minus qualitates quam ſubſtantias rerum ſeparet, *leg. cùm pupillus* 78. *§. 1. de condit. & demonſtrat. cum vulg. tr.*

b *Sed qui Romæ.* Ratio dubitandi. Qui Romæ dat reipublicæ operam, licèt corpore præſens ſit, tamen abſentis loco habendus eſt quantum ad domeſtica eius negotia pertinet, cùm ita debeat eſſe affectus, vt ſolam curet rempublicam, ſua autem vel negligat vel minùs diligenter tractet. Quid enim eſt adeſſe corpore, ſi abſis mente? *l. nihil intereſt* 26. *de capt. & poſtlim. l. generaliter* 9. *l. qui iure* 41. *de acquir. poſſ.* Ergo perinde adiuuandus eſt per prætorem ac ſi abeſſet.

Ratio decidendi. Non poteſt videri abeſſe qui adeſt, & animo & corpore, quique in ea ipſa ciuitate domicilium habet in qua agendum eſt. Nec enim negotia reipublicæ impediunt, ne quis etiam de ſuis cogitare aliquando poſſit, eaque ſaltem tractare quæ per procuratorem tractari poſſunt, *l. 1. §. vſus autem ſupr. de procurat.*

6. PAVLVS lib. 42. ad Edictum.

VT ſunt Magiſtratus.

Ad l. Vt ſunt Magiſtratus. 6.

R.dub. Is qui princeps ſpeciali beneficio permiſit in prouincia ſua aſſidere, creditur abeſſe reipublicæ cauſa, *l. ſi cui* 38. iunct. *l. præced. infr. hoc tit.* Ergo & multò magis magiſtratus, quibus ſcilicet maior cura incumbit reipublicæ quàm aſſeſſoribus.

R.dec. Qui aſſidet in prouincia ſua, abeſt vtique cauſa reipublicæ, quia aſſidere & manere cogitur, nec poteſt etiam ſi maximè velit Romam proficiſci ad agendum, idémque ſanè iuris eſt in Magiſtratibus prouincialibus, ſed non in vrbanis, quippe qui ſunt Romæ, vbi agendum eſt.

7. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

MIlites planè, qui Romæ militant pro reipublicæ cauſa abſentibus habentur.

Ad l. Milites 7.

R.dub. Milites non magis reipublicæ militant quàm Magiſtratus, ad quos maximè pertinet quod de aduocatis ſcribunt Imperatores, in *l. aduocati* 14. *C. de aduoc. diuerſor. iudic.* dirimere illos ambigua fata cauſarum, & in rebus ſæpe publicis & priuatis lapſa erigere, fatigata reparare, nec minus prouidere humano generi, quam ſi prælijs ac vulneribus patriam parentéſque ſaluarent, & verò cùm reſp. ſine legibus ſtare non poſſit, quid prodeſſet in ciuitate tuta eſſe, niſi eſſent etiam Magiſtratus qui iura regere poſſent, *l. 2. §. poſt originem ſupr. de orig. iur.* Ergo non debent milites, qui Romæ ſunt melioris eſſe conditionis, quam Magiſtratus qui ſunt etiam Romæ, cùm æquè habeant facultatem adeundi prætorem qui Romæ eſt, & agendi. Atqui Magiſtratus qui Romæ ſunt, non intelliguntur abeſſe reipublicæ cauſa, vt diximus in *l. prox. præced.* ergo nec milites.

R.dec. Milites etiam cum Romæ ſunt in caſtris agunt, nec poſſunt videri domicilium eo loco habere, cùm ita paratos eos eſſe oporteat, vt ſi abire & aliò proficiſci iubeantur, parêre habeant neceſſe, nec enim ibi quiſquam eſſe intelligitur, vbi ad tempus tantùm vel caſu reperiatur, *l. ſi fundus* 44. *l. qui ſaltum* 67. *l. ſi chorus* 79. §. 1. *de legat.* 3. & hæc vera ratio differentiæ eſt inter militem & Magiſtratum, qui cùm Romæ eſt, neque abeſt, neque in eo eſt vt facilè ſit abfuturus. Quæ ab Acc. afferuntur minus germanæ ſunt & longius petitæ quanquam vera etiam illa eſt, quam ſumit ex *l. milites* 31. *C. de loca.* vbi iubentur milites armis, non priuatis negotiis occupari, vt nomenis & ſignis ſuis iugiter inhærentes rempubl. à qua aluntur ab omni bellorum neceſſitate defendant. Cæterùm, ſicut Magiſtratus ſalarium habet de publico, ita & miles, nemo enim bene militat proprijs ſtipendiis (vt eſt in prouerbio,) Denique non abſunt reipubl. cauſa milites qui ſunt Romæ, ſed pro abſentibus habentur, vt lex ait.

8. PAVLVS lib. 3. Breuium.

LEgatis quoque municipiorum ſuccurritur ex principum, & Marci, & Commodi conſtitutione.

Ad l. Legatis 8.

Ratio dubitandi. Legatus municipij non abeſt reipubl. cauſa, nec enim ius noſtrum aliam Rempub. agnoſcit quam ciuitatis Romanæ ſiue de municipio, ſiue ad principem vel ad ciuitatem Romanam mittatur, quamuis in hoc diſtinguat Accurſ. & malè vt conſtat ex *l. ſed etſi* 26. *§. vlt. infr. hoc tit.* & ex eo ipſo textu quo mouetur, *l. 1. C. eod.* Ergo ad legatos municipiorum hoc edictum non pertinet.

Rat. dec. Sanè non pertinet quantum ad verba. Nec rurſus ſi mentem prætoris inſpicias. Neque enim cogitauit prætor hac parte de alijs adiuuandis, quàm qui reipublicæ cauſa abeſſent, in quorum numero hic non eſt. Sed tamen perinde iſtis ſuccurritur ex Principum Marci & commodi conſtitutione ac ſi reipublicæ cauſa abeſſent, vt ſcriptum eſt, in *d. l. 1. C. hoc tit.* Perinde enim laudandi & adiuuandi ſunt qui ciuitati ſuæ quam poſſunt operam præſtant.

9. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

SVccurritur etiam ei, qui in vinculis fuiſſet, quod non ſolùm ad eum pertinet, is qui publica cuſtodia coërcetur, ſed ad eum quoque, qui à latronibus [a], aut prædonibus, vel potentiore vi oppreſſus, vinculis coërcebatur.

¶ Vinculorum autem appellatio [b] latiùs accipitur: nam etiam incluſos, veluti lautumiis, vinctorum numero haberi placet: quia nihil intereſt, parietibus, an compedibus teneatur. Cuſtodiam autem ſolam publicam [c] accipi Labeo putat.

Ad l. Succurritur 9.

Ratio dubitandi. Omnem honorem reatus excludit, *l. 1. C. vbi Senat. vel clariſſ.* Ergo qui in publica cuſtodia publicíſque vinculis coërcentur digni non ſunt quibus ſuccurratur.

Ratio decidendi. Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet, *l. aut damnum* 8. *§. ſolent. de pen.* Niſi in caſu, *l. 3. de cuſtod. & exhib. reor.* Nec nouum eſt, vt qui in publica cuſtodia aliquando fuit poſteà innocens reperiatur. Cæterùm ſiue nocens ſit ſiue innocens non eſt afflicto danda afflictio nec et deneganda reſtitutio ſi dum publica cuſtodia coërceretur aliquid ex bonis ſuis amiſerit, *l. Papinianus* 20. *ſupr. de minor. l. iure ſuccurſum 6. de iur. dot.* Eadem enim ratio æquitatis locum habet in illo etiam qui nocens eſt, quod toto eo tempore nullam habuerit agendi & adeundi prætoris facultatem. Idem ergo auxilium ei dandum eſt.

a *Qui à latronibus.* Ratio dub. Non ſolet ſuccurri ei qui per priuati hominis iniuriam fuit impeditus ne ageret, prætorémque adiret, *l. 2. in fin. ſi quis cautio.* Atqui latrones, & prædones priuati homines ſunt. Nullam enim à lege aut à magiſtratibus poteſtatem habent coërcendi in publica cuſtodia & vincula iniiciendi. Vnde eſt

eſt quod ab hoſtibus & piratis capti liberi permanent, *leg. poſtliminium 19. §. à piratis l. hoſtes 24. leg. latrones 27. infr. de capt. & poſtlim.* Ergo nec ei ſuccurrendum eſt qui ob id tantùm agere impeditus eſt quòd à latronibus captus fuerit.

Ratio decidendi. Tunc non ſuccurritur ei qui à priuato detentus eſt, cùm aliquam actionem habere poteſt in id quod eius intereſt aduerſus illum qui detinuit, *d. l. 2. §. vlt.* iunct. *l. 3. ſi quis caution.* At qui contra latrones & piratas nulla certè fieri executio poteſt, cùm tales illi ſint qui propter infamiam & egeſtatem ſuam facilè poſſint prætoris cæterorúmque omnium Magiſtratuum iuriſdictionem contemnere, *l. ſi quis iniuriam 35. de iniur.* Ergo eis qui à latronibus, & prædonibus capti ſunt ſuccurri oportuit ſi interim aliquid ex bonis ſuis amiſerint cùm non magis imputari poſſit iis cur non egerint quàm ſi publica cuſtodia coërcerentur. Imò multò minùs quia in iis nulla criminis ſuſpicio eſt, quæ non deeſt in aliis qui Magiſtratus auctoritate in publica cuſtodia continentur. Idémque eſt ſi quis à potentiore vi oppreſſus vinculis coërceatur. Potentiori enim par eſſe nemo poteſt, *leg. 3. in princip. infr. tit. prox. & tot. tit. C. ne liceat potent. l. illicitas 6. §. ne potentiores infr. de offic. præſid.* Quanquam dici etiam poteſt plenius eſſe auxilium reſtitutionis quæ ex hoc edicto datur, quam ſit exceptionis de qua, in *d. l. 2. §. vlt. ſi quis caut.* Ibi enim vindicatur neglecta auctoritas prætoris. Hîc prætor ipſe æquitatem & auctoritatem ſuam interponit pro eo qui alioqui damnum ſine vlla culpa ſua pateretur.

b *Vinculorum autem appellatio.* Ratio dub. Vinculum dictum eſt à vinciendo, vt obligatio à ligando. Ergo vbi vinctus & ligatus nemo eſt, non poſſunt dici vincula, nec proinde in vinculis eſſe is qui carcere clauſus eſt niſi corpori eius adhibita ſint vincula, *leg. verum eſt* 216. *de verb. ſignific.*

Ratio dec. Ea quidem vera & propria vinculorum ſignificatio eſt: ſed in propoſito tractatu largiùs & latiùs ſumitur vinculorum appellatio ex mente prætoris, vt etiam incluſi veluti lautumiis, aut vt alij legunt latomiis, id eſt, cęſis lapidibus, qualis dicitur olim fuiſſe carcer Syracuſanorum, in vinculis eſſe videantur. Nec enim minùs prohibentur & impediuntur ne poſſint agere, quàm ſi vincti eſſent, cùm nihil interſit an quis parietibus an compedibus teneatur. Hoc autem vnum prætor intuetur. An qui reſtitutionem petit agendi habuerit facultatem.

c *Cuſtodiam autem publicam.* Ratio dubitandi. Non diſtinguimus in vinculis, an priuata ſint an publica, vt proximè dictum eſt. Ergo neque in cuſtodia diſtinguendum eſt an priuata ſit an publica.

Ratio decidendi. Alia hac parte ratio eſt vinculorum, alia cuſtodiæ. Vinculorum enim appellatione & priuata & publica vincula ſignificantur, cuſtodiæ verò ſola publica, *leg. vinculorum* 124. *de verb. ſignific.* Ideò fortaſſe quòd vinculorum nomen facti magis eſt quàm iuris, cuſtodiæ verò nomen è contrario iuris magis quàm facti. Aut quòd cuſtodiam priuatam euadere facilius ſit, quàm vincula diſſoluere. Fortiùs enim & ſtrictiùs premunt vincula, quàm cuſtodia, niſi cùm cuſtodia publica eſt. Hanc enim violare non licet impunè, nec ſi de facto violandi facultas præbeatur, vt hîc notat Accurſ. ex *l. ſi captiuus 20. in fin. infr. de captiu. & poſtlim.* Iunge *l. pen. de cuſt. & exh. reor.* Denique quod cuſtodię priuatæ nominatim prohibitæ ſint, tanquam quæ Principis quoque maieſtatem lædant, *leg. 1. in fin. C. de priuat. carcer. inhib.* At priuata vincula ſoli ei qui vinculis coërcetur iniuriam faciunt, non etiam Principi.

10. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IN eadem cauſa ſunt, & qui à militibus, ſtratoribúſque, vel à municipalibus miniſteriis aſſeruantur, ſi probentur rei ſuæ ſupereſſe non potuiſſe.

¶ In vinculis autem a etiam eos accipimus, qui ita alligati ſunt, vt ſine dedecore comparere non poſſint.

Ad leg. In eadem. 10.

Ratio dubitandi. Qui à militibus ſtratoribúſque vel à municipalibus aſſeruantur miniſteriis, neque ſacramento vllo cuius vinculum potentiſſimum eſt, neque alio vinculo aut aliqua cuſtodia continentur. Ergo non debent in eandem cauſam eſſe in qua cæteri de quibus diximus.

Ratio decidendi. In eadem cauſa ſunt, non quidem abſolutè, ſed ita demum ſi probent ſe rei ſuæ ſupereſſe non potuiſſe, cùm in hoc edicto id vnum inſpiciat prætor, vt iam dictum eſt, an qui reſtitutionem petit agendi poteſtatem habuerit, & adeundi prætorem necne. Onerantur autem hac probatione, quamvis dici ſoleat ei qui affirmat incumbere onus probandi, non ei qui negat, *leg. 2. de probat.* Quoniam contra eos præſumptio eſt, cùm manſerint liberi, ac proinde, facultatem naturalem habuerint faciendi quicquid habuit, niſi ſi quid vi aut iure prohibiti ſunt, ne facerent aut impediti, *leg. 4. de ſtat. hom.* Prohibitio autem illa, & impedimentum facti eſt, ergo probari debet ab eo qui allegat, vel ex *regul. dicta leg. 2. de probat.* Præſertim cùm ſit hoc fundamentum intentionis, & petitæ reſtitutionis. Semper enim probare quiſque debet, id ſuper quo fundat ſuam intentionem, ſiue agendo, ſiue excipiendo, etiamſi in negatione non in affirmatione conſiſteret, *leg. nec codicillos 5. Cod. de codicill.* Nec ruſus impoſſibilis eſt probatio negationis quæ locum & tempus adiectum habet, vt hæc de qua tractamus, quamvis ſemper ſit difficilis. Quinam autem *ſtratores* hîc dicantur noli petere ex Accurſio, ſed ex Cuiacio, *lib. 11. obſer. cap. 1.* vide *leg. 4. §. 1. ſupra de offic. proconſ.*

a *In vinculis autem.* Ratio dubitandi. Prætor in hoc edicto non tam ius quàm factum intuetur, & hoc vnum inſpicit, an qui petit reſtitutionem habuerit agendi facultatem, ita vt ſi non habuerit detur ei reſtitutio, etiamſi fuerit in publica cuſtodia, propter delictum aut in priuatis vinculis latronum & prædonum, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo non debent quantum ad hoc edictum pertinet pro vinctis haberi illi qui poſſunt ſi velint in publico apparere, licèt ita ſint alligati vt ſine dedecore non poſſint.

Ratio decidendi. Quod honeſtè ac ſine probro & dedecore fieri non poteſt, id neque fieri creditur, *l. filius 15. de condit. inſtit. l. annus 79. §. 1. de iur. dot.* Eſt enim hoc præceptum non minus iuris ciuilis & prætorum quàm naturalia, *honeſtè viuere*, nihilque facere contra publicam honeſtatem, *l. iuſtitia 10. § 1. de iuſt. & iur.* Ergo etiam iſti qui in publico apparere quidem poſſunt & ire ad prætorem, ſed non ſine dedecore, hoc edicto adiuuandi ſunt. Adeò vt is quoque adiuuetur qui nec in vinculis nec in cuſtodia, ſed tantùm ſub fideiuſſorum ſatiſdatione fuit, quia nec is honeſtè potuit recedere, *leg. ne non 18. §. 1. infr. hoc tit.* cùm ſi recederet fidem frangeret, nec tantùm aduerſario, ſed etiam fideiuſſori, quod nunquam honeſtè fit, *l. 1. ſupr. de pact. l. 1. de conſt. pecun.*

11. CAL

11. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti mooitorij.

EI quoque ſuccurritur, qui in ſeruiture fuerit, ſiue bona fide ſeruiat homo liber, ſiue detentus ſit.

Ad l. Ei quoque 11.

Ratio dubitandi. Is qui in ſeruitute eſt ſi modò ſeruus non ſit, liber eſt. Aliud enim eſt ſeruum eſſe, aliud veró ſeruire aut eſſe in ſeruiture, prioribus verbis ius ſignificatur, poſterioribus verò factum, *§.vlt.Inſt.de ingen.* Ergo agendi facultatem habet, conſequenter non eſt adiuuandus hoc edicto per reſtitutionem.

Ratio decidendi. Habet quidem ius agendi quiſquis liber eſt tametſi in ſeruitute ſit, ſed non habet facultatem cùm ignoret ſibi eam competere, ſi ſe ſeruum putat eius cui bona fide ſeruit. Non enim experiendi poteſtatem habere creditur, is qui neſcit ſe habere. Nemo ſcilicet agit ignorans, *leg.cùm ſex* 55.*de ædil.edict.* Quæ ratio etiam facit vt nec procuratorem habere poſſit, *leg. ab hoſtibus* 15. *inſ.* Quomodo enim procuratorem conſtitueret is qui procuratoris conſtituendi ſe ius non habere crederet: quòd ſi ſciat ſe liberum, ſed tamen ab alio per vim & iniuriam detineatur quaſi ſeruus, tantò dignior eſt cuius miſereatur prætor, quantò grauior eſt iniuria quam paſſus fuit ab eo qui effugiendi facultatem omnem ei ademit. Non enim prætor inquirit an agendi ius habuerit, ſed an agendi facultatem quæ facti eſt, non minùs quam iuris. Nam ſicuti ſine actione agere nemo poteſt, *l.ſi pupilli* 6.*§.vlt.ſupr.de negot.geſt.* ita neque ſine corporis libertate ire ad prætorem. Actionem habere iuris eſt, ſed agere facti. Agere ergo non poteſt qui ab alio vinctus detinetur, licèt non idcircò ab eo qui vinxit poſſideatur, *l.cùm heredes* 23.*§.vlt.infr.de acquir.poſſ.*

12. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IS autem, qui de ſtatu ſuo litigat, ex quo lis inchoata eſt, hoc edicto non continetur: tandiu igitur in ſeruitute [a], quandiu non eſt eiuſmodi lis cœpta.

Ad l. Is autem 12.

R.dub. Qui de ſtatu ſuo litigat, quamvis litem inchoauerit, non eò minùs tamen remanet in ſeruitute, quia is cuiuſque ſtatus eſſe videtur totius litis tempore qui fuit tempore litis inchoatæ, *l.mercator.*4.*C.ſi ſeru.export.vend.* Atqui ei ſuccurritur qui in ſeruitute fuit, ſiue bona fide, ſiue per vim detentus, vt dictum eſt, in *leg. præced.* Ergo & hic qui de ſtatu ſuo litigat hoc edicto contineri debet, etiam ex quo die litem inchoauit.

Ratio decidendi. Ordinata liberali cauſa liberi loco habetur is qui de ſuo ſtatu litigat, ita vt non ſolùm aduerſus alios omnes tanquam liber experiri poſſit ſed etiam aduerſus dominum, *l. ordinata* 24.*de liber.cauſ.l. lite ordinata* 14.*C.eod.* quamvis non eò minùs reuera ſeruus maneat ſi litis cœptæ tempore ſeruus fuit, *d. l. mercator.* (nec enim ſola litis ordinatio modus eſt acquirendæ libertatis.) Proinde nulla ratio eſt ſuccurrendi ex hoc edicto ei qui de ſtatu ſuo litigare cœpit, cùm ex eo die acquiſiuerit ſibi facultatem experiundi quaſcunque actiones ſi aliud nihil fuit impedimento. Ex euentu tamen iudicij liberalis apparebit an eius actio vtilis fuerit an inanis, *d.l. ordinata.* Quod ipſum extra cauſam eſt huius edicti in quo prætor inquirit tantum de facto vt dixi non de iure actionis.

a *Tandiu igitur in ſeruitute eſſe videbitur.* Et conſequenter huius edicti auxilio iuuabitur quandiu non eſt eiuſmodi lis cœpta.

Ratio dubitandi. Poteſt hic qui in ſeruitute eſt de ſuo ſtatu litigare quandocunque, atque ita aſſequi vt quod ad agendum pertinet conſtituatur in poſſeſſione libertatis, quo tamen facto non poſſet iuuari hoc edicto. Ergo nec magis iuuandus eſt ſi moram fecerit in lite ordinanda, quaſi per eum ſolum ſtet ne poſſit agere. Qui enim poteſt facere vt poſſit iam poſſe videtur ex iuris regula, *leg. qui poteſt facere* 174.*de reg.iur.* ſiquidem in omnibus cauſis pro facto accipitur id in quo per aliquem mora ſit quominùs fiat. *leg. in omnibus* 39.*eodem.* Nam ſolemus dicere in poteſtate actoris eſſe quando agat, non ſimiliter in poteſtate rei quando conueniatur, *leg.petenda* 6. *Cod.de temp.in integr.reſtit.leg.purè* 5.*§.vlt.de doli except.*

Ratio decidendi. In poteſtate quidem eſt illius qui in ſeruitute reperitur vt de ſtatu ſuo litiget quandocunque velit, ſed non ideò poteſt ei imputare, cur non feſtinet litem inſtituere ſi fortè paratas non habeat probationes. Eo nimirum caſu quo ipſi incumbit onus probandi ſecundùm diſtinctionem, *l.circa* 14.*de prob.* Et rurſum poteſt fieri vt neque putet ſe iuſtam vllam habere cauſam de ſuo ſtatu litigandi fortè ſi cui bona fide ſeruiat putans ſe re vera ſeruum. Non igitur æquum eſt denegari ei auxilium prætoris niſi ex quo die lis ordinata ab eo fuerit. Malè igitur Accurſius hoc loco, quod Vlpianus ait de lite cœpta interpretatur de non finita. Quandiu enim lis finita non eſt ſi modò cœpta ſit, non poteſt videri actor in ſeruitute eſſe, quem lis conſtituit in poſſeſſione libertatis, ad fines ſcilicet agendi vt pragmatici loquuntur.

13. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

REctè Labeo ait, eum non contineri, qui liber & hæres inſtitutus ſit, antequam ſit hæres [a]: quia nec bona habeat, & prætor de liberis hominibus loquatur [b].

1 ¶ Puto tamen filiumfamilias in caſtrenſi pertinere ad hoc edictum.

Ad l. Rectè Labeo 13.

Ratio dubitandi. Qui liber & hæres inſtitutus eſt ſtatim & protinus poſt teſtatoris mortem hæres eſt ipſo iure & neceſſarius, *§.1.Inſt.t.de her.qual. & diff.* Ergo non poteſt dari inſtans quo neque liber neque hæres ſit: nec proinde quo non contineatur ille hoc edicto.

Ratio decidendi. Poſſunt multa interuenire quæ faciunt ne poſſit ſeruus ita inſtitutus liber & hæres eſſe. Non ſolùm ſi teſtator adhuc viuat, quem caſum ſibi fingit Accurſius & valdè ridiculè, ſed etiam ſi teſtator iam deceſſerit. Finge inſtitutum ſub conditione qualibet, ſiue caſuali, ſiue poteſtatiua, ſiue mixta. Finge factum ex neceſſario voluntarium, quod euenit ſi inſtitutus ſit ſub illa conditione, *ſi voles*, *l.verba hæc* 12.*de condit. inſtit.*

Finge

Finge denique inſtitutum ab eo qui non erat ſoluendo, & ei ſubſtitutum hominem liberum, aut eum cui teſtator libertatem debebat ex cauſa fideicommiſſi. His enim caſibus cùm teſtamentum incipiat à ſecundo caſu non poteſt ſtatim hæres eſſe is qui primo loco ſcriptus fuit, *leg. ſi is qui 57. de hæred. inſtit.*

a *Antequam ſit hæres.* Ratio dubitandi. Acquiſita quandocunque hæreditas: ex die mortis acquiſita retrofingitur, *l. hæres quandóque 49. de acq. hær. l. omnis hæreditas 138. l. omnia ferè 193. de reg. iur.* Ergo ſeruus cum libertate hæres inſtitutus continetur hoc edicto etiam pro eo tempore quo nondum hæres fuit, ſi modò aliquando fuerit, cum liber hæres à primo inſtanti fuiſſe retrofingatur.

Ratio dec. Iuris retrofictio illa eſt, quæ facit vt ex die mortis hæreditas acquiſita eſſe intelligatur, ſed ſi rei veritatem inſpicias fuit aliquando hæreditas iacens, quo tempore verum fuit eum qui hæres inſtitutus erat nec liberum fuiſſe, nec bona vlla habuiſſe. Ergo indiget reſtitutione (inquies) ſi quid interim ex hæreditate amiſſũ ſit, cum agere non potuerit qui nec liber nec hæres fuit. Ergo verò, Indigeret, inquã, reſtitutione vt poſſet admitti ad hæreditarias actiones temporales exercendas, quæ medio tempore perierunt, ſi ad eum verba edicti accommodari poſſent, verba edicti & ſententia prætoris. Sed accommodari non poſſunt, quia prætor non niſi de liberis hominibus locutus eſt, vt conſtat ex illis verbis *ſi cuius, item ſi quis*, cum ſeruus pro nullo habeatur tam prætorio iure quam ciuili, *l. tutelas 7. §. 6. ſi libertate ſupr. tit. prox. l. nullomodo 7. de l. Cor. de ſal.* Nec rurſus de omnibus liberis hominibus, ſed de iis tantùm qui aliqua bona haberent, vt probant verba illa *ſi cuius quid de bonis.* Atqui ſeruus cum libertate hæres inſtitutus antequam ſit hæres neque libertatem habet neque bona vlla. Ergo neque ad verba, neque ad mentem prætoris pertinere poteſt. Nec ad rem pertinet quod prætor de eo locutus eſt qui in ſeruitute eſſet. Intellexit enim de ſeruitute facti vt Accurſius interpretatur, id eſt, de eo qui cùm liber homo eſſet, facto tamen ipſo ſeruiebat, non de eo qui verè ſeruus eſſet. Hic verò qui cum libertate hæres ſcriptus fuit, non tantùm in ſeruitute, ſed etiam interim verè ſeruus eſt.

b *De liberis loquatur hominibus.* Ratio dubitandi. Prætor loquitur in hoc edicto de illis etiam qui ab hoſtibus capti ſunt, *l. ab hoſtibus 15. infr.* Atqui ſunt iſti verè ſerui hoſtium, *tot. tit. De capt. & poſtlim.* Ergo prætor etiam de ſeruis locutus eſt.

Ratio decidendi. Locutus quidem eſt prætor de captiuis, ſed tamen eo caſu quod poſtliminio reuerſi eſſent. Atqui hoc caſu poſtliminij fictio efficit vt ſemper in ciuitate fuiſſe videantur, nunquam apud hoſtes, *l. poſtliminium 19. & paſſ. illo tit. De capt. & poſtlim.* Ergo non eò minùs verum eſt prætorem de ſolis hominibus liberis locutum eſſe. Alioqui quandiu ciuis Romanus captiuus & ſeruus hoſtium eſt, non magis edicti huius æquitatem implorare ac reſtitutionem petere poteſt, quàm alias iuris aut ciuilis aut prætorij actiones exercere, cùm interim ſit incertum an poſtliminij an potiùs legis Corneliæ fictio locum habitura ſit, id eſt, an ab hoſtibus ille aliquando rediturus, an apud hoſtes tandem moriturus.

c *In caſtrenſi peculio.* Non dubito quin verba hæc imperiti ſint interpretis, idem exiſtimantis quod vulgò interpretes exiſtimant nullam fuiſſe iure vetere differentiam inter filiumfamilias & ſeruum, niſi quod ad caſtrenſis peculij cauſam pertineret. Quod tamen non ita eſt. Habuit enim filiusfamilias perſonam integram, non ſeruus, & ideò poterat obligari ciuiliter ex omnibus cauſis præterquam ex mutuo & voto, & ſuo iure agere ac conueniri, non item ſeruus. Denique acquirebat quidem patri vt ſeruus domino, ſed non patri inuito, vt ſeruus inuito domino, ſicuti pluribus à nobis probatum eſt libris Coniectur. & ad *l. 4. §. 1. ſupr. de edend.* Cùm ergo filiusfamilias, ſiue ſuo nomine in quibuſdam cauſis, ſiue pro patre in omnibus ferè agere poſſet, *l. ſi longius 18. §. 1. infr. de iudic. l. filiusfamilias 9. l. in factum 13. de oblig. & action.* nulla ratio erat cur ad eum hoc edictum non pertineret, ſi fortè aliquam actionem amiſiſſet abſens cauſa reipublicæ, aut in vinculis, aut in hoſtium poteſtate conſtitutus. Nam & hæc omnia in filiumfamilias cadere poterant non in ſeruum, cùm poſſet filiusfamilias etiam magiſtratum exercere, *l. ambitione 5. §. vlt. ſupr. tit. 1. l. nam quod 14 ad SC. Trebell.* Atque hæc ſanè huius loci ſententia & ratio eſt, ex qua apparet non debere auxilium prætoris circa perſonarum filijfamilias coarctari ad cauſam caſtrenſis peculij. Nam nec ſi retineas verba illa quæ nos tollimus, vlla erit ſatis apta antitheſis inter ſeruum & filiumfamilias, quam tamen apertè præ ſe fert aduerſatiua *tamen* in illis verbis *puto tamen filiumfamilias.* Nam in ſeruo negabat Labeo poſſe edictum habere locum, ideò quod ſeruus cum libertate hæres inſtitutus, neque liber interim fuiſſet, neque bona vlla habuiſſet. At in filiofamilias erunt omnia diuerſa, nihil autem ſimile ſi ponas tractari de caſtrenſi duntaxat peculio. Sicut enim nemo dubitat, quin filiusfamilias liber ſit, ita nec dubitari poteſt, quin habeat bona cùm habet caſtr[illegible]peculium, in quo ſcilicet patrisfamilias iure cenſe[illegible]ex cõſtitutionibus, *l. 2. infr. de SC. Maced.* Erit verò bona antitheſis, nec inelegans ratio dubitandi, ſi hunc locum nobiſcum intelligas de filiofamilias caſtrenſe peculium non habente. Is enim ſeruo ſimilis eſt in eo quòd bona nulla habet, *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pup. ll. ſubſt.* & ideò non improbabiliter potuiſſet quis ſuſpicari, quod Labeo dixerat de ſeruo non contineri eum hoc edicto, protrahendum eſſe ad filiumfamilias, cùm duo ita coniunctim edictum requirat vt qui reſtitui vult & liber fuerit, & bona aliqua habuerit eo tempore quo amiſſa actio fuit, quorum prius cadit quidem haud dubiè in filiumfamilias, ſed poſterius non magis quam in ſeruum ſecundùm interpretes. Nos autem reſpondemus quod iam diximus, imò verò poſſe filiumfamilias habere bona ſaltem in actionibus, ſiue proprio ſiue patris nomine illas exercere velit. Quis enim neget actiones in bonis eſſe. Quando ea demum in bonis noſtris eſſe dicuntur quorum nomine actiones habemus, aut exceptiones, *leg. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin. l. a Diuo Pio 15. §. 1. de re iudicat.* Ergo nihil cauſæ eſt cur non ad filium quoque familias, etiam qui neque caſtrenſe, neque quaſi caſtrenſe peculium habeat, pertinere hoc edictum poſſit. Ex hoc verò etiam intelligimus, quàm male reſpondeat Accurſius ad quæſtionem quam proponit de filiofamilias habente peculium aduentitium, cuius hodie capax eſt inuito etiam patre, poſt *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Ait enim ne quidem hodie ad filiumfamilias pertinere hoc edictum, etiamſi maximè habeat peculium aduentitium, quod eius adminiſtratio ad patrem pertineat. Adeò vt neque actiones illas excipiat quæ iure etiam vetere erant propriæ filiorumfamilias, id eſt, iis quoque proprio nomine competebãt, vt iniuriarum, depoſiti, commodati, quod vi aut clam, & omnes in factum actiones, quibus ille malè adiungit actionem de dote, vt diximus, ad *l. eas 8. ſupr. tit. prox.* Nam etſi verum eſt patrem in aduentitiis eſſe legitimum adminiſtratorem, quid tamen ſi adminiſtrare ipſe nolit, vt in *d. l. vlt. §. ſin autem in ſecunda ætate.* Quid rurſum ſi filiusfamilias hæreditatem ſibi delatam adierit contra voluntatem patris? Nam & hoc caſu voluit Iuſtinianus ſolum filium & exercere & excipere actiones, quamuis non niſi conſenſu patris requiſito, *d. l. vlt. in princ. verſ. & filius ſimili modo.* Cur non dicamus his ſaltem caſibus adiuuandum hoc edicto filium ſi fortè dum abeſt reipubl. cauſa, aut in hoſtium poteſtate eſt, vel in vinculis actionem aliquam temporalem amiſerit? Quid rurſum

ſi

ſi aliqua eiuſmodi actio temporalis fuerit in hæreditate, quæ filiofamilias ex fideicommiſſo reſtituta ſit inuito quoque patre, vt in ſpecie, *l. cogi 16. §. ſi pater filio, & l. Imperator, 50. ad SC. Trebell.* eaque amiſſa ſit per aliquam ex ſupradictis abſentiæ cauſis? Sed etſi verum eſt in iis quoque actionibus quas filiusfamilias proprio nomine exercere poteſt patrem ius agendi habere, nec aliter filio eas competere quàm ſi pater, neque per ſe, neque per procuratorem agere, aut poſſit, aut velit, *l. ſi long. 18. §. 1. de iudic.* quidni tamen eo ſaltem caſu quo pater non agat, nec alius quiſquam patris nomine admittimus hoc edictum in filiofamilias locum habere? Dico amplius. Habere locum etiam in iis actionibus quæ ſoli patri competunt, & quas filiusfamilias proprio nomine exercere non poteſt, ſi fortè aliquis caſus emergat in quo propter abſentiam patris permittendum ſit filio vtili actione experiri, *d. l. ſi longius §. 1.* Finge enim eo ipſo tempore quo pater abeſt, ſed ex ea cauſa quæ ad hoc edictum non pertineat, abeſſe etiam filium, ſed reipublic. cauſa, vel apud hoſtes, atque interim diem actionis quæ temporalis fuit exiſſe. Cur non dicamus reuerſo à legatione, vel ab hoſtibus filiofamilias abſente adhuc patre dandam eſſe ex hoc edicto reſtitutionem, vt poſſit eam repetere [illegible] onem quæ nec præſenti patri dari poſſet? Dices, [illegible]urum vt non tam filiofamilias quàm patri ſuccurr[illegible] actionis iſtius emolumentum parabitur, quod tamen fuerit contra propoſitum prætorio, cùm pater ſponte abfuiſſe proponatur non coactus, arg. *l. 3. §. ſed verum ſupr. de minor.* Verùm reſpondeo non eo minùs intereſſe etiam filij vt locupletiorem faciat patrem, tantoque opulentiorem ab eo ſperet hæreditatem, arg. *l. pater 71. verſ. intereſt enim inf. de euict.* Maximè cùm fieri etiam poſſit, vt ante obtentam reſtitutionem pater moriatur, ſoliúſque filij commodo ceſſura ſit ea reſtitutio, quæ tamen non eo magis concedenda eſſet filiofamilias ad repetendam actionem quam viuo patre amiſiſſet ſi edictum hoc ad filiosfamilias non pertineret. Vtrique igitur fatendum eſt ad eos pertinere tametſi neque peculium vllum caſtrenſe habeant neque quaſi caſtrenſe. Illud verò omnium ineptiſſimum eſt, quod Accurſius ait, etiam in caſtrenſi peculio eos demum filiosfamilias ad hoc edictum pertinere qui detinentur in ſeruitute facti. Quaſi Paulus ſentiat pertinere ex ea tantùm parte qua cautum eſt de iis qui fuerunt in ſeruitute. Cùm enim filiusfamilias non ſolùm liber homo ſit, ſed is etiam qui & reipublicæ cauſa & ab hoſtibus capi, haberéque poſtliminium poſſit, quid neceſſe eſt obſecro requirere, vt fuerit in ſeruitute ad hoc vt edicto iſto contineatur? Planè non ſimiliter è contrario poſſis dicere, eum qui in ſeruitute eſt, ſiue bona fide, ſiue ab alio detentus poſſe, aut reipublicæ cauſa abeſſe, aut poſtliminium habere, ideóque nimirum de illo ſpecialiter edici neceſſe fuit, cùm aliis edicti verbis comprehendi non poſſet.

14. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti monitorij.

ITem ei ſuccurritur, qui in hoſtium poteſtate fuit, id eſt, ab hoſtibus captus. Nam transfugis [a] nullum credendum eſt beneficium tribui, quibus negatum eſt poſtliminium. Poterant tamen [b], qui in hoſtium poteſtate eſſent, illa parte edicti contineri, qua loquitur de his, qui in ſeruitute fuerint.

Ad l. Item ei 14.

Ratio dubitandi. Qui in hoſtium poteſtate eſt ſeruus, hoſtium eſt. Atqui prætor hoc edicto liberis tantùm hominibus ſuccurrit, *leg. prox. ſupr.* Ergo non captiuis.

Ratio decidendi. Non ſuccurrit prætor ei qui in hoſtium poteſtate eſt, quia ſeruus eſt, ſed ei qui fuit vt hæc lex ait, id eſt, qui ab hoſtibus poſtliminio reuerſus eſt. Hic enim non ſolùm liber eſt, ſed etiam ſemper fuiſſe intelligitur, quaſi ſemper manſerit in ciuitate, *tot. tit. de capt. & poſtlim.* Dixi ad *l. præced.* & dicam in ſeq.

a *Nam transfugæ.* Succurrit prætor ei qui in hoſtium poteſtate fuit, vt proximè dictum eſt. Atqui transfuga in hoſtium poteſtate eſt, vnde ratio dubitandi, an poſtliminium habere poſſit, ergo etiam transfugis beneficium huius edicti tribuitur.

Ratio decidendi. In hoſtium quidem poteſtate eſt transfuga, & idcirco difficile eſt dignoſcere transfugam à captiuo, *l. non omnes 5. §. a barbaris de re milit.* Sed quia malo conſilio & proditoris animo patriam vltrò reliquit, hoſtium numero potius habendus eſt quàm pro captiuo, *l. poſtliminium 19. § transfuga de capt. & poſtlim.* ideóque nec poſtliminium habet. Ergo nec beneficium huius edicti quod iis qui ab hoſtibus capti fuerunt, non niſi in conſequentiam poſtliminij datur. Et ob id bene Calliſtratus verba illa edicti. *Qui in hoſtium poteſtate fuit*, ſic interpretatur, id eſt, *ab hoſtibus captus*, vt ſcilicet transfugas excluderet. Nam vt benè Accurſ. notat, non debet quis ex ſuo delicto & pœnam & præmium mereri, *leg. non fraudantur 134. §. 1. de regul. iur. l. ſi cui 38. in princ. infr. hoc tit.*

b *Poterant tamen.* Ratio dubitandi. Aliud eſt ſeruum eſſe, aliud verò eſſe in ſeruitute, vt dixi ad *l. ei quoque 11. ſup. hoc tit.* Ergo qui ab hoſtibus capti ſunt, cùm verè ſerui ſint, non poſſunt illa edicti parte contineri, quæ loquitur de his qui fuerunt in ſeruitute. Atque ita putat Accurſius potuiſſe captiuos quoque illa edicti parte contineri, ſed inſpectis verbis potiùs quàm inſpecta mente prætoris quaſi prætor iis verbis, *in ſeruitute fuiſſet*, ſenſerit de ea tantùm ſeruitute quæ facti ſit non de ea quæ iuris. Sed malè, vt ſtatim dicam.

Ratio decidendi. Non quiſquis in ſeruitute eſt ille etiam ſeruus eſt, ſed è contrario veriſſimum eſt, quiſquis ſeruus eſt eum etiam in ſeruitute eſſe, quoniam *eſſe in ſeruitute* genus eſt, *ſeruum verè eſſe* ſpecies. Poterat ergo ſufficere prætori verbum generale ad omnes ſpecies comprehendendas, nec minùs inſpecta mente prætoris quàm ex proprietate verborum edicti. Itaque iuſta Calliſtrati nota & reprehenſio eſt. Viſum tamen fuit prætori aptius, & apertius ſi de captiuis ſpecialiter ediceret, atque ita oſtenderet ſe prioribus illis verbis, *in ſeruitute fuiſſet* de facti tantùm, vt Accurſius loquitur, ſeruitute ſenſiſſe.

15. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

AB hoſtibus autem captis, poſtliminio reuerſis ſuccurritur, aut ibi mortuis [c]: quia nec procuratorem habere poſſunt [d], cum aliis ſupraſcriptis etiam per procuratorem poſſit ſubueniri præter eos, qui in ſeruitute detinentur [e]. Ego autem, etiam nomine eius, qui hoſtium potitus eſt, ſi curator (vt plerunque) fuerit [f] bonis conſtitutus, auxilium competere exiſtimo.

Ad l. Ab hoſtibus 15.

R.dub.& dec.eadem quæ ad *l. prox.preced.*

c *Aut ibi mortuus.* R.dubit.Qui mortuus eſt nullus eſt, neque bona vlla habere dici poteſt, vnde eſt quòd res hæreditariæ priuſquàm hæres quis exiſtat in bonis nullius eſſe dicuntur, *l.1 ſupr.de rer.diuiſ.* Ergo mortuis ſuccurri per hoc edictum non poteſt.

R.dec. Sic debet hoc intelligi vt non mortuis ipſis, ſed eorum hæredibus ſuccurratur, *l.qui mittuntur 35.§.item pagan. inf. h.t.* idque propter mortuos quidẽ, quos quia ab hoſtibus capti ſunt, lex Cornel.fingit in ciuitate deceſſiſſe, *lex.lex Cornel.28.de vulg.& pup.ſubſt.l.lege Corn.15.qui teſt.fac.poſſ.* ſed non tamen ex mortuorum perſona. Nec enim defuncto quandiu vixit apud hoſtes ius vllum competiit petendæ reſtitutionis cum toto eo tempore ſeruus fuerit hoſtium, nec ſciri poterit, an fictio poſtliminij, an legis Corneliæ locum habitura eſſet. Etſi autem quod inſtanti mori cœpit, illud etiam certum fuit ab hoſtibus eum redire ampliùs non poſſe, non ideò tamen potuit eo inſtanti ius petendæ reſtitutionis acquirere, cùm lex cornelia faciat, vt ex inſtanti captiuitatis mortuus fuiſſe retrofingatur: quæ res facit vt non niſi poſt mortem ſuam læſus videri poſſit, quia totum tempus captiuitatis ſubducitur, & pro eo habetur, ac ſi nunquam fuiſſet. Ergo non potuit ad hæredem ſuum tranſmittere ius reſtitutionis, quod nunquam habuit, *l. Pannon.86.de acquir.hered.* Sed tantò magis dignus eſt, cuius hæredibus ſuccurratur, cùm certum fuerit in eius perſona fictionem alteruttam aut poſtliminij, aut legis Corneliæ locum habituram, vt in ſpecie, *l. ventre 84.de acquir.hæred.l.4.§.vlt.de bonor.poſſeſſ.contra tabul.*

d *Quia nec procuratorem habere poſſunt.* R.dub. Etiam iis qui procuratorem in ciuitate habere poſſunt & habent ſuccurritur per hoc edictum, *l.ſed etſi 26.§.1. & vlt. infr.hoc.tit.* Ergo non eſt bona hæc ratio.

R.dec.Quamvis ſuccurratur iis qui procuratorẽ habere potuerũt, multò magis tamen ſuccurrendum eſt illis qui habere non potuerunt, illis namque imputari aliquid poteſt, iſtis nihil poteſt, *l.is qui reipubl.39.infr.* Eſt igitur hæc bona ratio non negatiuè, vt non ſint reſtituendi qui procuratorem habere poſſunt, ſed affirmatiuè & tanquã à minori ad maius, vt multò magis reſtituendi ſint qui procuratorem habere nequeunt, cùm iis etiam ſubueniat prætor per hoc edictum, qui potuerunt agere, & ſibi ipſi ſubuenire per procuratorem.

e *Præter eos qui in ſeruitute detinentur.* R. dub. Qui in ſeruitute detinetur cùm re vera ſeruus non ſit, liber eſt, ergo procuratorem habere poteſt etiam ad lites. Nam quin ad negotia habere poſſit non dubitatur, *l. ſeruum quoque 33.in pr.ſupr.de procur.*

R.dec.Quamvis liber ſit, tamen pro ſeruo habetur, ſiue liberum ſe ſciat ſiue ignoret, quovſque cauſam liberalem ordinauerit, *l.11.& 12.ſup.* Ergo non magis procuratorem habere poteſt quàm ſi re vera ſeruus eſſet.

f *Si curator vt plerumque fit.* R. dub. Cùm curator datus eſt bonis, ſiue eius qui in hoſtium poteſtate eſt, ſiue alterius abſentis cuiuſlibet poteſt curator actiones exercere ſaltem eas quæ tempore perire poſſunt, *l.5 de curat. bon.dand.l.creditore 14.l.idem priuilegium 55.§.1. de reb. author.iud poſſid. l.vlt.§.1. C. de bon.quæ liber.* Ergo non eſt danda eo caſu reſtitutio ex hoc edicto ei cui conſuli potuit iure ordinario.

R.dec. Curator bonis abſentis conſtituitur quominùs non quò magis eius bona pereant. Ergo ſiue per curatoris inertiam ſiue qua alia ratione dies actionis exierit, non debet datio curatoris impedire auxilium reſtitutionis ex hoc edicto, ne quod in fauorem abſentis conſtitutum eſt in eius odium retorqueatur, arg.*l.3. §. ſi emancipatus de bonor.poſſ.contr.tabul. leg.legata inutiliter 14.de adim.legat.l.pen.C.ad SC.Trebell.* Nam ſi ei quoque ſuccurrit prætor, qui procuratorem in ciuitate reliquit, ne alioqui melioris conditionis ſint ſtulti, quàm prudentes, *l.4.quod vi aut clàm.* quantò magis ſuccurrendum eſt ei cuius bonis curator datus fuit. Datur ſiquidem bonis ſicut abſentis, ita & ignorantis: cùm tamen procurator non niſi à volente & ſciente dari poſſit, ſiue à præſente ſiue ab abſente detur. Proderit ergo edictum hoc abſenti ſiue reuerſus ille velit reſtitui, ſiue adhuc eo abſente curator bonis datus, petat ipſius nomine reſtitutionem, vt bene Accurſius concludit.

1 ¶ Non minùs [a] autem ab hoſtibus capto, quàm ibi nato, qui poſtliminium habet, ſuccurſum videtur.

Ad §.1. Non minùs.

R.dub. Is qui natus fuit apud hoſtes cùm in ciuitate nunquam fuerit, poſtliminium habere non poteſt, quod non datur niſi ciuibus captis, & qui per captiuitatem amiſerunt ciuitatem, *l.1. C.de poſtlim.reuer.* Ergo neque poteſt habere auxilium huius edicti, quod vt diximus non datur niſi in conſequentiam poſtliminij.

Ratio decidendi. Non habet poſtliminium ex ſua perſona, ſed habet ex perſonis parentum, qui ab hoſtibus redemptis non frueretur pleno iure poſtliminij ſi non is etiam filius apud hoſtes natus redderetur, *dict. leg.1.& l. Diui 25.ſup.eod. illatit.* Quod intelligendum eſt, de filio etiam apud hoſtes concepto, quia is, qui in ciuitate conceptus eſſet, quamvis apud hoſtes natus, poſtliminium tamen ex propria quoque perſona habere poſſet tanquam qui ex die conceptionis habendus eſſet pro nato, & conſequenter pro Ciue, *l. qui in vtero ſunt 26.ſupr.de ſtat.homin.* Nec proinde in illo diſtinguimus, an redeat cum patre, an ſine patre, quoniam vtróque caſu naturalis & legitimus eſt, non etiam ille qui conceptus fuit apud hoſtes: hunc enim ſi redeat ſine patre, pro ſpurio habendum eſſe placet quaſi ſine patre, natum *d.l. Diui, & d.l.1.* Quæ res facit vt matri quidem poſſint ſuccedere tanquam alij volgò quæſiti quilibet, ſed non patri, *l.2.l.4.l. Modeſt.8.infr.vnde cognati, l.2.§. ſed vulgò quæſiti ad SC.Tertul.* Ex quo apparet eſſe illum liberum, neque tamen poſſe reſtitui ex hoc edicto ſi reuerſus ſit cum matre, vt malè putat Accurſ. Cùm bona nulla potuerit amittere, qui nulla vnquam in ciuitate habuit, quod vtique neceſſariò requiritur ad cauſam huius edicti, *l.rectè 13.ſup.h.tit.* Quæ ratio facit, vt non de alio filio poſſit accipi hic §. quàm de illo qui reuerſus ſit ab hoſtibus poſt patrem, & iam in ciuitate defuncto patre, vt poſſit bona aliqua amiſiſſe, pro quibus recuperandis indigeat reſtitutione, aut ſi ponat defunctum apud hoſtes patrem, ponendum etiam neceſſariò erit, reuerſum eum in ciuitatem fuiſſe poſt matrem, vt aliquid potuerit amittere ex hæreditate matris pendente poſtliminij fictione. Quid verò ſi mater apud hoſtes mortua ſit, an fingetur ſimiliter natus ſine matre? Minimè verò, neque enim natura hoc patitur, poteſt fictio id fingere quod per rerum naturam impoſſibile ſit, *leg. confeſſionibus 13. cum leg. ſequentib. §. vltim. de interrogat.in iur. faciend.* Nec ſimile eſt quod Accurſius ex Ioanne affert de adrogato. Adrogatus enim licèt matrem re vera nullam habeat in familia patris adrogatoris habet tamen, aut ſaltem habuit aliquàm in ciuitate, nec tam ſine matre natus fuiſſe quàm matrem amiſiſſe fingitur. Quomodo enim fingeretur natus ex adrogatore ſine matre, cùm adrogator ſic eum habeat filium quaſi ex iuſtis nuptiis conceptum, iuſtæ autem nuptiæ fingi non poſſint, quin vxor quoque fingatur? Dices, æquè eſſe impoſſibile, vt quis naſcatur ſine patre. Ita eſt, ſed illud tamen non eſt impoſſibile, vt quis pater ſit, neſciatur cum alius ſciri non poſſit quam quẽ nuptiæ demonſtrant: quæ porrò inter captiuos non magis ſubſiſtere quàm contrahi poſſunt, *§.ſi aduerſ. inſtitut.de nupt.* iunct. *princip.eius tit.* Mater ſemper ac-

rem certa eſt, quia matrem partus indicat non patrem, *l. quia ſemper 5. ſupr. de in ius voc.* Ergo ſi pater ſolus ab hoſtibus redierit, mortua apud hoſtes matre, habebit filius poſtliminium ex perſona ſolius patris, nec minùs tamen ſuccedet matri quàm patri, ideóque reſtitui etiam ex hoc edicto poterit, ſi quid interim ex bonis matris amiſerit. Sed ſi vterque parens apud hoſtes defunctus ſit, aliud erit, cum ex propria perſona poſtliminium nullum habere poſſit, vt dixi, ſic qui apud hoſtes & conceptus & natus fuit, quamvis poſtea venerit in ciuitatem, ob idque nec reſtitui ex hoc edicto poterit vel ob hoc etiam, quòd nihil potuit amittere.

a *Non minus.* Notat Acc. eſſe hîc ὕςερον πρότερον, quia ſcribi debuit, non minus ei, qui apud hoſtes natus eſt ſuccurrendum videri quàm ei, qui ab hoſtibus captus fuit, video tamen Iureconſultos noſtros, alibi etiam ſic locutos, & verba iſta *magis* & *minus*, ferè pro ſynonimis accepiſſe, cùm acceperunt comparatiuè ſubiuncta coniunctione *quàm*, vt in *leg. ſolidum 85. de ſolut. l. hoc genus 106. de condit. & demonſt.* niſi dicas cum Petro inuerſum fuiſſe ordinem dictionum in *dict. l. ſolidum.* Quod tamen ne hic poſſis dicere, impedit dictio *ibi*, quæ præcedere nullo modo poteſt, nec intelligi, niſi ex præcedentibus iis verbis, *ab hoſtibus capto.*

2 ¶ Si damni infecti miſſus ſit in ædes militis: ſiquidem præſente eo iuſſit prætor poſſideri [a], non reſtituitur: ſin verò abſente eo, dicendum ſubueniri ei debere.

Ad §. 2. Si damni.

R. dub. Miles tū quoq; cum præſens eſt, pro abſente tamen habetur, ideóq; etiamſi Romæ fuerit, cùm aliquid ex bonis ſuis amiſit, nihilominùs ex hoc edicto reſtituitur, *l. milites 7. ſup. h. t.* Ergo ſi quis damni infecti nomine miſſus ſit in ædes militis volentes cauere, & eo dorante non cauere iuſſus à prætore ſit, eas militis ædes ſibi poſſidere ex ſecundo decreto, omnimodo reſtituendus eſt miles ex hoc edicto, & tanquam abſens reipubl. cauſa, & tanquam læſus, cùm amiſerit dominium bonitarium ædium ſuarum per ſecundum prætoris decretum, ex quo dominus conſtituitur is, qui poſſidere ſibi iubetur, poſtea futurus dominus iure Quiritium, ſi ædes illas vſuceperit, & poſſederit legitimo tempore ex die ſecundi decreti, *l. ſi finita 15. §. Iul 16. de damn. infect.*

R. dec. Miles, qui præſens eſt, & in ſuis ædibus, pro pagano, non pro milite haberi debet, ac proinde pro præſente non pro abſente, *l. vlt. C. de reſt. mil. & l. vlt. C. quib. non obiicit. long. temp. praſcr.* in iis nimirum, quæ ſtatim & præſenti die expedire poteſt, Cuiuſmodi illud eſt, Cauere de damno infecto, quod, celeriter fieri & poteſt & debet, *l. 1. eod.* At non tam citò expediri lis poteſt, habet enim ſuas moras, *l. etiam 15. inſr. vt legat. cauſ. caueat.* Ergo militibus etiam qui Romæ militant, ſuccurrendum erit, ſi nun egerint, non item ſi non cauerint. Quãquam vix eſt vt pro milite Romæ militante habere debeat is, qui in ædibus ſuis eſt, *d. l. vlt.*

a *Iuſſit prætor poſſideri.* Rectè, nam ex hoc ſolo decreto miles rei ſuæ dominium amittit, vt diximus, non etiam ex priore, quo iubetur cauere: aut ſi non caueat, mittitur vicinus in poſſeſſionem ædium, *d. l. ſi finita, §. ſi fortè, & ſequent. eod. tit.* Illa enim miſſio in poſſeſſionem neque dominium, neque poſſeſſionem aufert militi, ſed vicino cuſtodia magis, quàm poſſeſſio datur, vt poſſideat cum milite & ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat ab eo cautionem, vt & in ſpecie, *l. 5. in pr. inſr. vt in poſ. legat.* Prius autem eſt, vt miles ſit læſus, quàm vt poſſit ex hoc edicto reſtitui, *d. §. ſi fortè & §. poſteaquã eiuſdem l. ſi finita.* Eſt enim hoc commune reſtitutionum omnium tam quæ maioribus, quàm quæ minoribus indulgentur. vt exigant læſionem, *leg. ergo 22. infra hoc titulo.*

3 ¶ Sed quod ſimpliciter prætor edixit, *poſteáve*, ita accipiendum eſt: vt, ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem reuerſo, reſtitutionis auxilium locum habeat [b], non quandoque, ſed ita demum, ſi intra modicum tempus, quàm rediit, hoc contigit: id eſt, dum hoſpitium quis conducit ſarcinulas componit, quærit aduocatum: nam eum, qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum Neratius ſcribit.

Ad §. 3. Sed quod ſimpliciter.

R. dub. In edicto: cuius verba relata ſunt ab Vlp. in *l. 1. ſupr. h. t.* non legitur dictio iſta, *poſteáve.* Ergo interpretatio, quæ fit in hoc §. non pertinet ad edictum, de quo in hoc tit. agitur.

R. dec. Deeſt hæc dictio, & addẽda neceſſariò eſt, in *d. l. 1.* poſt verba illa, *hoſtiumque poteſtate eſſet.* Quod iã olim Azo bene adnotauit, nam quod Acc. poſt Ioan. & Bulg. ſomniat de alio neſcio quo edicto, ridiculum eſt.

b *Reſtitutionis auxilium locum habeat.* R. dubit. Priuilegium quod ex hoc edicto datur, non niſi ratione & fauore abſentiæ datur, ne cui ſcilicet abſentia ſua ſit damnoſa, *l. abſentia 140. de reg. iur.* Ergo non poteſt competere reuerſo, cùm non poſſit dici abſens, aut reuerſus eſt, *l. ſi cui 38. §. tandiu infr. hoc tit.*

Rat decidendi. Etiamſi quis in ciuitatem reuerſus ſit non ideò tamen ſtatim cauſa priuilegij ceſſat, quæ non tam ex abſentia ipſa proficiſcitur, quàm ex impedimento, quod abſentia ſecum affert. Impedit enim, ne agi poſſit. Porrò, nec is, qui hodie reuerſus eſt, confeſtim agere poteſt, ſed ſpatiũ temporis aliquod neceſſariò ei tribuendum eſt, vt hoſpitium conducat, ſarcinulas componat, aduocatum quærat, & cætera ſi qua ſunt, ſimilia faciat, ſine quibus agere aut nullo modo, aut non ſatis commodè poſſet. Sola igitur reuerſio beneficium huius edicti adimere ei non debet, quia quod ad hoc edictum attinet, pro abſente habetur etiã qui præſens eſt, quandiu agere non poteſt, *l. milites 7. ſupr. hoc tit.* Quantum autem aut potius quantulum tempus hoc modicum eſſe debeat, magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi poteſt, vt & in *l. ratum 13. l. quod dicimus 105. de ſolut. l. quo enim 12. §. Iulianus infr. rat. rem haber.* Itaque poſitum eſt in arbitrio & religione cognoſcentis, vt ſubiicitur in *leg. ſeq.* qui ex perſonarum & rerum varietate aliter atque aliter hoc æſtimare poterit, quod euenit in aliis etiam omnibus quæ ſunt facti non iuris, *l. ordine 15. infr. ad munic.* Vix tamen eſt, vt minus quàm decem dierum eſſe debeat, arg. *l. promiſſor. 21. §. 1. infr. de conſt. pecun.* Ergo ſi ex die reuerſionis tantum tempus effluxerit, intra quod reſtitutio peti potuerit, nec petita ſit, non erit audiendus poſtea ſi petat reſtitutionem, quia licèt per multum temporis abfuerit reipublicæ cauſa, quo toto tempore potuiſſet agere ſi non abfuiſſet, non poteſt tamen dicere, ſi per abſentiam ſuam læſum qui reuerſus integra ſua iura reperit, ſatiſque temporis habuit ad prouidendum ſibi ne quid amitteret, ſi negligens non fuiſſet, & hoc eſt quod ſequitur in hoc §. *Eum.* qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum, id eſt, qui differt agere vt poſtea reſtituatur, hic enim vel data opera, vel ſaltem per negligentiam ſuam id agit vt lædatur. Ideóque indignus hoc ipſo eſt qui reſtituatur, *leg. proxim. infr. l. ſed & qui 5. ſupr. hoc tit.* Niſi malis, quod puto probabilius, dictionem hanc *reſtitutionem* abundare, & delendam eſſe tanquam quæ irrepſerit, ex gloſſa interpretis, & quidem parum acuti exiſtimantis fortaſſe aliquid deeſſe ſi ſimpliciter legatur, *Nam eum,*

qui

qui differt. Nec animaduertentis non tractari hoc loco de eo qui diſtulit petere reſtitutionem, ſed de eo, qui diſtulit agere, cùm poſſet agere & deberet, ne poſtmodum indigeret reſtitutione. Fateor ſuppleri aliquid debere, vt ſciatur quid differatur, ſed dico ſuppleri debere verbum *agere*: non autem nomen *reſtitutionis*, quod conſtat etiam apertiùs, ex *fin. l. prox. ſeq.* Quanquam ſi malis adiecta tantùm præpoſitione legere *ob reſtitutionem*, id eſt, ſpe reſtitutionis, non repugnabo. Itaque in quæſtione illa, quam Accurſius hîc tractat, ad quid reſtituatur is, contra quem impleta eſt vſucapio intra modicum tempus poſtquam rediit, & quid ſi poſt modicum illud tempus elapſum, ego cum Martino contra Ioannem & Bulgarum ſentio, nullomodo reſtituendum eum, qui à die reuerſionis modicum aliquod tempus habuit, intra quod litem noluit cùm potuit conteſtari, *dict. leg. prox. ſeq.* & contrà ſiue durante tempore abſentiæ, ſiue intra modicum tempus ex die reuerſionis completa vſucapio ſit, reſtituendum eſſe reuerſum non ad hoc tantùm, vt ſubducatur tempus abſentiæ quod iſti putant, ſed ad rem ipſam vindicandam, *l. quod tempore 3.* in illis verbis *vindicare permiſſum eſt*, *C. de reſtit. milit.* Nec mouet quod ibidem additur, *amota præſcriptione medij temporis*. Oſtendunt enim potiùs hæc verba, illam medij temporis præſcriptionem ipſo iure amotam intelligi debere, quàm vt reſtitutio detur ad eam amouendam. Eſſet enim ille inanis & fruſtratorius circuitus, vt daretur reſtitutio ad ſubducendum tempus abſentiæ, ſubduceretur autem abſentiæ tempus ad agendum, tandem denique ageretur. Neque rurſus dici poteſt Imperatorem, in *d. l. 3.* non loqui de vſucapione aduerſus quam reſtitutio danda ſit ex hoc edicto, ſed de poſſeſſione longi temporis, cuius ſanè in eo diuerſa ratio eſt quàm vſucapionis, quod contra eum qui ex hoc edicto reſtitui poteſt, non ob id minùs currit vſucapio quæ ſcilicet ſi non curreret, nulla aduerſus eam reſtitutio neceſſaria eſſet, non autem currit longi temporis poſſeſſio, ſed tantùm ſubducto tempore abſentiæ, quod pro non tranſacto habetur, ſolum reſiduum computatur, *l. pen. C. quib. non obiicit. long. temp. præſcr.* nec proinde contra huiuſmodi longi temporis poſſeſſionem neceſſaria vnquam eſt ei qui reipublic. cauſa abfuit *in integr. reſt.* De hac verò longi temporis poſſeſſione loqui Alex. in *d. l. 3.* ſuadere illud videtur quod ponit de bonis militis aliquid poſſeſſum, non autem dici vſucaptum. Item quod loquitur de præſcriptione temporis, cùm tamen ex vſucapione non tantùm præſcriptio & exceptio, vt ex poſſeſſione longi temporis, ſed etiam dominium acquiratur. Denique quod dat militi reuerſo vindicationem, quæ nunquam dari poteſt contra eum, qui vſucepit, cùm ſit ipſe factus dominus, vindicatio autem non niſi domino detur. Nam reſpondeo imò verò loqui Alexandrum de milite *in integr. reſtit.* vt & titulus ipſe oſtendit, & quod lex ait de anno vtili, quod tempus petendæ huic reſtitutioni fuit olim à prætore definitum. Si enim ageretur de poſſeſſione longi temporis non eſſet quærendum de anno vtili. Siquidem is qui per viginti annos abſens fuit, ſi ex toto eo tempore abfuerit per triennium cauſa reipublicæ, ac poſtea reuerſus ſit non annum duntaxat habere debet ad rem ſuam vindicandam, ſed triennium integrum, quia verum eſt eum tanto tempore reipublicæ cauſa abfuiſſe *d. leg. penultim.* De vſucapione igitur intelligendum eſt quoties de anno vtili contra poſſeſſionem tractatur, licèt fiat mentio poſſeſſionis, & detentationis, vt in hoc §. quia nec ſine poſſeſſione & detentatione, eáque continua procedit vlla vſucapio, *l. ſine poſſeſſione 25. de vſucap.* Quanquam vt eloquar quod ſentio, non dubito quin verba illa huius, §. *ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio* corrupta ſint à Tribon. reſpiciente, vt alibi ſæpe ad vſucapionis transformationem à Iuſtiniano factam in *l. vnic. C. de vſucap. transform.* cùm Vlpianus non *detentatio* ſcripſiſſet, ſed *vſucapio*. Nam quod ſequitur, *finita autem eo reuerſo* ad vſucapionem neceſſariò referendum eſt, non ad detentationem & poſſeſſionem, quæ finiri non poteſt ante completam vſucapionem quin vſucapio interpelletur, quod nec Accurſius ignorauit. Idque Triboniani manum & inſcitiam omnino prodit: ſolet enim ille plerúmque ſic veterum prudentum ſcripta emendare, vt tamen non obſeruet an emendationi conuenire poſſint ea quæ præcedunt, aut quæ ſequuntur. Quod autem apud Alexandrum ſcriptum eſt de præſcriptione, parum vrget. Nam præter id quod non eſt nouum in libris noſtris, vt præſcriptionem temporis pro poſſeſſione legamus & contrà, illud etiam conſtat eum quoque qui abſentis rem vſucepit non tantùm habere vindicationem iure dominij ſed multò magis poſſe etiam præſcriptionem habere & exceptionem ex iuris regula, quæ vult ei cui datur actio multò magis dandam eſſe exceptionem, *l. 1. §. is autem de ſuperfic. l. nemini 156. § cui damus de regul. iur.* Sed quo iure (inquies) poterit dari vindicatio ei, cuius res vſucapta fuit, cùm per vſucapionem dominium amiſerit? Reſpondeo dari ei vindicationem vtilem & reſciſſoriam ex hoc edicto & iure reſtitutionis. Cuius ea vis eſt, vt actor poſſit intra annum rem petere, id eſt, vindicare reſciſſa vſucapione, hoc eſt, ita petere, vt dicat poſſeſſorem non vſucepiſſe, ac proinde rem adhuc ſuam eſſe, vt Iuſtinianus loquitur, in *§. rurſus Inſt. de action.* Quòd ſi replices, Abſurdum fore ſi prætor qui hanc actionem dat actori, det etiam reo præſcriptionem & exceptionem poſſeſſionis longi temporis, ne actio quæ ex ſola prætoris iuriſdictione & æquitate proficiſcitur, contraria eiuſdem prætoris æquitate, id eſt, per exceptionem elidatur, ſicut euitandi huius abſurdi gratia nunquam dat prætor, præſcriptionem & exceptionem ex poſſeſſione longi temporis contra eum qui ex hoc edicto reſtitui poteſt, *l. ab hoſtib. 6. C. quib. non obijcit long. temp. præſc.* ne alioqui prætor cum ſeipſo pugnare videretur, vt dixi ad *l. auxilium 37. ſup. de minor.* Reſpondebo id nimium eſſe quod ſcriptum eſt, in *d. l. 3.* vindicationem dari actori, *amota præſcriptione medij temporis poſſeſſionis*. (ſic enim lego non vt vulgò *poſſeſſionem*, quia non medium tempus, ſed medij temporis poſſeſſio illa eſt quæ præſcriptionem parat: nec rurſus vindicatio eſt poſſeſſionis, ſed dominij, & quidem contra poſſeſſorem, *leg. in rem 23. l. is qui deſtinante 24. l. qui petitorio 36. de rei vindic.* & præterea verbum *vindicare* poſitum, in *d. l. 3.* habet accuſatiuum ſuum *quod* poſitum in princip. legis, cuius alioqui nulla conſtructio eſſe poterit.) hoc eſt, ita dari à prætore vindicationem vtilem & reſciſſoriam, vt in formula nulla debeat ſubiici exceptio poſſeſſionis longi temporis, quæ tamen exceptio ſubiici poſſet, ac deberet ſi directa vindicatione ageretur, contra eum qui ſe diceret vſucepiſſe: nec dum tamen id probaret: nam contra eum quem conſtaret vſucepiſſe vtique prætor non daret directam vindicationem. Et hanc puto eſſe ſententiam *d. l. 3.* in qua etiam erratum puto in illis verbis *contra eum inſtitutum*, quæ nullius ſenſus ſunt, legendúmque *meum* pro *eum*. Nec enim Principis boni mos & inſtitutum eſt cuiuſquam lædere, *leg. 4 C. de emancip. liber.* Huic verò interpretationi noſtræ conuenit maximè quod ſcriptum eſt, in *l. vlt. C. hoc tit.* Si filius cum patre & matre ab hoſtibus captus ſit, & iis poſtea ibi defunctis, reuerſus filius eorum ſucceſſiones legis Corneliæ beneficio ſibi acquiſiuerit, exemplo vtilis actionis quæ in integrum reſtitutis datur non prohiberi filium res quæ parentum fuerunt vindicare, ſed tamen eum obiectu (inquit) ſea annuæ exceptionis, quæ reſciſſoriæ & vtili actioni obijci ſolet: vt intelligamus non longi temporis poſſeſſionis præſcriptionem huic actioni poſſe obijci, ſed annuam tantùm exceptionem, id eſt, anni illius vtilis quo concludi eam prætor voluit.

Quantumvis enim id agat prætor quantum poteſt ne ſecum pugnet, cogitur tamen tum quoque cùm dat reſtitutionem, & ex ea cauſa vtilem actionem, anni quoque vtilis exceptionem ſubiicere, quia in facto magis quàm in iure conſiſtit, an vtilis annus præterierit necne quod in anno continuo non ſimiliter dici poſſet. Cur verò, vt hoc etiam obiter explicemus, non datur vtilis actio per reſtitutionem in integrum, ſed tantummodo ad exemplum illius actionis, filio qui redijt ab hoſtibus poſt parentes ambos ibi defunctos? An fortaſſe nũ habet poſtliminium ex ſua perſona? Imò habet. Ponimus enim captum eum fuiſſe cum parentibus, ideóque apud hoſtes conceptum non fuiſſe. Sed ideò non poteſt reſtitui, quia cùm captus eſſet, in patris ſui adhuc poteſtate conſtitutus, nulla bona in ciuitate vnquam habuit, quæ docante captiuitate amittere potuerit, ac proinde non pertinet ad hoc edictum, in quo prætor de iis tantùm locutus eſt qui bona aliqua habuerunt & amiſerunt, *l. rectè 13. ſup.* Ei tamen æquitas edicti accommodatur, quia perinde verum eſt nihil ei poſſe imputari, damnúmque eum ſentire ex ſua captiuitate ſi prohibeatur eas res vindicare, quæ interim vſucaptæ ſunt, & quas hodie in patris aut matris hæreditate inueniret ſi captus ipſe non fuiſſet. Hoc cùm ita ſit, nulla poteſt ei qui ex hoc edicto agit, neceſſaria eſſe replicatio, cùm omnis replicatio præſupponat exceptionem, *l. 1. de except.* Exceptio autem nulla in propoſito eſſe poſſit præterquam annua, quæ ipſa rurſus nullam patitur replicationem. Si tamen actor qui rectè poſſet reſciſſoriam exercere impetrando reſtitutionem in integrum, malit agere directa rei vindicatione, allegans fortaſſe neque tamen probans poſtea malam poſſeſſoris fidem, quæ ab initio interuenerit, nemo dubitat quin eam actionem daturus quidem ſit prætor, ſed ſub ea tamen exceptione ſi non res quæ vindicatur, interim vſucapta longóve tempore poſſeſſa probetur. Quo probato vtique neceſſarium eſt auxilium, non modò replicationis ad elidendam eam exceptionem, ſed etiam reſtitutionis in integrum ad fundandam replicationem. Quid rurſum ſi malit actor petere reſtitutionem, ad hoc duntaxat vt abſentiæ tempus ſubducatur, mox vbi hoc impetrauerit, priſtinam actionem propoſiturus? Nihil cauſæ eſt cur non hoc ei licere debeat, ſicut & licet minori iudicio in rem experiri poſt reſciſſam reſtitutionis beneficio alienationem, *leg. in cauſa 13. §. interdum ſupr. de minor.* Etſi longè conſultius facit, qui cognitione ipſa prætoria rem vindicat & poſſeſſori auferet, *d. §. interdum* in illis verbis *vel cognitione prætoria l. minor 39. de euict.* Quid item ſi actio non realis fuit, ſed perſonalis? Putat Accurſius remanere directam quaſi quæ tempore ſublata non ſit, cùm tempus non ſit legitimus modus tollendæ obligationis, & ideò poſſe ex ea agi, & aduerſus præſcriptionem temporis replicari per in integrum reſtitutionem. Sed ego quid ille ſibi velit non benè intelligo. Nam aut ponit actionem illam perſonalem fuiſſe ciuilem, & eam conſtat fuiſſe olim perpetuam ante Imperatorum conſtitutiones quæ præſcriptionem 30. & 40. annorum introduxerunt, *tit. de perpet. & temp. action.* Aut ponit fuiſſe prætoriam, vel ædilitiam quales olim neceſſe erat omnes eas eſſe, quæ erant temporales. Et hanc dubitandum non eſt tolli tempore etiam directam, non quia tempus hoc caſu magis quàm alio vllo ſit legitimus modus tollendæ obligationis, ſed quoniam actiones iſtæ ab initio eam naturam habent ex voluntate prætoris aut Ædilis qui eas introduxit, vt tempore finiantur. Ideóque finiri dicuntur non tolli aut extingui: Nec nouum eſt, vt quæ ſunt ex iuriſdictione prætoris, ex eius quoque mẽte vt vim ita & naturam & ſubſtantiam capiant, *l. in conuentionalib. 52. de verb. obl.* iunct. *l. prætoriæ 9. de prætor. ſtipul.* Hodie tamen poſtquam placuit Imperat. ciuiles quoque actiones certo tempore ſi non ipſo iure ſaltem per exceptionem, *l. 3. & 4. Cod. de præſcr. 30. vel 40. annorum* poterit Accurſij ſententia locum habere ſi actor ſine reſtitutione petat actionem quo caſu omnimodo neceſſarium ei eſt auxilium reſtitutionis in replicatione: at non etiam ſi recta & principaliter petatur actio per viam & auxilium reſtitutionis, ſecundùm ea quæ diximus. Ex quo etiam apparet quàm improbabile ſit quod tentat Accurſius hanc reſtitutionem à prætore concedi poſſe, altera quoque parte abſente, tanquam quæ nullius aut præmodici ſit præiudicij, quippe per quam res in priſtinum duntaxat ſtatum reponatur, non etiam aduerſarius condemnetur. Quaſi verò nihil aut parum ſit pronunciatum fuiſſe à prætore, iuſtam eſſe cauſam dandæ reſtitutionis. Nam imò hoc totum eſt. Cætera nihil niſi conſequentia & veluti in executionem datæ reſtitutionis, *leg. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit. lege quòd ſi minor 24. §. reſtitutio ſupra de minor.* Neceſſarium igitur eſt vt præſentes ſint, vel euocati omnes, quorum intereſt non dari reſtitutionem, *dict. leg. in cauſa 13. §. cauſa autem cognita, & lege etiam 29. §. vltim. eod. tit.* quod nec Accurſius negat tutius eſſe. In eo tamen ſemper errans, quod vult iam maioribus quam minoribus officio iudicis ſubueniri: deinde impetrata reſtitutione agi priſtina & antiqua actione. In vtraque enim reſtitutionis ſpecie ſubuenitur per prætorem & extra ordinem nulla hodie maioribus data actione, vt nec olim minoribus, *l. 2.* vbi dixi *ſup. hoc tit.* iunct. *dict. leg. quòd ſi minor. §. vltim.* Olim ſane reſciſſoria competebat & quidem ſtatim ex die reuerſionis, cùm neque dari poſſet, neque nomen illud habere niſi per auxilium reſtitutionis, vt diximus. Illud planè non poſſum intelligere quod Accurſius quærit, cur poſſeſſor qui iam vſucepit iterum vſucapiat poſt modicum tempus cùm factus ſit dominus. Nihil enim eſt in tota hac lege, ex quo poſſit colligi ſecundam vſucapionem hic interuenire quod nec fieri vllomodo poteſt, cùm id quod iam meum eſt magis fieri meum non poſſit, *§. ſic itaque Inſtitut. de act. leg. non vt ex pluribus 196. de regul. iur. l. 4. §. lana de vſucapion.* Et quod ad ſtultam quæſtionem reſpondet Accurſius eum qui vſucepit rem abſentis cauſa reipublic. fingi, nec dominum fuiſſe, ex *l. nemo videtur 5. ſupr. de in integr. reſtit. l. 3. C. de his quæ vi metúſve cauſ.* verum quidem eſt ſi intra annum reſtitutio petatur, *d. §. rurſus Inſtit. de actionib.* Sed eo caſu non eſt quod de vſucapione quæramus, aut prima, aut ſecunda, cùm prima quæ completa fuit reſcindatur, ſecunda autem nunquam cœperit quæ per diligentiam actoris impedita, id eſt, per litis conteſtationem, *lege proxim. in fin. infra.* Etſi enim litis conteſtatio non interrumpit vſucapionem, poſſeſſor tamen quandocunque poſtea condemnatus cogitur rem reddere tanquam malæ fidei poſſeſſor factus per litis conteſtationem, *l. ſi poſt acceptum 18. de rei vindic.* Nam ſicut ſuperueniens mala fides non impedit vſucapionem, *lege ſi aliena 10. leg. ſi exiſtimans 48. de vſucap. lege vnic. Cod. de vſucapion. transform.* ita neque ſuperueniens implementum vſucapionis tollit malam fidem quam conteſtatio litis induxit, *dict. lege ſi poſt acceptum,* iunct. *l. ſed ſi l. 25. §. ſi antè de petit. hæredit.* Quòd ſi abſens reuerſus ante completam vſucapionem negligens fuit in lite conteſtanda, cùm tempora largirentur, tunc non noua vſucapio inchoatur, ſed vetus completur, ante quam porrò completam non poteſt poſſeſſor videri dominus vnquam fuiſſe. Ergo nec huic quæſtioni Accurſianæ locus eſſe: cui cauſam proculdubio dedit error Ioannis quem paſſim Accurſius contra Martinum ſequi ſolet, exiſtimantis poſt completam ex die reuerſionis vſucapionem per negligentiam reuerſi etiam ſubducto eo modico tempore quod reuerſo dandum eſſe diximus, adhuc dandam reuerſo reſtitutionem vt ſubducatur tẽpus abſentiæ vel quaſi abſentiæ, ſed cum hoc tamen temperamento vt ſubducatur ex eo tempore tantò minùs, quantum

tum negligenter fluxit. Hoc enim ſi ipſi qui cum Ioanne pro vero habent. Fateri tamen cogentur, ita demum verum eſſe ſi non ex die reuerſionis & completæ prioris vſucapionis, poſſeſſor iterum vſuceperit. Sed totum hoc vt dixi, ridiculum ac nugatorium eſt. Nulla enim vſucapio noua neceſſaria eſt ei qui completis per negligentiam actoris temporibus vſucapionis cœptæ ſiue ante abſentiam, ſiue in ipſa abſentia factus eſt pleno iure dominus, nec tantùm iure ciuili, ſed etiam quod ad prætorem, euacuato prorſus omni metu reſtitutionis. Longéque alia ſpecies & ratio eſt eius quod affert Accurſius ex *leg. in bello 12. §. ſi quis ſeruum ſupra de captiu. & poſtlim.* Similis & illa quæſtio eſt quam ſubnectit Accurſius. Cur is qui reuerſus eſt reſtituatur ad totum tempus quo fuit abſens, cùm tantùm vltimo die fuerit læſus? Falſum enim eſt quod quæſtio ſupponit pro verò reſtitutionem fieri ad totum tempus quo quis fuit abſens. Fit ſiquidem ad rem ipſam, vt dixi vindicandam vel intra tempus quod ſupererat reuerſionis tempore, dummodò ſubducto eo tempore modico, quod ſubducendum eſſe diximus, vel intra annum vtilem ſi vſucapio completa fuerit ante reuerſionem, *d. l. 3. Codice de in integr. reſtitution. milit.* Nullo igitur caſu ad totum tempus quo durauit abſentia, *dict. leg. vltim. Codice hoc tit.* Nec ad rem facit quod Accurſ. ait, toto illo tempore abſentiæ læſum fuiſſe illum, cuius res interim vſucapta fuit, non ſupremo tantùm vſucapionis die, ex *leg. 3. §. ſupr. de minoribus.* Etſi enim ita eſt, ſatis tamen ſupérque ipſi ſuccurritur cùm ei reuerſo annus vtilis datur ad rem ſuam recuperandam, & vindicandam. Idem quærit ſi quis abſens fuerit primo tantum anno decennij vel vicennij, vel tricennij, an ſit reſtituendus ad illum annum, & an ab initio an tum demum cùm alij omnes anni cucurrerint? Reſpondet autem non priùs quàm totum tempus præterierit, quia nec priùs videri læſus poteſt, ex *l. in cauſa 16. ſupr. de minoribus.* Non malè ſi in præſcriptione ſiue decem, ſiue viginti ſiue triginta annorum locus huic quæſtioni eſſe poſſet. Sed eſſe meo iudicio non poteſt, quia quod attinet ad poſſeſſionem longi temporis, id eſt, decennij inter præſentes & vicennij inter abſentes, certum eſt eius tempora non currere contra eos, qui ex hoc edicto reſtitui poſſunt, ideóque nec in eorum perſona quæri poſſe de in integrum reſtitutione, *l. 3. l. ab hoſtibus 6. & ſeq. C. quib. non obiicit long. temp. præſcr.* Quòd verò pertinet ad præſcriptionem 30. vel 40. annorum, veriſſimum eſt, & apud me indubitatum, licèt interpretes ferè omnes reluctentur, nullam ſiue ex hoc ſiue ex alio edicti capite reſtitutionem aduerſus eam dari vnquam poſſe, vt leges quæ huiuſmodi præſcriptiones introduxerunt rebus non verbis impoſitæ reperiantur, *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. l. vlt. in fin. C. in quib. cauſ. reſt. in integr. non eſt neceſſ.* De vltima quæſtione. An ſi læſio ſit minoris temporis quàm anni, dandus ſit annus integer ad petendam reſtitutionem. Dicemus ad *leg. ſed etſi 26. §. quotiens infr. hoc tit.* Sufficiat totam ferè Accurſij ad hunc §. gloſſam verè ac dilucidè ſi non omnino breuiter confutaſſe.

16. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

NOn enim negligentibus ſubuenitur, ſed neceſſitate rerum impeditis. Totúmque iſtud arbitrio prætoris [a] temperabitur: id eſt, vt ita demum reſtituat [b], ſi non negligentia, ſed temporis anguſtia non potuerunt litem conteſtari [c].

Ad l. Non enim 16.

Pendet hæc lex ex §. *vlt. leg. præced.* ideóque admittit eaſdem dub. & dec. rationes. Iunge quod dicit ſole iura ſcripta eſſe vigilantibus, non dormientibus, *l. quod autem 6. § ſciendum l. pupillus 24. in fin. inf. quæ in fraud. credit.* Et errantibus non ſtultis, *l. regula 9. §. ſi quis ius ignorans de iur. & fact. ignor.* ne alioqui melioris conditionis ſint ſtulti quàm periti, *l. 4. quod vi aut clam.*

a *Arbitrio prætoris.* Ergo Pauli temporibus cuius hæc lex eſt, erat hæc cognitio prætoris. Quod notandum eſt contra eos qui putant reſtitutionem hodie non fieri ex hoc edicto, neque cognitione prætoris, ſed à Principe vel Senatu. Eamque eſſe ſententiam, *l. 5. ſupr. hoc tit.* vbi vide quæ contra ſcripſi.

b *Vt ita demum reſtituat.* Ergo ſi qua vel minima interuenerit negligentia eius qui reipublicæ cauſa abfuit eaque effecerit ne intra tempus quod vſucapioni complendæ ſupererat litem conteſtatus ſit cùm poſſet, nullomodo erit reſtituendus quæ fuit Martini opinio, à nobis in ſuperioribus probata.

c *Litem conteſtari.* Ratio dub. Litis conteſtatio inducit quidem malam fidem, *l. ſed etſi l. 25. §. ſi antè de petit. hær.* ſed non ideò interrumpit vſucapionem, *l. ſi poſt acceptum 18. infr. de rei vindic.* quam nec mala fides ſuperueniens interrumpit, *l. ſi aliena 10. de vſucap. l. vnic. C. de transform. vſucap.* Ergo nihil prodeſt reuerſo quod litem conteſtetur ante completam vſucapionem.

R. dec. Cōpletur quidem vſucap. etiam poſt litis conteſtationem, ſed ita vt nullum cōmodum afferat poſſeſſori, neque damnum priori domino, quia condēnatus quādocunq; poſſeſſor cogitur rē vſucaptā domino reſtituere & quidem cum fructibus tanquam malæ fidei poſſeſſor, adeóque cauere de facto ſuo, *d. l. ſi poſt acceptum.* Quale enim quid eſt cùm petitur tale dari debet, *l. 2. inf. de vſur.* Quòd ſi non de vſucapione tractetur, ſed de actione aliqua temporali cuius dies propemodum exierit durante abſentia, maior erit vtilitas & poteſtas conteſtationis, ad perpetuandam actionem. Perpetuat enim quaſcunque actiones quantumlibet temporales, *l. aliam 29. in fin. de nouat. l. omnes actiones 139. de reg. iur. excepta actione de dolo l. vlt. C. de dolo* Iunge *l. quod fortè 8. & l. finita 15. §. pen. de damn. infect. l. facta 63. §. pen. ad SC. Trebell.*

17. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IVlian. lib. 4. ſcribit, non ſolùm aduerſus poſſeſſorem hæreditatis ſuccurrendum militi, verùm aduerſus eos quoque, qui à poſſeſſore emerunt [a], vt vindicari res poſſint, [b] ſi miles hæreditatem agnouerit [c]: quòd ſi non agnouerit, ex poſtfacto vſucapionem proceſſiſſe [d] manifeſtatur.

Ad l. Iulianus 17.

R. dub. Poſſeſſor hæreditatis vel habet titulū aliquē, vel nullū. Si aliquem, non poteſt conueniri petitione hæred. quia non datur illa actio contra titulo poſſidentem, *l. regul. 9. infr. de petit. hær.* Si verò nullum, non poteſt vſucapere, cùm vſucap. ſine vero titulo non procedat, *l. penult. C. pro hær. l. Celſ. 27. de vſuc.* Ergo nullo caſu poteſt huic legi locus eſſe. Præſertim cùm ex hoc edicto reſtituantur eæ tantùm actiones quæ tempore amiſſæ ſunt, ac proinde quæ temporales fuerunt, *l. 1. ſup.* in quarum numero non erat iure Pandectarum petitio hæreditatis, cùm eſſet non modò ciuilis ſed etiam perſonalis actionis naturam mixtam habens, *leg. hæreditatis 7. Cod. de petit. hæredit.* Ac rurſus ſi non de petitione hæreditatis quæ perpetua olim fuit accipi hæc lex debeat, ſed de vindicatione ſingulari quæ per vſucapionem amittebatur ſimul cum dominio quod ſibi vſucapiens acquirebat. Senſus igitur erit ſi poſſeſſor hæreditatis res hæreditarias ſingulas per ſtatutum tempus poſſederit bona fide, fortaſſis exiſtimans ex falſo rumore perlato vt plerumque fit deceſſiſſe in bello militem qui alioquin prior

in gradu ſuccedendi fuiſſet, vt in *l. cùm mater 28. de inoffic. teſt. leg. vlt. infr. de hær. inſtit.* vel rectè factum teſtamentum quod erat inutile, vel denique ſibi potius hæreditatem deferri cum alius proximior agnatus eum præcederet, quo caſu error quidem iuris eſt, ſed mala fides tamen non ideò vlla eſt, *l. ſed et ſi l. 25. §. ſcire de pet. hær.* atque ita res illa hæreditarias ſingulas vſuceperit quas ante aditam à milite hæreditatem non tam militis quàm nullius fuiſſe certum eſt, *l. 1. de rer. diuiſ. ſupr.* reſtituendum eſſe militem. vt eas res vſucaptas vindicare nihilominus poſſit, quas vtique per petitionem hæreditatis obtinere non poſſet, ſiquidem petitio hæreditatis non includit ea quæ medio tempore ſunt vſucapta, *l. de perditum 1 t. de hæred pet. & d. l. hæreditatis 7. in fin. C. eod.* Atqui ſenſus hic defendi nullomodo poteſt, quia inauditum eſt vt aduerſus hæreditatis poſſeſſorem à quo hæreditas ipſa peti poteſt, & debet, ſingularum rerum vindicatio proponatur, aut vt hæreditatis petitio prætextu vſucaptionis aut poſſeſſionis longi temporis ſummoueatur, *d. l. hæreditatis & l. 1. eo. tit.* Ergo nullam hæc lex poteſt recipere ſatis commodam interpretationem, ſaltem ſi Accurſio & Bartolo credimos, adeò ſe illi intricant vt hinc ſe euoluant.

Ratio decidendi. Cùm Vlp. ex Iul. ponit ſuccurrendum eſſe militi reuerſo aduerſus poſſeſſorem hæreditatis, ſupponit in neceſſarium antecedens læſum fuiſſe militem, qui alioquin non egeret vt ei ſuccurretur. Atqui non potuit lædi in amittenda per lapſum temporis actione petitionis hæreditatis quæ nullo vt diximus tempore amitti olim poterat cùm eſſet perpetua. Ponendum igitur neceſſariò eſt læſum eum fuiſſe in eo quod propter abſentiam ſuam amiſerit ipſam hæreditatem: quàm porrò non magis amittere vllo tempore potuit, ſiquidem ius adeundæ hæreditatis æquè perpetuum olim erat ſi modò fuiſſet delata hæreditas, atque ius ipſum hæreditatem petendi, *l. ſi curat. 9. cum l. præced. C. de iur. delib.* Neceſſe igitur etiam illud eſt, vt læſus fuerit miles in delatione hæreditatis, id eſt, in eo quod per ipſius abſentiam factum ſit ne delata ei fuerit hæreditas, quæ ſi præſens fuiſſet, deferri ei acquirique potuiſſet. At quomodo hoc inquies, cùm hæreditas per legem etiam inuitis nedum ignorantibus deferatur, quamvis extra cauſam neceſſariorum hæredum & ſuorum qui etiam neceſſarij ſunt, non niſi volentibus acquiratur? Reſpondeo ita eſſe vt deferatur hæreditas ſtatim & ignorantibus & inuitis ſi modò legis delatio per delationem hominis non ſuſpendatur. Subſequitur enim lex teſtantis voluntatem, nec alij aut priùs defert hæreditatem teſtamentariam, quàm cui & quo tempore detulit eam teſtator. Illud ergo etiam neceſſariò ponendum eſt ſuſpenſam fuiſſe teſtatoris delationem, quod aliter fieri non potuit, quàm inſtitutione facta ſub conditione. Prius enim eſt vt conditio impleri debeat, quàm vt hæreditas ſub conditione data vllomodo delata eſſe intelligatur, *l. 1. l. 5. leg. ei qui 13. & tot. tit. de condit. inſt.* Neque tamen poteſt videri quis læſus ob id ſolùm quod hæreditas ei nondum delata ſit, quandiu deferri aliquando poteſt, præſertim ſi teſtatoris voluntas illa ſit quæ faciat vt delatio differatur. Tum ergo incipit læſio, cùm hæreditas quæ in eo aliquando fuit, vt deferri poſſet, in ea cauſa eſſe incipit, vt deſinat deferri poſſe. Hoc verò tum demum euenit, cùm deficit conditio ſub qua hæreditas delata fuit. Aut rurſus conditio ſub qua miles inſtitutus fuit, non poteſt ob ſolam ipſius abſentiam deficere, niſi ponas conditioni inſertum fuiſſe tempus intra quod impleri eam oportuerit, & poſt quod elapſum impleri ampliùs ea non poſſit. Ex eo namque tempore præterito non poteſt deferri amplius hæreditas, cuius delatio nedum acquiſito implementum conditionis præſupponit. Exinde igitur incipit læſio, & quidem ob abſentiam cauſa reipubl. ac proinde iuſta cauſa & materia reſtitutionis, *l. ſi quis Titio 41. infi. h. t.* Exemplum vulgare eſſe poteſt ſi ponas militem inſtitutum ſub ea conditione, *ſi intra centum dies proximos à die mortis hæreditatem adierit*, quæ erat formola continuæ cretionis, non adiectis verbis illis quæ in alia cretionis ſpecie adijci ſolebant, *quibus ſcieris poterisque*, quæ adiectio faciebat dies cretionis vtiles qui alioquin cõtinui fuiſſent, vt Vlp. tractat in fragmen. *tit. 22. qui hær. inſt. poſſ.* Quanquam nec aliud erit ſi ponas aliam fuiſſe conditionem quamlibet, dummodò poteſtatiuam vt loquûtur & quæ habuerit certum tempus. Illud enim generale ac perpetuum eſt in omnibus conditionibus, quæ tempus aliquod habuerũt, vt poſt id tempus impleri non poſſint *l. 3. §. et ſi hær. ſup. de min.* ne quidem fauore libertatis, *ſup. ſup. l. Thais 41. §. intra cert. temp. 12. de fid. libert.* Hoc igitur caſu non eſt verendum ne poſſeſſor hæreditatis à milite conueniatur ea actione, quam hæreditatis petitionem appellamus, cùm ea actio non alij poſſit competere quàm hæredi. Hæres autem nec ſit nec eſſe poſſit miles qui cõditionem ſub qua fuit inſtitutus implere amplius nõ poteſt. Proinde neceſſaria militi reſtitutio eſt, nec minùs aduerſus poſſeſſorẽ ipſum hæreditatis ſingulas vſuceperunt, ſed non ad hoc vt poſſit vel hæreditatis inſtituere petitionẽ vel vindicationẽ, at potius vt poſſit hæres fieri implendo conditionẽ & agnoſcendo hæreditatem. Hoc enim facto ſicut dubitari non poterit quin ſit hæres: ita neque quin poſſit agere & petitione hæreditatis perpetua contra poſſeſſorem hæreditatis, ea vindicatione contra poſſeſſores rerum ſingularum. Et ita locum hunc accipiendum eſſe apparet etiam ex eo quod ſubiicitur, in *l. ſeq.* quaſi continuatiuè *eum quoque* de illo cui aliquid legatum fuerat, *in annos ſi ſingulos quibus Italiæ eſſet*, quo caſu ait Vlp. poſt Iul. in eodem libro, conditionem in cauſa eſſe vt ſit neceſſarium auxilium prætoris, quamuis nullius actionis dies exierit qui nec exire potuit quia nec incepit, vt intelligamus idem quoque ſenſiſſe Iul. in hac ſpecie de qua nunc tractamus, id eſt, in conditionali inſtitutione quod in conditionali legato, ſcilicet vtroque caſu neceſſarium eſſe militi reuerſo auxilium reſtitutionis non quaſi exierit dies petitionis hæreditatis aut legati quæ perpetua fuiſſet vbi ſemel competere cœpiſſet, ſed quia deficiens conditio quæ impedit natiuitatem, vt ita dicam actionis, æquè lædit militem, atque læderetur ille per lapſum temporis durante abſentia ſi qua actio iam nata fuiſſet cuius dies interim præteriiſſet. Ergo propter conditionẽ non propter actionis amiſſionem. Nec enim amitti potuit actio quæ nonquam competiit, *l. Titio vſusfructus 96. de condit. & demonſt. l. non poteſt videri 208. de reg. iur.* Præſenſit quidem hanc noſtram interpretationem Accurſius & poſt eum Bartolus, eamque vterque attigit, ſed ita vt diuinantibus magis quàm docentibus ſimiles videri poſſint. Erat igitur hæc propria & germana ad totam hanc legem, id eſt, etiam ad *§. ſeq.*

Ratio dubitandi. Quòd ex edicto ipſo prætoris ſuccurratur iis qui actionem aliquam, vel quid aliud ex bonis ſuis propter abſentiam amiſerunt, *l. 1. ſupr. l. prox. ſeq. & paſſ. h. t.* Atqui neque actionem neque hæreditatem aut aliud quidpiam videri poteſt amiſiſſe miles qui non acquiſiit hæreditatem præſertim nunquam ſibi delatam cùm abſurdum ſit dicere in bonis noſtris vllam eſſe hæreditatem priuſquàm fuerit nobis acquiſita, *l. pretia rerum 63. in fi. princip. ad l. Falc.* Ergo neque ad hoc edictum miles hic pertinet. Maximè cùm ſpeciale ſit in minoribus vt iis in lucro quoque ſubueniatur, *l. ait prætor 7. §. hodie & ſeq. ſupr. de minor.* Reſtituitur. autem propter lucrum potius quàm propter damnum is qui ad hoc reſtituitur vt poſſit adire hæreditatem quam prætermiſit. Nec enim pauperior fit qui hæreditatem quantumlibet lucroſam non acquirit, ſed acquirendi tantùm cauſam amittit, quod longè diuerſum eſt, *l. quod autem 6. in princip. & §. 1. quæ in fraud. credit. iunct. leg. Proculus 26. in fin. de damn. infect.*

Ratio

Ratio decidendi. Non ſuccurritur quidem maioribus in lucrum hactenus, vt lucrum quod ſemel abiecerunt repetere vnquam poſſint quomodo minores poſſunt, quaſi qui per facilitatem quid fecerint ſed tamen ſi propter abſentiam ſuam amiſerint lucri alicuius capiendi occaſionem cùm negari non poſſit hoc quoque damnum eſſe qualequale, non minùs æquum eſt, iis ſuccurri ad lucrum illud repetendum, quàm ſi rei iam ſuæ iacturam aliquam incurriſſent. Omnino enim neceſſe eſt, in eam cauſam eos reſtitui in qua eſſent ſi reipubl. cauſa non abfuiſſent. Alioqui non erit abſolutè ac ſimpliciter verum, damnoſam iis non fuiſſe abſentiam ſuam, quæ tamen nullatenus damnoſa iis eſſe debet, cùm quod auxilium merentur minores læſi propter ſuam facilitatem, illud ipſum mereantur etiam maiores propter iuſtam abſentiam. Niſi quod plenius interdum eſt auxilium reſtitutionis minorum, vt in *lege vltim. ſuprà de reſtitut. in integr.* Denique hoc auxilium datur omnibus, qui conqueruntur ſe læſos rei duntaxat perſequendæ gratia ſiue eam rem perſequi velint quam in bonis aliquando habuerunt, ſiue eam quam habuerint nunquam ſi modò habere potuerunt, etiamſi in lucro id futurum ipſis ſit, dum ne lucrum illud capiant ex alterius pœna vel damno, vt ſcriptum eſt ex Paulo in *leg. ſeq.* longe *leg. ſiue 27. leg. ſi quis Titio 14. leg. ſi quis ſtipul. 43. infr. hoc tit.* Ex qua lege apparet non tam reſtitui hoc caſu actionem quæ nulla vnquam fuit, quàm nouam introduci.

a . *Aduerſus eos quoque qui à poſſeſſore emerunt.* Ratio dubitandi. Res hæreditariæ ab emptoribus vſucaptæ nunquam militis fuerunt, quia iacente hæreditate in bonis fuerunt nullius, *leg. 1. ſuprà de rerum diuiſ.* & hæreditatis accuſatio ſola illa eſt, quæ facit hæredis res ſingulas, *leg. ei qui 13. de condic. inſt.* iunct. *leg. legat. 80. de legat. 2.* Ergo non poteſt aduerſus emptores reſtitui miles tanquam læſus cum nihil ex bonis ſuis amiſerit, *leg. 1. ſuprà, hoc tit.*

Ratio decidendi. Non fuit quidem læſus principaliter, ſed fuit per conſequentias, quia ſi Romæ fuiſſet conditionem inſtitutionis impleret atque ita ſibi hæreditatem, & cum hæreditate res omnes hæreditarias acquirere potuiſſet: quod ſi factum eſſet poſſeſſores qui hodie propter vſucapionem domini reperiuntur, nec emiſſent, nec vſucapiendi cauſam vllam habuiſſent. Ergo cùm plena reſtitutio facienda ſit, & ita ne qua vlla in re poſſit conqueri miles abſentiam ſuam cauſa reipubl. fuiſſe ſibi damnoſam, non ſufficit reſtitui militem aduerſus poſſeſſorem hæreditatis quod parum eſſet, iam fortè diſtractis per eum rebus omnibus hæreditariis, ſed perinde ſuccurri ei oportet aduerſus ſingularum quoque rerum poſſeſſores, vt non tantùm hæreditatem petere poſſit ab hæreditatis poſſeſſore (qua actione res alienatæ, & vſucaptæ non continerentur, ſed earum tantùm pretia ſi vel malæ fidei poſſeſſor fuiſſet, vel ſi cum bona fide vendidiſſet locupletior ex pretio factus non fuiſſet. *leg. item veniunt 20. §. vltim. & lege ſequent.* iunct. *leg. Sed etſi 25. §. item ſi rem 17. infr. de petit. hered.*) Verùm etiam res ſingulas quamvis iam à poſſeſſoribus vſucaptas. Dices in propoſita ſpecie poſſeſſorem hæreditatis fuiſſe in bona fide, cùm hæreditas non poſſet eſſe militis, cui nec delata vnquam fuiſſet propter conditionem adſcriptam à teſtatore ſiue iam defectam ſiue nondum impletam. Non poſſe igitur à milite reuerſo conueniri poſſeſſores, quippe qui regreſſum eſſent habituri contra venditorem, quem tamen conſtat non teneri ob res quas bona fide vendidit, ſi non ex earum pretio locupletior factus probetur, *dicta, §. item ſi rem.* Reſpondeo in propoſita ſpecie non eſſe verendum ne emptores regreſſum habeant contra venditorem cùm actionem de euictione nunquam habuerint, qui non tantùm à poſſeſſore ſed etiam à domino emerunt. Ponimus enim poſſeſſorem fuiſſe vel ſubſtitutum vel agnatum proximum ad quem pertinuerit hæreditas milite per conditionis defectum excluſo qui fuerat ſub conditione inſtitutus. Nullam autem de euictione actionem habet is qui emit à domino, niſi res poſteà euincatur per reſtitutionem in integrum cui cauſam dederit factum venditoris, vt cùm quis rem quam vendidit, priùs emerat ab eo quem ſciuit, aut ſcire debuit, poſſe in integrum reſtitui putà à minore, vt in ſpecie, *lege planè 15. ſuprà de minor. leg. minor. 39. de euiction.* Quod non euenit in reſtitutione, quæ fit ex hoc edicto. Habet enim cauſam planè extrinſecam & aduentitiam, quam à venditore non magis æquum eſt, præſtari quàm fortuitos caſus euictionis poſt venditionem contingentes, *leg. Lucius, eodem titulo de euictionibus.* Quod ſi talem poneres fuiſſe poſſeſſorem qui dominus, & hæres eſſe non potuiſſet, fortè nec agnatus proximus, nec ſubſtitutus, ſed qui tamen errore aliquo, ſiue iuris, ſiue facti, agnatum ſe proximum aut ſubſtitutum eſſe crederet, vt in *l. ſed etſi 25. §. ſcire de petitione hereditatis:* adhuc tamen faceret alia ratio ne de euictione conueniri poſſet, quia nimirum actio de euictione perſecutam in perſona emptoris vſucapionem amitteret, *leg. qui alienam. 54. infra de euiction. leg. ſi obligata 19. Codice eodem, lege Iulianus 47. §. 1. mandat. leg. ſi qui alienum 60. de ſolution.* Quæ ratio perinde locum habet, tum quoque cùm is, qui vendidit dominus fuit, non quaſi poſſit vſucapi res, quæ emptori pleno iure quæſita iam fuit, *lege quarta §. lana, de vſucap.* Sed quia non debet eſſe deterior conditio illius qui rem ſuam vendidit, quàm ſi alienam vendidiſſet, quando præteritum eſt tempus quo potuiſſet res vſucapi ſi aliena fuiſſet, vt in ſpecie, *lege in bello 12. §. ſi quis ſeruum de capt. & poſtlim.* Quanquam facilè putarem non aliter audiendum hoc caſu militem reſtitui volentem aduerſus emptores, quam ſi paratus eſſet præſtare iis actiones, quas haberet contra venditorem eundémque ſiue bonæ, ſiue malæ fidei poſſeſſorem, id eſt, vel ad totum pretium vel ſaltem ad id quo ille locupletior factus eſſet. Cui non enim æquum hoc videatur, id ſaltem eum præſtare cogi, quod ſine vllo ipſius diſpendio aut incommodo ſit futurum? *lege in creditore 38. in fin. de euiction.* Vt omnium prætoris beneficium in danda militi reſtitutione, quanto minùs fieri poterit capiatur ſi aut venditori, quem ipſa iuris ratio propter ſecutam vſucapionem ab euictionis periculo vtrúque liberauit, aut etiam emptori quem eadem ratio iuris, & poteſtas vſucapionis fecerat ipſo iure ſecurum. Alioqui eueniet hoc caſu in necem emptoris, & fauorem venditoris illud ipſum, quod è contrario poteſt euenire, & euenit nonnunquam fauore emptoris, & in necem venditoris, cùm emptor alicuius legis beneficio pretium debere deſiit, & emptor rem à ſe venditam iam tradidit (nondum enim traditam, vt traderet cogi non poſſet.) Rem enim ipſam venditor æquè ac pretium amittit, vtpote cùm ei rem petenti poſſit emptor obiicere rei venditæ, & traditæ exceptionem. Itaque venditor eo caſu boni, & æqui conſulere debet, quod perinde habeantur omnia ac ſi emptori; neque vendidiſſet quicquam neque tradidiſſet, quo caſu nihil eſſet, quod vel de pretij ſolutione tractari poſſet, vel de petitione rei venditæ, quæ vendita nulla fuiſſet, qui ſenſus eſt, *lege bona fides 50. de action. empt.* Sic ergo & in propoſito eueniet in contrarium, vt euicta re per hanc in integrum reſtitutionem nullus emptori contra venditorem regreſſus dandus ſit, ac perinde habenda omnia ac ſi nihil venditum fuiſſet, in qua ſpecie nihil de euictione tractari poſſet. Neque verò iniquum hoc videri debet ac contra bonam illam fidem, quæ in emptionis contractu maximè dominatur. Id enim duntaxat iniquum eſt ſi aut emptor, aut venditor & rem, & pretium retineat, quod ne quidem per conuentionem expreſſam fieri poſſet, *leg. exempta 11. §. vltim. eod. titulo.* At cùm non niſi alterutrum habet aut emptor aut venditor, licèt vtroque alius careat, dum ne ob factum ad-

uerſarij cui aliquid poſſit imputari, nulla ex eo iniquitas emergit, *dict. leg. bona fides*. Et hæc meo iudicio vera huius loci ſententia ratióque eſt. Quam niſi probare velis. Dicam, quod vnum neceſſariò dicendum ſupereſt, non eſſe locum ſenatuſconſulto, de quo in *lege item veniunt* 20. §. *ait ſenatus*, & in *dict. leg. ſed etſi* 25. *de petit. hæred.* Aduerſus eum, qui petit hæreditatem per auxilium reſtitutionis in integrum, ſiue ex hoc, ſiue ex alio vllo capite edicti: Hoc eſt poſſeſſorem hæreditatis quantumlibet bonæ fidei ſit condemnandum eſſe hoc caſu, vt reſtituat non ſolùm quicquid ita percepit, vt ex eo factus ſit locupletior, ſed etiam quicquid bona fide conſumpſit, adeóque quod potuit percipere, & quod actor ipſe percepiſſet ſi læſus non fuiſſet. Id enim ſonat ipſum nomen, & poteſtas reſtitutionis, quæ alioqui plena non erit qualis eſſe debet, ſi non omne damnum actori ſarciatur. Impetrata ſiquidem reſtitutione in integrum quæ ex actoris non ex poſſeſſoris perſona æſtimatur, non tam illud inſpiciendum eſt, quid poſſeſſorem reddere, quàm quid actorem habere æquum ſit, & cùm alterutrum in damno morari oporteat, ſi poſſeſſor locupletior factus non ſit, minùs abſurdi eſt, in damno morari poſſeſſorem qui conuenitur, quàm actorem qui vel ob hoc ipſum reſtituitur ne damnum vllum patiatur. Vnde eſt quod dicimus: cum qui emit rem minoris licèt bona fide emerit, adeóque ſi voles interpoſito decreto etiam illo caſu quo decretum alioqui neceſſarium non eſſet, condemnari debere, vt fructus omnes minori quandocunque reſtituto reddat, quoſquos & percepit, & percipere potuit, *lege patri* 27. §. *prædium, ſuprà de minor. leg. vltim. Codice, de reput. quæ fiunt in iudic. in integrum reſtit.* Cùm tamen certum ſit in iudicio vindicationis non eſſe condemnandum poſſeſſorem ad reſtitutionem conſumptorum fructuum niſi ex die litis conteſtatæ, *leg. cert.* 22. *Codice, de rei vindicat. cum ſimilibus*, de quo ſcripſi in prima parte Chiliadis, *De error pragmat.* Et ſanè verba Senatuſconſulti de quo in *dicto*, §. *ait Senatus*, cùm diſtinguant an res hæreditariæ deperditæ ſint, id eſt, vſucaptæ, necne, quomodo Vlpianus diſtinguit, in *dict. leg. ſed etſi* 25. §. *item ſi rem*. Oſtendunt ſatis non de illo caſu Senatum ſenſiſſe quo hæreditatem peteret, is qui in integrum reſtitutus eſſet: Fauor enim & æquitas reſtitutionis diſtinctionem hanc tollit, cùm non minùs reſtituendus ſit miles aduerſus vſucapionem quàm aduerſus non implementum conditionis ob lapſum temporis intra quod impleri conditio debuit: Proinde tollit etiam illam aliam diſtinctionem, an emptor regreſſum aliquem aduerſus venditorem habere poſſit necne. Nihil enim ea res pertinet ad eum qui læſus fuit, quique omnimodo reſtituendus eſt. Neque verò eadem ratio eſt, conſulendi bonæ fidei poſſeſſori aduerſus militem reuerſum, qui in integrum ex hoc edicto reſtitutus petit hæreditatem, atque contra eum qui iure communi, & ordinario petit. Quid enim poſſis imputare ei qui ideò paſſus eſt hæreditatem poſſideri, ex eaque fructus à poſſeſſore percipi, quòd hæreditatem, neque adire, neque petere potuerit, quandiu abfuit reipublicæ cauſa? At ei qui non abfuit hoc ipſum poteſt imputari, cur vel ius ſuum tamdiu ignorauerit, aut ſi ſciuit, cur non citiùs egerit, denique cur diligentior non fuerit in iure ſuo vel perquirendo, vel perſequendo. Magis enim ſuam moram, & negligentiam ei nocere conuenit, quàm bonæ fidei poſſeſſori, qui non id valdè curauit, vt ex fructibus locupletior fieret, aut ex pretio rerum venditarum, cùm ſe abuti re ſua exiſtimaret. Hæc verò nec Accurſ. intellexit.

c *Vt vindicari res poſſint.* Scilicet per reſciſſoriam, & eo colore quaſi res iſtæ non fuerint à domino venditæ, non etiam quaſi non fuerint vſucaptæ, ſi poſſeſſor qui vendidit hæres, & dominus fuit, non indiget ſiquidem emptor vſucapione, *lege* 4. §. *lana, de vſucap.* Planè, ſi dominus non fuit, neceſſaria erit emptori vſucapio, & hoc caſu dabitur militi reuerſo reſciſſoria ad res iſtas vindicandas, quaſi non fuerint vſucaptæ, §. *rurſus Inſtit. de actionib.*

d *Si miles hæreditatem agnouerit.* Poſtquàm nimirum fuerit reſtitutus ad implendam conditionem cuius tempora abſente ipſo exierunt.

e *Ex poſtfacto vſucapionem proceſſiſſe.* At contra quem? An fortè contra militem? vt putat Accurſius. Atqui nihil poteſt intereſſe militis, qui hæreditatem non agnouit, quòd vſucaptæ ſint res ad eam hæreditatem pertinentes, quas, etiamſi vſucaptæ non fuiſſent non eſſet ipſe nunc habiturus. An ergo contra quemlibet alium hæredem? Atqui in *leg. neceſſe eſt*, cùm emptores facti ſint domini emendo rem ab eo qui venditionis tempore hæres, & dominus erat, ſi ponas quod ſuprà poſuimus fuiſſe illum ſubſtitutum, aut agnatum proximum ad quem hæreditas pertinuerit milite iam per conditionis defectum excluſo. Quod ſi ponas fuiſſe malæ fidei poſſeſſorem, multò minùs dicendum erit vſucapionem contra eum proceſſiſſe quæ nunquam procedit niſi contra dominum. Ei namque ſoli nocet cui dominium adimit. Ergo ei ſoli qui dominus fuit. Procedet igitur contra verum hæredem. Sed de hoc nullum in lege verbum nec ponimus alium, quàm militem petere hæreditatem. Ac rurſus ſi ponas alium fuiſſe harum rerum dominum, quàm eum de cuius hæreditate agitur, ac proinde non eſſe res verè hæreditarias, nihil planè intererit an hæreditatem miles agnouerit necne. Ob idque ridicula erit diſtinctio quæ hìc ab Vlpiano adhibetur, cùm illo etiam caſu quo miles agnouerit hæreditatem, neceſſaria ſit ei ipſi vſucapio ſiue pro hærede ſiue pro alio titulo ad res iſtas acquirendas, & vindicandas, *leg. penultim. & vltim. infrà, pro hæred.* Nec præterea verum eſt ex poſtfacto manifeſtari vſucapionem proceſſiſſe. Nam & eo caſu quo miles hæreditatem agnouerit, verum tamen eſt proceſſiſſe vſucapionem, ideóque nimirum fictione, & auxilio prætoris opus eſt, vt fingatur non proceſſiſſe, *dict.* §. *rurſus, Inſtit. de action.* Non igitur ex poſtfacto apparet an proceſſerit, neque poteſt hæc res cenſeri ex earum numero in quibus quid antè fuerit niſi ex poſtfacto sciri non poteſt, de quibus in *leg. qui res* 98. §. *rem autem infrà de ſolution. lege huic ſcripturæ* 15. *ad leg. Aquil.* Sed potius ſcribi debuerat negatiuè. Illo caſu quo miles hæreditatem agnouerit, non manifeſtari ex poſtfacto quod vſucapio non proceſſerit. Ceſſante enim reſtitutione omnia in ſuo ſtatu manent. Is porrò ſtatus fuit, vt ſi poſſeſſor dominus non fuiſſe probetur, quod neque militi ſubſtitutus eſſet, neque agnatus proximus non poſſit dubitari quin res vſucaptæ ſint. Nam neque reſtitutio faceret vt non eſſent vſucaptæ, ſed vt pro non vſucaptis haberentur, *dict.* §. *rurſus*. Itaque vt concludam, & dicam quod ſentio totus hic verſiculus mihi valdè ſuſpectus eſt, ſaltem ab illis verbis, *quòd ſi non agnouerit*, videtúrque interpreti potiùs, quàm Vlpiano aut Iulio adſcribendus. Nam cùm tractaretur de milite reuerſo, & petente reſtitutionem, quid obſecro attinebat caſum illum proponere, ſi miles hæreditatem non agnouiſſet? Aut quid dubij incurrere poterat, quin ſecuri eſſent emptores, qui vel à domino emiſſent vel vſucepiſſent, nemine præſertim controuerſiam iis faciente? Poſtremò cùm prior ille caſus agnitæ per militem hæreditatis, det ei vindicationem vtilem, & reſciſſoriam tum quoque, cùm emptores à vero hærede ac domino emerunt, nulla reſcindendæ aut reſciſſæ vſucapionis facta mentione de qua nec tractari hoc caſu poteſt, Cur in contrarium caſum non agnitæ per militem hæreditatis loquitur Vlpianus de ſola vſucapione, & prætermittit eam ſpeciem in qua nihil de vſucapione ſit tractandum, id eſt, ſi poſſeſſor hæreditatis fuerit verus hæres & dominus? An verò in hac quoque ſpecie dicemus ex poſtfacto apparere dominium fuiſſe ab initio emptoribus acquiſitum? Atqui iam inde ab initio id apparet, nec poteſt reſtitutio

facere,

facere, vt non ſtatim dominium in emptores tranſeat, ſed facit tantum vt pro eo habeatur, ac ſi non tranſiiſſet. Eſtque hic valdè ſingularis caſus ac fortaſſe vnicus in quo datur reſciſſoria etiam ad eas res vindicandas, quæ nunquam vſucaptæ fuerint, ſed à vero domino venditæ. Proprium enim actionis reſciſſoriæ eſt, vt in ea fiat mentio vſucapionis, *dict. §. rurſus*. Quæ res facilè potuit decipere interpretem cui adiectionem iſtam adſcribimus. Rectè ſanè præcedentia illa, *vt vindicari res poſſint* generaliter ac indiſtinctè prolata ſunt nulla vſucapionis facta mentione, vt poſſent complecti vtrumque caſum quem adnotatio noſtra ad ea ipſa verba obſeruauit. Niſi quod mallem ſcriptum eſſe, *vt vindicare res poſſit*. Illa ſanè adiectio & conditio, *ſimiles hereditatem agnouerit*, prorſus ſuperuacua & inepta eſt, cùm non de alio milite ſint præcedentia, quàm de petente reſtitutionem. Ad quid verò niſi ad acquirendam hæreditatem? Taceo quod verbum illud *manifeſtatur*, parum frequens eſt prudentibus noſtris.

1 ¶ Eum quoque cui ſic legatum ſit, *vel in annos ſingulos quibus in Italia eſſet*: reſtituendum, vt capiat, atque ſi in Italia fuiſſet [a], & Labeo ſcribit, & Iulianus libro quarto, & Pomponius libro trigeſimo primo probant: non enim dies actionis exiit, vbi prætoris auxilium neceſſarium erat, ſed conditio in cauſa eſt.

Ad §. 1. Eum quoque.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ à nobis allata eſt ad initium huius legis. Illa nimirum dubitandi, quod ex edicto prætoris ſuccurratur iis demum, qui vel actionem aliquam, vel quid aliud ex bonis ſuis amiſerunt, *leg. 1. & paſſ. ſuprà, hoc titulo*. Atqui neque actionem, neque vllam rem ſuam amiſit miles, qui legatum conſecutus ideò non eſt, quod eius conditioni non paruerit. Nec enim actio amitti potuit priuſquàm competeret, nulla autem actio competit, pro legato conditionali ante impletam conditionem, *leg. ei cui 42. de oblig. & action. lege cedere diem 213. de verbor. ſignificat.* Hoc porrò legatum *in annos ſingulos quibus in Italia erit* duplicem conditionem habet. Vnam tacitam ſi viuet, *leg. ſi in ſingulos. 4. de ann. legat.* Alteram expreſſam *ſi erit in Italia*. Quarum vnam impleri non ſufficit niſi, & altera impleatur, vt legatum debeatur, *lege ſi hæredi 5. de condit. inſtitut.* Ergo nihil amiſiſſe videri poteſt legatarius cui nunquam ius petendi huius legati quæſitum fuit, *l. non poteſt videri 208. de reg. iur.* Proinde ad hoc edictum non pertinet.

Ratio decidendi. Edictum quidem prætoris hoc caſu locum non habet, quod ad verba pertinet, quia neque vſucaptum quicquam fuit; neque vllius actionis dies exiit vt prætoris auxilium neceſſarium ſit, ſed habet tamen locum quod ad mentem & ſententiam edicti, quia prætoris officium eſt, vt hoc quoq; caſu introducat vtilē actionem, *l. ſi quis ſtip. 41. inf. h. t.* Ne in dãno moretur is qui reip. cauſa abfuit. Quid enim effectu ipſo intereſt, an lapſus temporis ademerit, ei temporalem actionem iam competentem. At verò defectus conditionis competituram impedierit? Niſi quod priore caſu reſtitui poteſt, & debet actio quæ aliquando competiit. Poſteriore verò non reſtituitur, ſed noua introducitur, quod prætori difficilius non eſt, quamvis à verbis edicti ſit alienius. Conditio igitur hoc caſu in cauſa eſt, vt prætoris auxilium ſit neceſſarium ſi non ad reſtituendam ſaltem ad inducendam actionem. Et hoc eſt quod lex ait *reſtituendum vt capiat*, non autem vt amiſſam actionem recuperet quæ nulla fuit, vt bene Accurſius interpretatur, ac longè melius quàm Martinus.

a *Atque ſi in Italia fuiſſet.* Ratio dubitandi. Non ſtetit per militem quominùs fuerit in Italia, ſed ſtetit per abſentiam ipſius qui fuit neceſſaria, & reipublicæ cauſa. Ergo conditio debet haberi pro impleta, *leg. ſi quis ita 8. lege illis libertis 84. de condit. & demonſtr. qui quatuor 30. §. vxori de l. 3.* Proinde nulla indiget reſtitutione.

Ratio decidendi. Vt conditio pro impleta habeatur, non ſufficit quod non ſtet per eum qui implere debet, niſi etiam illud concurrat, vt per alium ſtet, & quidem cuius intereſſet non impleri, *lege iure ciuili. 24. de condit. & dem. leg. 1. §. ſi reus. de eo per quem fact. erit. leg. in omnib. cauſ. 39. de regul. iur.* Hic autem non ſtabat per hæredem quominùs conditio impleretur, cuius tamen ſolius intererat non impleri, vt legatum non deberetur. Ergo non habetur pro impleta, & conſequenter deficit atque ita facit ne legatum peti poſſit. Reſtitutio igitur neceſſaria eſt. Nec dicendum eſt cum Bartolo reſtringendam eſſe huius §. ſententiam ad eum caſum quo legatum fuerit relictum militi in fauorem alterius, vt in *leg. Seio 10. de ann. legat. & dict. leg. illis libertis*. Nam præter id quod ea interpretatio commentitia eſt, illud etiam conſtat nullam ſubeſſe cauſam reſtituendi militis, vt alteri quàm militi commodum quæratur, niſi cùm id fit per conſequentias, vt in ſpecie. *leg. ſi quis Titio 41. infrà hoc tit.* Facit *l. 3. § ſed verùm. l. cum mand. 23. ſupr. de minor.* longe *l. prox. ſeq.*

28. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

SCiendum eſt, quòd in his caſibus reſtitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat perſequendæ gratia quæruntur: non cùm & lucri faciendi ex alterius pœna, vel damno, auxilium ſibi impertiri deſiderant.

Ad leg. Sciendum. 18.

Ratio dubitandi. Datur hæc reſtitutio etiam ei qui nihil ex bonis ſuis amiſit ſi lucratus non ſit, *leg. ſiue 27. lege ſi quis Titio 41. lege ſi quis ſtipulatus. 43. infrà, hoc titulo.* Eiúſque rei exempla duo propoſita ſunt, in *leg. prox. præced.* Ergo etiam lucri faciendi cauſa reſtitutio hæc datur.

Ratio decidendi. Non ait hæc lex ſimpliciter non eſſe dandam huiuſmodi reſtitutionem lucri faciendi gratia, ſed addit *ex alterius pœna vel damno*, vt appareat extra hunc caſum quo lucrum quis captet ex pœna, & damno alterius, reſtitutionem fieri etiam ad lucrum ex hoc edicto. De præda enim ſollicitus eſſe videtur, is qui lucrum captat ex damno alieno, quod nec in pupilli perſona æquum videri poteſt, *lege ſi minoris 25. in fin. de adminiſtr. tutor. leg. ſi fundus. 13. in fin. de rebus eor.* Dices non poſſe fieri vt quis reſtituatur, quin ea reſtitutio alterius damno cedat, ita ſcilicet conſtitutis per diuinam prouidentiam rebus humanis, vt quemadmodum in naturalibus generatio vnius corruptio eſt alterius, ſic & in negotiis hominum vix lucrum captare vllum quiſquam poſſit, quin alius damno aut incommodo aliquo afficiatur. Reſpondeo fieri facilè poſſe, vt lucrum quis ſentiat, nec tamen alij vlli damnum irroget, quamvis ei occaſionem alicuius lucri eripiat. Eſt enim longè aliud

lucri

lucri occaſionem eripere. Aliud verò damnum irrogare. Nunquam prætor dat reſtitutionem vt alteri damnum irrogetur, ſed dat tamen ſemper vt lucrum alteri eripiatur, quod non haberet hodie ſi is qui reſtitutionem petit læſus non fuiſſet. Itaque nulla in eo iniuria eſt.

19. PAPINIANVS lib.3. Quæſtionum.

DEnique ſi emptor priùs, quàm per vſum ſibi acquireret [a], ab hoſtibus captus ſit: placet interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui: quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit: poſſeſſio autem plurimum facti habet: cauſa verò facti [b] non continetur poſtliminio.

Ad leg. Denique. 19.

Ratio dubitandi. Vſucapio non facti eſt, ſed iuris cùm ſit vnus ex modis ſex acquirendi dominij iure Quiritium, vt refert Vlpian. in *fragm. tit. 19. De acquiſit. rer.* Ergo nihil impedit quominùs etiam ad vſucapionem, ſicut ad cætera omnia quæ ſunt iuris fictio poſtliminij porrigatur. Et porrigi ſcriptum eſt, in *leg. ait prætor 23. §. hi planè, infrà, hoc titulo, lege iuſto 44. §. vltimo, de vſucap.*

Ratio decidendi. Vſucapio ſine poſſeſſione eáque continua procedere non poteſt, *lege ſine poſſeſſione 25. eod. tit. tit.* Atqui poſtliminij fictio non poteſt trahi ad poſſeſſionem quia poſſeſſio plurimum facti habet, *leg. 1. §. ſi vir vxori. de acquir. poſ.* cauſa verò facti non continetur poſtliminio, *leg. in bello. 12. §. facti autem cauſa, infrà de capt. & poſtlim.* Ergo ad cauſam vſucapionis trahi non poteſt fictio poſtliminij, ſcilicet in perſona captiui ab hoſtibus reuerſi. Hoc enim addo, quoniam ex perſona filijfamilias vel ſerui, cuius dominus aut pater apud hoſtes fuit, poteſt inchoari vſucapio ad ipſius patris, aut domini vtilitatem ſi modò ex cauſa peculiari cœperint poſſidere, quia cùm non ſint ipſi in hoſtium poteſtate, nihil vetat eos poſſidere, atque ita ex eorum perſona dominum aut patrem vſucapere etiam ignorantes, quia etſi in ciuitate eſſent, non tamen ſcientia ipſorum eſſet neceſſaria, *d. l. iuſto. §. vlt. & d. §. hi planè.*

a *Per vſum ſibi acquireret.* Ita videtur emendaſſe Tribonianus, cùm ſcripſiſſet Papinianus, vt credibile eſt *priuſquàm vſucaperet*, ſicut & in ſequentibus haud dubiè ſuſtulit nomen vſucapionis, vt reponeret nomen poſſeſſionis in illis verbis, *Placet interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui*, quod apertiſſimè conuincitur ex iis quæ ſequuntur, *quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit.* Quis enim credat tam inſulsè locutum eſſe Papinianum, vt ſcripſerit Poſſeſſionem ſine poſſeſſione non conſiſtere? Sed non eſt nouum Triboniano hoc accidiſſe, quod aliàs ferè ſemper accidit, quoties veterum ſcripta emendat, vt non ſatis obſeruet ea quæ præcedunt aut ſequuntur, an emendationi cógruant an repugnent. Quod & ab eo factum oſtendimus, in *leg. Iulianus 17. in princ. ſuprà, hoc titulo, & in leg. cùm miles 30. infrà eod.* Dixit ergo hîc Tribonianus *poſſeſſionem*, ſcilicet longi temporis pro vſucapione, reſpiciens nouam Iuſtiniani conſtitutionem, quæ vſucapionem in longam poſſeſſionem transformauit in *lege vnic. Codice, de vſucap. transform.*

b *Poſtliminio non reſtitui.* Ratio dubitandi. Poſſeſſio etiam animo retineri poteſt, *leg. licet 4. Codice, de acquir. poſ.* Ergo captiuitas non poteſt impedire quominùs is qui captus eſt, poſſeſſionem ſuam continuet. Proinde non indiget captiuus ab hoſtibus reuerſus vlla fictione poſtliminij ad vſucapiendum, id quod poſſidere cœperat, priuſquam abeſſet à ciuitate.

Ratio decidendi. Poſſidere eſt ſibi habere, & animo domini, vt Theophylus definit. Fieri autem nequit, vt quicquam ſibi & animo domini poſſideat is qui ſuus non eſt, quique ab alio poſſidetur, *leg. homo liber 54. §. vltim. de acquir. rer. dom. leg. ſic eueniet. 21. infrà, ad leg. Iulianam de adult. leg. qui in ſeruitute 118. de regul. iur.* Ergo nec illud fieri poteſt, vt qui apud hoſtes captiuus, & eorum ſeruus eſt quicquam poſſideat, & vſucapiat, *leg. ait prætor 23. §. is autem, infrà, hoc titulo.* Is demum enim poſſeſſionem animo retinere poteſt, qui eam poſſet etiam corpore acquirere, quod in captiui perſonam cadere nullomodo poſſit. Et ſanè beneficium iuris eſt, & ideò captiuis qui hoſtium ſerui ſunt, denegandum, vt nudo quoque animo poſſeſſio retineatur, idque ita comparatum vtilitatis cauſa ne per ſingula momenta poſſeſſio amitteretur, ſi poſſeſſor glebæ in perpetuum addictus eſſe nollet, argum. *leg. peregrè 44. in princ. & §. 1. de acquir. poſ.* quod Accurſius notet ad *leg. prox. præcedentem.* Non videtur bene percepiſſe. Dices etiam ſeruum vel filium captiui poſſe in ciuitate poſſidere, cùm tamen ipſi quoque in poteſtate ſint, *dict. leg. iuſto 44. §. vltim. de vſucap. & leg. ait prætor. 23. §. hi planè, infrà, hoc titulo.* Ergo quod pater vel dominus in hoſtium poteſtate ſit non debere ei nocere quantum ad cauſam poſſeſſionis non magis quàm in cæteris rebus. Reſpondeo non eſſe in captiui poteſtate filiumfamilias aut ſeruum, cuius pater vel dominus apud hoſtes eſt, quamvis poſtliminij fictio, & vt Papinianus loquitur, ſuſpenſi iuris conſtitutio faciat, ne in totum patria vel dominica poteſtate liberati dici poſſint, *leg. penultim. de ſuis & legit.* Neque tamen vtrique eos poſſidere ſibi, *leg. poſſeſſio 49. §. 1. de acq. poſſ.* Sed filium patri ſi quandu is ab hoſtibus reuertatur, (patre enim apud hoſtes mortuo, filiusfamilias per fictionem legis Corneliæ fingeretur fuiſſe paterfamilias ex die captiuitatis paternæ, atque ita ſibi ipſi exinde poſſediſſe.) Seruum autem vel domino ſuo quem tum habet apud hoſtes, ſi contingat dominum illum redire ab hoſtibus, vel eius hæredi ſi legis Corneliæ non poſtliminij fictio locum quandoque habeat domino apud hoſtes defuncto. Vtroque igitur caſu capax eſt ſeruus habendæ poſſeſſionis ex perſona domini ſui, licèt quis ille dominus ſit ignoretur quandiu dominus apud hoſtes viuit, quia incertum eſt, an ibi moriturus ille ſit, an ab hoſtibus reuerſurus. Filius autem familias vno caſu capax eſt, poſſeſſionis ex perſona patris, altero autem caſu ex perſona propria. Ita fit, vt melioris conditionis ſit captiuus, quod ad poſſeſſionem quæ per alium, id eſt, filiumfamilias aut ſeruum ab eo tenebatur, quàm quod ad poſſeſſionem, quam per ſe tenebat: quoniam quæ alieno corpore retinetur, ea per captiuitatem nec amittitur nec interrumpitur, ſiue factum inſpicias cùm facto ipſo detentatio filijfamilias aut ſerui per captiuitatem non impediatur, ſiue rationem iuris quam certum eſt, non poſſe immutari per captiuitatem, nimirum propter alterutrius fictionis, aut poſtliminij aut legis Corneliæ poteſtatem, quarum vtraque captiuitatis memoriam delet: alterutram porro in omnem euentum habere locum neceſſe eſt, nec diſtinguendum eſt, cum Accurſio, an ex cauſa peculiari filiusfamilias aut ſeruus poſſideret, an ex alia. Hæc enim diſtinctio in eas tantum res cadit, quas durante captiuitate filiusfamilias aut ſeruus cœpit poſſidere non ad eas, quæ iam ante captiuitatem poſſidebantur, *dict. leg. in bello. 12. §. facti de captiu. & poſtlim. dict. leg. iuſto. 44. vltim. de vſucap.* Nec pugnat quod diximus, Eum qui in hoſtium poteſtate eſt, nihil poſſidere poſſe, cum ab alio ipſe poſſideatur: nam nec dicimus captiuum poſſidere quandiu apud hoſtes eſt, ſed retrofingi poſſediſſe ſi ab hoſtibus redeat, neque interpellatam intelligi

ligi poſſeſſionem, quam filius aut ſeruus facto ipſo retinere potuit, & verò retinuit in ciuitate. Interim igitur manet in ſuſpenſo non ipſa quidem poſſeſſio quatenus facti eſt, ſed ius poſſeſſionis, id eſt, cui filiusfamilias aut ſeruus interim poſſediſſe retrofingendus ſit, quod niſi ex poſtfacto ſciri non poteſt patre vel domino apud hoſtes mortuo, aut ab iis reuerſo.

c *Quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit.* Intellige, vt ſupra dixi de vſucapione aut poſſeſſione longi temporis, quam apertiùs eſt, non poſſe procedere ſine poſſeſſione, cùm & inde nomen acceperit.

Ratio dubitandi. Non eſt nouum, vt vſucapio procedat etiam ſine poſſeſſione dummodo iuris ratio vſucapioni opem ferat, vt cùm dicimus cœptam à defuncto vſucapionem poſſe, & ante aditam hæreditatem impleri *leg. nunquam* 31. *§. vacuum, leg. cœptam* 49. *de vſucap.* Itémque cùm quis tegulas vel columnas ad quarum vſucapionem decem tantùm dies ſupererant in ædificium coniecit, ſi modò ædificium ipſe poſſederit, *leg. rerum mixtur.* 30. *§. Labeo. eod.* His enim caſibus certum eſt, neque hæreditatem poſſidere poſſe, *leg.* 1. *§. Scæuola ſi is qui teſtament. lib. eſſ. iuſſ. leg. cum heredes* 23. *de acquir. poſſ.* Neque res ſingulas quæ in ædificio ſunt poſſideri cùm ædificium poſſideretur, *leg. eum qui ædes* 23. *de vſucap.*

Ratio decidendi. Quod dicimus vacuum tempus, quod ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam interceſſit procedere hæredi ad vſucapionem, non ex ratione iuris eſt, ſed ita conſtitutum vtilitatis gratia, *dict. leg. cœptam.* Ne infirmitas naturæ morti expoſita damnum poſſeſſionis afferat, quam alius nemo inuaſit, vt de infirmitate memoriæ ſcribit Papinianus, in *leg. peregrè* 44. iunct. *leg. ſi de eo* 40. *§.* 1. *de acquir. poſſeſſ.* Nam & mortem præcedit ſemper infirmitas memoriæ, *leg. hac conſultiſſima* 8 *§. ut cùm humana fragilitas, Codice, qui teſtam. facer. poſſ.* Quod verò de rerum mobilium in ædes coniectarum vſucapione attulimus minùs viget, quia licèt verè non poſſideantur, tamen aliquomodo cum ipſis ædibus poſſidentur, quarum partem integralem, & materialem conſtituunt. Certè à nemine alio poſſidentur, ideóque nemini fit iniuria etiamſi earum vſucapionem non interrumpi dicamus. Neque caret etiam hoc ratione aliqua publicæ vtilitatis ad quam maximè pertinet propter ornatum ciuitatis, vt ædificia conſtruantur, *leg. prætor. ait* 20. *§. hoc interdict. prohib. de oper. noui nunciat. l. vlt. ne quid in loco public.*

d *Poſſeſſio autem plurimum facti habet.* Ratio dubitandi. Poſſeſſio non tantùm corporis, ſed etiam iuris eſt, *lege poſſeſſio* 49. *§.* 1. *de acquir. poſſ.* Ergo etiam cauſa poſſeſſionis poſtliminio contineri poteſt.

Ratio decidendi. Poſſeſſio incipit ſemper à facto, ex eóque tota æſtimatur, quantum ad propriam ipſius naturam pertinet, *leg.* 1. *§. ſi vir vxori. eod. titulo.* Habet tamen plurimum etiam iuris, quod ad ſuos effectus, quia cùm ex poſſeſſione tam multa iure ciuili proſluãt commoda, fieri non poteſt quin etiam cùm de poſſeſſione agitur, ius noſtrum ſe interponat. Sed id poſſeſſioni extrinſecum eſt, & ab eius natura quodammodo alienum. Ideoque pereleganter Papinianus noſter in *dict. leg. poſſeſſio* 49. *in princip.* Sic loquitur, vt dicat poſſeſſionem plurimùm ex iure mutuari, ſumit enim ex iure quaſi mutuò, quod ex ſeipſa habere non poſſet. Neque placet diſtinctio illa Accurſij, vt poſſeſſio alia ſit, quæ plurimum facti habet, qualis ea eſt, quæ ex ſola corporali apprehenſione æſtimatur. Alia quæ plurimum iuris, vt quæ penes filiumfamilias, vel ſeruum eſt, ex cauſa peculiari, cùm & acquiratur, & acquirat ignoranti, *leg. ſi me in vacuam.* 34. *§. vltim. eod. titulo,* iunct. *dict. leg. iuſta* 44. *§. vltim. de vſucap.* Alia denique quæ multum iuris, & multum facti habet, vt quæ acquiritur per procuratorem, quia quæritur ignoranti, licèt ignorans non vſucapiat, *leg.* 1. *Codice, de acquir. poſſ.* Nam cùm poſſidere nihil aliud ſit, quàm ſibi & animo domini habere, vt ſuprà ex Theophilo diximus nulla poteſt eſſe poſſeſſio, quæ non plurimum facti habeat, quod factum hoc *habendi* verbo ſignificamus: nulla item quæ non plurimùm iuris, cùm dominia omnia ſint ex iure vel gentium, vel ciuili, quod his verbis exprimimus, *Sibi & animo domini.* Neque Accurſius ipſe negare poteſt eam quoque poſſeſſionem, quam plurimum facti habere ait, & quam æſtimat ex corporali apprehenſione, multum etiam iuris habere in eo quod ſolo animo retinetur, *dict. leg. licèt* 4. *Codice eod.* Non ergo debuit Accurſius poſſeſſionem à poſſeſſione diſtinguere, ſed à detentatione, quæ ſolius corporis, & facti eſt, nihilque penitus ex iure mutuatur, quia nec vllos iuris effectus habet. Dicitur quidem poſſidere interdum, is etiam qui corporaliter rem tenet, licèt non ſibi ſed alij eam teneat, vt quis ex conducto depoſito, vel comm[illegible]. At non ſimpliciter ſed adiecta dictione illa [illegible]ter, vt in *leg.* 1. *Codice commun. de vſucap.* aut dictione *naturaliter*, vt in *leg.* 1. *communi* 7. *§. neque colonus, infra commun. diuid. leg.* 3. *§. vltim. & leg.* 4. *ad exhib. leg. videamus* 38. *§. ſi poſſeſſionem de vſur. leg. naturaliter* 12. *de acquir. poſſ.* Si enim abſolutè ac ſimpliciter loquaris, falſum eſt, iſtos poſſidere, *leg. officium* 9. *de rei vindic. leg.* 1. *§. ſed is qui, leg. penult. de acquir. poſſ. l. certè* 6. *§. is qui rogauit, infrà de precar.* Neque ex eo quod ſupradictis locis ſcriptum eſt, eos poſſidere naturaliter, magis inferre poſſis, Abſolutè ac ſimpliciter poſſidere, quàm ſi probare velles hominem pictum vel mortuum, ideò eſſe verè hominem, quod etiam pictum, aut mortuum hominem dicere ſoleamus. Id enim eſt, quod logici dicunt, non valere argumentum à ſecundum quid ad ſimpliciter aut contra. Et ſanè aliud eſt detinere, aliud poſſidere, *dict. leg. poſſeſſio* 49. *§.* 1. *de acquir. poſſ. leg. ſtipul. iſta* 38. *§. hac quoque ſtipulatio de verborum oblig.* Sicut & aliud eſt poſſidere, aliud verò eſſe in poſſeſſione, *leg. ſi quis ante* 10. *§.* 1. *de acquir. poſſ.* Quanquam & ipſum nomen naturalis poſſeſſionis æquiuocum eſt. Sunt enim qui poſſidere verè ac propriè dicantur, quia ſibi & animo domini habent, nec tamen niſi naturaliter, quia iniuſtè poſſident, nec proinde ciuiliter poſſidere poſſunt, vt fur & prædo, itémque quod ſibi à coniuge inter viuos donatum, alter ex coniugibus contra ius ciuile poſſidet, *dict. leg.* 1. *§. ſi vir vxori. eod.* Et hoc ſenſu naturalem poſſeſſionem dicimus ad differentiam ciuilis poſſeſſionis, non ad differentiam poſſeſſionis ſimpliciter. Sed de his plura ſi Deus volet ad *Tit. de acq. poſſ.*

b *Cauſa verò facti.* Ratio dubitandi. Etiam ei qui per captiuitatem amiſit poſſeſſionem fundi ſuccurrendum eſt per hoc edictum, adeò vt ſi ponas fuiſſe fructuarium, fructus quoque medio tempore ab alio perceptos ei reſtitui oporteat, *leg. ait prætor.* 23. *§. item ei. infrà, hoc titul.* Nihil ergo vetat etiam poſſeſſionis cauſam reſtitui per fictionem poſtliminij ſicut reſtituitur per hoc edictum.

Ratio decidendi. Plenior eſt reſtitutio, quæ fit per fictionem poſtliminij, quàm quæ ex hoc edicto, quia poſtliminij fictio facit, vt nihil interim amiſſum dici poſſit, quia conſeruat iura omnia integra, *leg. illa inſtitutio* 32. *§.* 1. *de hæred. inſtit.* At prætor in hoc edicto; neque fingit nihil amiſſum eſſe, neque facit, vt nihil amiſſum dici poſſit, ſed è contrario requirit, vt aliquid amiſſum ſit, & poſtea idipſum reſtituit, ne remaneat amiſſum. Inde fit, vt poſſeſſionem quam captiuus amiſit, ei prætor reſtituat, quam poſtliminium reſtituere non poteſt, quia neque conſeruare poteſt. Conſeruatio enim dicenda illa eſt, quæ fit per poſtliminium potiùs quam reſtitutio. Cauſa verò facti in integrum reſtitui quidem poteſt, ſed integra conſeruari tempore captiuitatis non poteſt. Inde etiam eſt, quod ſi quis propter inundationem vſus non ſit itinere, actúque hoc anno cùm ſuperiore vſus ſit, poſſit repetita die vti interdicto, *De itiner. actúque priu.* Nimirum impetrata priùs in integrum reſtitutione ex hac parte edicti, *Si qua mihi iuſta cauſa*

eſſe

eſſe videbitur, leg.1.§. ſi quis propter. ill. titul. De itiner. actûque priuat. Suam enim poſſeſſionem ei prætor reſtituit, quam ſine vlla culpa ſua amiſerat per inundationem, *leg.1.§. Labeo, leg. qui vniuerſas 40. §. item quod mari*, vbi pro *non* legendum omnino eſt *nos*, vt præcedentia, & ſequentia oſtendunt, *infrà de acquir. poſſ.* Malè verò Accurſius noſter ne dicam nimis imperitè *cauſam facti*, hoc loco interpretatur vſucapionem, cùm vſucapio tota ſit iuris. Dixit ergo Papinianus cauſam facti, quomodo eleganter loqui ſolent Iureconſulti pro eo quod in facto conſiſtit: id eſt, pro poſſeſſione, vt & Tryphoninus 10 *d.l. in bello 12. §. facti autem cauſa, de capti. & poſtli.*

20. IDEM lib. 13. Quæſtionum.

NEc vtilem actionem ei tribui oportet: cùm ſit iniquiſſimum auferre domino, quod vſus non abſtulit: neque enim intelligitur amiſſum, quod ablatum alteri non eſt [a].

Ad leg. Nec vtilem. 20.

Omnino coniungenda eſt, lex hæc cum præcedente, vt illatio apta ſit, quam ſub Pap[illegible] nomine Tribonianus exprimere voluit per dicti[illegible] illam *denique*. Huius enim legis ratio quæ iis verbis continetur, *cum ſit iniquiſſimum auferre dominium quod vſus non abſtulit*, pendet ex eo quod ſcriptum eſt, in *lege ſciendum 18. ſuprà*. Nunquam ex hoc edicto reſtitui eum qui lucrum facere velit ex alieno damno. Damnum ſiquidem eſſet, nec modicum prioris domini contra quem cœperat, emptor vſucapere ante captiuitatem, ſi huic emptori ab hoſtibus reuerſo prætor pateret vtilem actionem in rem ipſam quaſi vſucaptam, cùm reuera vſucapta non ſit. Ita enim fieret, vt prætor domino auferret dominium, quod vſus auferre minimè potuiſſet. Et ſanè tota lex præcedens tractat de reſtitutione, quæ fit per fictionem poſtliminij, non de illa quæ ex hoc edicto.

Ratio dubitandi. Prætor ex hoc edicto reſtituit etiam poſſeſſionem amiſſam, ſicut & cæteras res amiſſas ſine culpa illius qui abfuit, adeóque quod magis eſt, damna etiam omnia poſſeſſionis amiſſæ, *leg. ait prætor. 23. § item ei, infrà, hoc titulo*. Atqui damnum amiſſæ poſſeſſionis inter cætera illud quoque eſt, quod interrupta fuit vſucapio, quæ completa vtique fuiſſet ſi captiuitas non interceſſiſſet. Ergo etiam interruptæ vſucapionis damnum ſarcire prætor debet, quod nec melius, nec aliter facere poſſit, quam data vtili actione emptori, qui ante completam vſucapionem ab hoſtibus captus, poſtea reuerſus eſt, lapſo tanto tempore quantum ſufficere poterat vſucapioni complendæ, ſi in ciuitate manſiſſet. Neque verò aliter fieri poterit, vt non remaneat in damno, aut ſaltem, vt lucrum non amittat propter ſuam abſentiam is qui captus ab hoſtibus fuit.

Ratio decidendi. Reſtituit prætor, & poſſeſſionem, & lucra omnia, quæ per poſſeſſionis amiſſionem amiſſa fuerunt, quantum facere, id poteſt ſine damno alterius, at in propoſita ſpecie damnum incurreret rei ſuæ, is contra quem daretur reſtitutio, ſi prætor dominium ei auferret, dando emptori vtilem vindicationem quaſi is vſucepiſſet, quod reuera non vſucepit. Denique verum emptorem non amiſiſſe dominium quod nunquã habuit, Domino autem non lucrum eripi, ſed merum damnum irrogari ſi ei res ſua auferatur. Dixi ad *d. l. ſciendum*.

a *Neq; enim intelligitur amiſſum quod ablatum alteri non eſt.* Ita in Pand. Florent. & rectiùs, quàm vulgò *oblatum*. Nec idcircò tamen legendum eſt, cum Accurſ. *admiſſ.* pro *amiſſum*. Senſus enim eſt, non ille quem putat idem Accurſ. vt non poſſit quis perdere, id quod alteri non acquiratur (id enim falſum eſt, vt conſtat ex *l. ſi quis vi. 17. §. 1. de acq. poſſ. l. 2. inf. pro derelict.*) Sed ille potiùs è contrario, vt neq; poſſit quis amittere, id quod priùs nõ acquiſiuerit, *l. non vident. 38. de reg. iur.* Neq; rurſus ſibi acquirere, id quod priùs alius non amiſerit, cùm non poſſit eadem res in dominio eſſe duorum in ſolidum, *l. 5. §. ſi duob. cõmod.* Reſpondet enim Papin. his verbis ad obiectionem, quæ fieri poterat ex eo quod videbatur captiuus hanc rem amiſiſſe, quam hodie haberet ſuam, & legitimè vſucaptam ſi in ciuitate manſiſſet. Quo antecedenti præſuppoſito conſequens eſſet, vt reſtitui à prætore deberet. Nec enim patitur vllo caſu prætor, vt quicquam ex rebus ſuis amittat propter ſuam abſentiam in cuius abſentia neceſſaria fuit. Sed negat Papinian. antecedens, & negationis ſuæ rationem his verbis affert.

21. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

ITem ait prætor: *ſi quis vſu ſuum feciſſet: aut, quod non vtendo ſit amiſſum, conſecutus: actioneve qua ſolutus ob id, quod dies eius exierit, cùm abſens non defenderetur* a. Quam clauſulam prætor inſeruit: vt quemadmodum ſuccurrit, ſuprà ſcriptis perſonis, ne capiantur: ita & aduerſus ipſas ſuccurrit, ne capiant.

¶ Et erit notandum, quòd plus prætor expreſſit, cùm aduerſus eos reſtituit, quàm cùm ipſis ſubuenit: nam hîc non certas perſonas enumerauit aduerſus quas ſubuenit, vt ſuprà: ſed adiecit clauſulam, qua omnes qui abſentes non defenduntur complexus eſt.

Ad leg. Item ait prætor. 21.

Hæc alia pars edicti huius eſt, per quam prætor dat reſtitutionem in integrum aduerſus abſentes quoſcunque, qui non defenſi ſunt, ſi quid interim, ideò ex rebus alienis vſuceperint.

R. dub. Nulla iuris aut æquitatis ratio patitur, vt quæ in fauorem quarundam perſonarum conſtituta ſunt in earum odium & perniciem retorqueantur, *l. nulla 25. ſuprà de legib. l. quod fauore 6. C. eo.* Atqui edictum hoc fauore abſentium introductum fuit, ne iis abſentia ſua noceret, quibus imputari nihil poſſet Ergo non debuit contra abſentes à prætore ipſo retorqueri.

Rat. dec. Id ſemper agit prætor vt omnia referat ad æquitatem. Porrò ſicut æquum eſt, nemini abſentiam ſuã nocere, ita & illud æquiſſimum nemini eam prodeſſe in alterius damnum, *l. videlic. 29. inf. h. t. l. abſent. 140. de reg. iur.* Ergo ſicuti abſentibus ſuccurrit prætor priore parte huius edicti ne capiantur, ita & aduerſus ipſo poſteriore parte ſuccurrendum putauit ne capiant. Quinimò vt ſubiicit Vlp. plus expreſſit prætor cùm aduerſus abſentes reſtituit, quàm cùm ipſis ſubuenit. Nam cùm abſentibus ſubuenit certas perſonas enumerauit, id eſt, certum genus perſonarum, eos ſcil. qui vel reipubl. cauſa abfuerunt, vel apud hoſtes, vel in vinculis, vel in ſeruitute fuerunt. At cùm aduerſus eos ſubuenit, adiecit clauſulam generalem qua complexus eſt abſentes omnes qui non defenduntur. Non adhibita etiam diſtinctione illa quam adhibuit in priore parte edicti. An abſentia iuſta fuerit, necne, quod & Accurſius benè obſeruat, nempe quia fauor reſtitutionis in priore parte edicti ſumitur ex

fauore

fauore abſentiæ, quæ porrò fauore nullo digna eſt, niſi cùm eſt neceſſaria. In poſteriore autem parte ſumitur è contrario ex odio abſentis qui non defenditur, & contra quem ideò agi non poteſt. Ergo quantò minùs neceſſaria eſt abſentia tantò æquiùs eſt ſuccurri contra abſentem, quamuis non eo magis impediatur reſtitutio quod abſentia neceſſaria probetur. Quantumlibet enim fauorabilis cauſa ſit eius qui reipub. cauſa abfuit, in hoc tamen odio dignus eſt quod non habuit in ciuitate per quem defenderetur: Hactenus nimirum ne ex occaſione ſuæ abſentiæ lucrum captet ex alieno damno: quod nunquam prætor æquum putat, *l. ſciẽdum* 18. *ſupra*, vbi dixi.

a *Cùm abſens non defenderetur.* Ratio dubitandi. Etiam aduerſus abſentes qui non defendunt proſpectum fuit alia parte edicti prætoris qua cautum eſt, vt qui præſens viget mittatur in poſſeſſionem bonorum abſentis, *tot. tit. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Ergo nihil durius contra abſentes conſtitui hoc edicto debuit.

Ratio decidendi. Auxilium illud miſſionis in poſſeſſionem minùs plenum eſt, quia facere non poteſt quin cœpta ante abſentiam vſucapio compleatur, aut actio temporalis intercidat quæ præſenti competebat, & quæ non intercidiſſet ſi habuiſſet ille quem conuenire potuiſſet. Fuit ergo hoc quoque caput edicti neceſſarium contra abſentes ad reſarcienda damna quæ actori per aduerſarij ſui abſentiam contigiſſent, & tamen longe minùs dura videri debet hæc pars edicti quàm illa, quoniam per hanc lucrum duntaxat abſenti eripitur. Per illam verò etiam damnum aliquod irrogatur, præſertim ſi miſſionem in poſſeſſionem bonorum venditio ſequatur, quæ tamen non ſolet ſequi aduerſus eum qui abeſt Reipub. cauſa, *leg. ignorare* 4. *Codice de reſtit. milit.* Qua de cauſa tantò æquius fuit etiam aduerſus iſtos, qui reipublicæ cauſa abfuerunt ſuccurri per hoc edictum, ſicut & aduerſus omnes abſentes non latitantes. Cùm eorum duntaxat, qui latitant bona diſtrahi ſoleant non etiam aliorum tametſi non defendantur, vt ſequitur in hac lege.

1 ¶ Hæc autem reſtitutio locum habet: ſiue per ſe, ſiue per ſubiectas ſibi perſonas vſu acquiſierunt, qui abſentes non defendebantur, & ita ſi nemo eorum erat defenſor. Nam ſi fuit procurator [a], cùm habueris, quem conuenias non debet inquietari [b].

¶ Cæterùm, ſi non exiſtebat defenſor [c], æquiſſimum erat ſubueniri: [d] eo potiùs, quòd eorum, qui non defenduntur [e], ſi quidem latitent, prætor ex edicto pollicetur, in bona eorum mittere, vt, ſi res exegerit etiam diſtrahantur: ſi verò non latitent, licèt non defendantur, in bona tantùm mitti.

Ad §. 1. Hac autem reſtitutio.

Ratio dubitandi. Ex cuius perſona lucrum qui ſentit eius quoque factum præſtare debet, *lege ex qua perſona* 149. *de reg. iur.* Ergo ſi quis per filiumfamilias vſucapiat, recuſare non poteſt quominùs in perſona filij conueniatur, & inquietetur, ac proinde imputari debet ei qui præſens fuit cur non egerit cum filiofamilias, perinde atque cum patre ſi præſens fuiſſet ad impediendam vſucapionem: ſiquidem certum eſt cum filiofamilias agi poſſe ex omnibus cauſis, *leg. filiusfamilias* 39. *de oblig. & act. l. tam ex contractib.* 57. *de iudic.* licèt non idem de ſeruo dici poſſit, *l. cum ſeruo* 107. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Non quemadmodum melior patris conditio per filiumfamilias fieri poteſt ita & deterior, vt nec domini per ſeruum, *l. melior* 133. *de reg. iur. l. contra* 28. *§. vlt. ſuprà de pact.* Itaque non niſi ex ſuis contractibus conueniri filiusfamilias poteſt, idque tamen ita vt ex iudicato poſtea ſolus conueniendus ſit, non etiam pater niſi de peculio, *d. leg. tam ex contractibus*, etiamſi filius quaſi defenſor condemnatus ſit, *l. 3. § idem ſcribit infrà de pecul.* Non igitur poteſt contra filium proponi actio quæ exercenda eſt contra patrem, niſi ille ſe vltro defenſioni offerat pro patre, vt alius quilibet, ac pro alio quolibet. Eſtque multò faciliùs vt poſſit ille agere quibuſdam caſibus pro patre etiam ignorante, *l. ſi longius* 18. *§. 1. infrà de iudic.* quàm vt eius nomine conueniri poſſit. At neque conueniri poteſt quaſi poſſeſſor eius rei quam per eum vſucapit pater, quia ſicuti pater ipſe eſt qui vſucapit, ita & qui poſſidet non filius, *l. filiusfamilias* 93. *de reg. iur.* Abſurdum ſiquidem eſſet alium vſucapere, alium verò poſſidere cùm vſucapio ſine poſſeſſione eſſe non poſſit, *leg. ſine poſſeſſione* 25. *de vſucap. l. denique* 19. *ſuprà hoc tit.* Iuſta ergo cauſa eſt dandæ reſtitutionis præſenti contra abſentem, tam quoque cùm abſens pater vſucepit per filium præſentem, ſi neque filius, neque alius abſentis defenſor fuit.

a *Nam ſi fuit procurator.* Ratio dubitandi. Procuratorum vſus non niſi ob vtilitatem abſentium comparatus eſt ſi forte rebus ſuis per ſe ipſi ſupereſſe non poſſint, *l. 1. §. vſus autem ſuprà de procur.* Ergo ſi procuratorem in ciuitate reliquerit is qui abfuturus fuit, non eò magis credendus eſt conueniri & inquietari poſſe, cùm non in eam rem habere procuratorem voluerit. Vix enim eſt vt non interſit potiùs rei ne conueniatur, vnde eſt quod reos Græci vulgò [illegible] appellant. Iuſtinianus paſſim fugientes in *l. properandum* 13. *& alijs C. de iudic.* & ſolemus dicere iudicium reddi in inuitum, *l. inter ſtipulantem* 83. *§. 1. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Intereſt etiam abſentis vt habeat in ciuitate procuratorem per quem non minùs conueniri, quàm conuenire & agere poſſit, *d. § vſus autem.* Vel ob hoc maximè ne ſi non defendatur, bona eius poſſideantur, & ſi res exegerit publicè diſtrahantur, quæ res non leuem apud bonos & graues viros ignominiæ notam inurit, quam actionis infamiam veteres dixerunt. Item ne ea res materiam reſtitutionis præbeat iis qui alioquin cauſari vellent ſe ideò non egiſſe, atque ita temporalem actionem amiſiſſe, quòd non habuerint quem conuenire poſſent. Habent enim quem conueniant, quoties adeſt procurator qui actionem excipere paratus ſit, adeòque inuitus etiam vt excipiat cogi poſſit. Nam & ſufficeret adeſſe aliquem qui ſe vltro defenſioni offerret vt ſequitur apud Vlp. Itaque nihil intereſt quod ad cauſam huius edicti attinet, an qui abſentem defendit mandatum habeat, necne. Sed non ideò tamen probo, quod hîc Accurſius procuratoris nomen ſumit etiam pro quolibet defenſore mandatum non habente. Etſi enim verum eſt quod eum ſefellit ſufficere ad impediendam reſtitutionẽ præſentis contra abſentẽ, vt habuerit abſens defenſorem aliquem etiam ſine mandato, non poſſet tamen defenſori conuenire ratio illa quæ hîc accommodatur procuratori, quòd habuerit præſens quem poſſet conuenire. Non enim habuit quem conuenire, ſed tantum quem interpellare potuerit, vt ſubijcitur in *l. ſeq.* quod ſanè longè diuerſum eſt cùm defenſor conueniri non poſſit ſi non ſe vltro defenſioni offerat: quamuis vtrumque ſit eiuſdem poteſtatis quod ad cauſam huius edicti pertinet. Sufficit enim vt habuerit actor quem potuerit interpellare, quouſque ex interpellationibus factis, & in teſtationẽ redactis doceat neminem fuiſſe, qui voluerit abſentẽ defendere.

b *Non debet inquietari.* Per in integrum reſtitutionem.

c *Si non exiſtebat defenſor.* Supple cùm nec fuit procurator. Nam bona conſecutio eſt, Abſentis procurator aliquis fuit, ergo præſens contra abſentem reſtituendus nõ eſt. At non è contrario, abſentis procurator nullus fuit, Ergo contra abſentem danda præſenti omnimodo reſtitutio eſt. Fieri enim poteſt vt defenſor aliquis fuerit,

non eſſe potuerit ſi interpellatio præceſſiſſet, quod ſufficit ad denegandam præſenti reſtitutionem.

Ratio dubitandi. Sententia lata contra defenſorem abſentis non poteſt mandari executioni contra abſentem tanquam inter alios lata cùm abſentis mandatum nullum interuenerit, *tot.tit.C.int. alio.act.vel iudic. alios non nocer.* Ergo non ob id denegari debet reſtitutio in integrum contra abſentem, quod aliquis eum defendere paratus fuit.

R.dec. Nihil intereſt actoris quod non poſſit exequi ſententiam contra abſentem, ſiquidem executio fieri poteſt contra defenſorem ipſum qui ob eam cauſam cogitur promittere & ſatiſdare de iudicato ſoluendo, vt ſequitur in hac lege.

d *Æquiſſimum erit ſubueniri.* Ratio dubitandi. Auxilium reſtitutionis in integrum locum non habet vbi ordinarium competit, *l.in cauſa 16.in princ.ſupr.de minor.* Atqui hoc caſus qui præſens eſt ius ſuum tueri & exequi poteſt interrumpendo temporalem præſcriptionem ſi ea faciat, quæ Iuſtinianus conſtituit, in *l.vt perfectius 2.C.de annal. except.* Ergo fatendum eſt ſaltem hodie neceſſariam non eſſe hanc partem edicti.

R.dec. Auxilium illud nouum quod attulit lex Iuſt.cùm ſit inductum cõtra abſentes non debet iis prodeſſe quominùs reſtitutio in integrum contra eos dari poſſit, perinde neque olim poterat, ne quod fauore præſentium conſtitutum eſt in eorum odium retorqueatur, contra *l. quod fauore 6.C.de legib.* Nam & quoties lex aliqua nouum auxilium inducit, niſi nominatim cauerit vt eo ſolo vtamur, etiam vetera auxilia eo nomine competunt, vt de actione noua ſcriptum eſt, in *l.quot.41.de obl.& act.* Quanquam plenius ſanè eſt auxilium Iuſtin.quia interrumpit præſcriptionem qualibet, ac longi temporis poſſeſſionem quæ hodie in locum vſucapionis ſucceſſit. Eſt autem multò meliùs integra quem iura ſua conſeruare, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere, *l.vlt. C.in quib cauſ.reſt.in integ.non eſt neceſ.* Sic dicimus pleniùs eſſe beneficium inuentarij quod Iuſtin.introduxit, quam eſſet olim beneficium iuris deliberandi. Neque tamen ideò quiſquam dixerit ſublatum eſſe ius deliberandi. ſi quis tam ſtultus ſit vt etiam hodie velit vti, quomodo Iuſt.ipſe loquitur, in *l.vlt.C.de iur.delib.* Denique Iuſtin.eam legem tulit, vt perfectius contra abſentes vel potentes vel infantes conſuleret, non ergo vt de actorum iure quicquam detraheret. Taceo quod Baldus dixit, Auxilium illud Iuſtinianeum eſſe extraordinarium, ac proinde non poſſe ex eo tolli remedium reſtitutionis, quamvis & ipſum quoque ſit extraordinarium.

e *Eo potiùs quòd qui non defenduntur.* Rationem Vlp. reddit, propter quam æquum ſit præſentibus contra abſentes ſubueniri, quia (inquit) ij qui non defenduntur, hanc tantùm pœnam ex edicto patiuntur, vt in eorum bona aduerſarius mittatur, non etiam vt eorum bona diſtrahantur niſi latitent, *leg. Fulcinius 7.& tot.tit. quib.ex cauſ. in poſſ. eat.* Nemo autem dixerit per eiuſmodi miſſionem in poſſeſſionem ſatis plenè conſultum eſſe præſentibus, vt minùs neceſſe videri debeat iis ſubueniri per in integrum reſtitutionem cùm ea miſſio nullum ius tribuat niſi cuſtodiæ, nec per eam creditor ſuum conſequatur, quæ nec prodeſt ad interrumpendam aut vſucapionem aut præſcriptionem ſiquidem is qui mittitur in poſſeſſionem bonorum aduerſarij non ideò agit aut litem conteſtatur, qui è contrario non aliam ob cauſam mittitur, quàm quia non habet cum quo agat & litem conteſtetur. Hoc verò Accurſ.non intellexi qui rationem hanc magis contrariam eſſe ſcripſit, ſi ſic intelligatur vt præſenti contra abſentem aliud auxilium detur, miſſionis ſcilicet in poſſeſſionem. Quod ego facilè admitterem ſi nihil aliud diceret Vlp. At cùm non id agat vt dicat aliud auxilium dari præſenti contra abſentem, ſed vt oſtendat auxilium illud quod datur miſſionis in poſſeſſionem nimis plenum & ſufficiens eſſe, optima & concludentiſſima ratio eſt, ob quam tantò magis ei neceſſarium videri debeat auxilium reſtitutionis. Itaque tota vis huius rationis poſtremis illis §. verbis continetur, *in bona tantùm mitti*, propter illam dictionem taxatiuam *tantum* quæ auxilij infirmitatem declarat. Nam præcedentia quæ ſunt de latitante ad rem noſtram non pertinent, nec niſi per occaſionem afferuntur, cùm verba huius edicti non de latitantibus loquantur, ſed de iis omnibus ſimpliciter, qui non defenduntur. An ergo contra latitantes nulla ex hoc edicto dabitur reſtitutio, quaſi non neceſſaria poſtquam aduerſus eos alia parte edicti abundè ſuccurſum eſt permiſſa creditoribus non tantùm poſſeſſione, ſed etiam diſtractione bonorum? Atquin abſurdum eſt dicere abſentis meliorem conditionem eſſe, ob id ſolùm quòd non tantùm abſit verum etiam dolo malo. Id enim eſt latitare: dolo malo abeſſe, *d.l. Fulcinius l.in poſſeſſionem 6.§.1. eod.tit.l.cum proponas 9. C.de reb.auctor.iudic.poſſ.d.* Latitatio enim facere debet quò magis non quò minùs teneatur. Ergo bona ex omni parte eſt ratio hæc Vlpiani, & contra non latitantem quia minùs plenum eſt auxilium miſſionis in poſſeſſionem quæ ſola ſit, & quam bonorum venditio nulla ſequatur, & contra latitantem quia etſi pleniſſimè contra eum ſuccurritur permiſſa bonorum ipſius venditione, indignus tamen eſt, cui ob id magis indulgeamus, ne contra eum reſtitutio detur, quæ etiam contra non latitantem datur.

2 ¶ Defendi autem non is videtur, cuius ſe defenſor ingerit: ſed qui requiſitus ab actore [a], non (eſt) defenſioni defuturus. *Plenáque defenſio*, accipietur, ſi & iudicium non detrectetur, & iudicatum ſolui ſatiſdetur [b].

Ad §.2. Defendi autem.

Senſus eſt defendi eum videri qui aliquem habet defenſorem ſiue defenſor ſe ingerat & vltro ſe offerat, ſiue ideò ſe offerat quòd requiſitus ſit ab actore nec defenſioni ſit defuturus. Nihil enim refert actoris cùm vtróque ſit ſecurus.

R.dub.& dec.eadem quæ ad *§. præced.verſ. ſi non exiſtebat defenſor.* Illud planè non poſſum videre cur Accurſius quod hic ſcriptum eſt de eo qui ſe ingerit, intelligat de ingerente ſe ad tempus: cùm nihil ſit in textu quod hanc interpretationem ſuadeat, niſi forte in libro Accurſ. defuit dictio, *tantùm*, quæ & in pandectis Florentinis malè deeſt. Rectiùs enim vulgata, *Defendi autem non tantùm is videtur cuius defenſor ſe ingerit, ſed & qui requiſitus ab actore*, &c. Nato errore quòd cùm ſcriptum eſſet veterum librariorum more. SET pro *ſed &*, deinde ea dictio pro ſimplici, *ſed* accepta eſſe ab eo qui hanc ſcribendi rationem ignorabat, viſa eſt abundare dictio *tantùm*, ideóque tollenda. Nec eſt quod quis pro Florentina lectione tuenda afferat ex eodem noſtro Vlp. in *lege quæ omnia 25.ſupr. de procurat.* Suſpectum eum eſſe qui operam ſuam ingerit. Ibi enim loquitur Vlpianus de procuratore qui operam ſuam ingerit inuito domino: hîc autem de defenſore qui ſe ingerit vt defendat abſentem & ignorantem. In quo ſuſpectus eſſe non poteſt cùm id faciat ſuo periculo, non eius quem defendit, *l.4.infr.de re iud.*

a *Qui requiſitus ab actore.* Debet enim præcedere interpellatio, non ſi quis vltro defenſioni ſe offerat, ſed ſi nemo, *leg.prox.infr.leg.5.in princ.quibus ex cauſ. in poſſ.eat.*

b *Et iudicatum ſatiſdetur.* Ratio dubitandi. Defendere eſt eandem vicem quam reus ſubire, *leg.minor 51.§.1.*

ſupr.

ſupr. de procurator. Atqui reus ipſe ſi ſe defendat, non cogitur ſatiſdare, *lege hac autem 5. vltim. infr. quibus, ex cauſ. in poſſ. eat.* Ergo neque defenſor cogendus eſt ſatiſdare.

Ratio decid. Qui alium defendit nunquam locuples habetur ſine ſatiſdatione, *l. in eo 110. §. 1. l. qui rem alienam 166. de reg. iur. l. qui proprio 46 §. qui alium, l. non videtur 53. vbi dixi, ſupr. de proc.* Iunge, *l. rectè 63. inf. de iud.*

22. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

ERgo ſciendum eſt, non aliter hoc edictum locum habere [a], quàm ſi amici eius interrogati fuerint [b] an defendant: aut ſi nemo ſit, qui interrogari poteſt. Ita enim abſens defendi non videtur, ſi actor vltro interpellat, nec quiſquam defenſioni ſe offerat, eáque teſtatione complecti [c] oportet.

1 ¶ Sicut igitur damno eos affici non vult, ita lucrum facere non patitur.

2 ¶ Quod edictum etiam ad furioſos, & infantes [d], & ciuitates pertinere Labeo ait.

Ad leg. Ergo ſciendum. 22.

a *Non aliter hoc edictum locum habere.* Scilicet ex qua parte dat reſtitutionem præſenti contra abſentem non defenſum.

b *Quam ſi amici eius interrogati fuerint.* Ratio dubitandi. Inuitus nemo alium defendere cogitur, niſi eum cuius nomine agat, *l. ſi quis in rem ſuam 34. & ſequent. §. 1. ſuprà. de procurat.* Ergo fruſtrà interpellantur amici an abſentem velint defendere. Interpellatio enim ſupponit præcedentem obligationem aliquam, cùm ideò fieri ſoleat, vt qui interpellatur in mora conſtituatur, *leg. mora 32. de vſur.*

Ratio decidendi. Interpellatio hæc non fit iure alicuius obligationis, nec vt in mora quis conſtituatur, ſed vt appareat neminem eſſe, qui abſentem defenſionem ſuſcipere velit, ne poſſit cauſari abſens, vbi redierit non defuturos fuiſſe qui eius defenſionem ſuſcepiſſent ſi interpellati fuiſſent. Fit autem per interrogationem, non per conuentionem, vel ob hoc ipſum quod alterius defenſionem nemo, vt dixit, ſuſcipit inuitus. Dices poſitum eſſe in negatione hoc quod diximus aliquem non defendi, proinde id probari nullomodo poſſe cùm negationis probatio impoſſibilis ſit per rerum naturam, *lege aduerſario 10. Codice, de non numerata pecunia, lege actor. 23. Codice de probat.* Nec ſi mille amici interrogentur, quia poterit abſens reuerſus cauſari non defuiſſe alium qui ſi interrogatus ſimiliter fuiſſet, defendiſſet.

Reſpondeo probationem fieri quantum optimè fieri poteſt. Nec enim probabile eſt, futurum aliquem defenſorem abſentis, quem amici ipſi defendere noluerint: præſertim cùm interrogatis amicis potuerint etiam alij non interrogati qui hoc ſciuerunt, vltro ſe offerre ſi defenſionem abſentis ſuſcipere voluiſſent. Ideò autem probationem hanc non defenſionis exigimus ab eo qui nunc petit reſtitutionem, quia fundamentum intentionis ipſius, cùm aduerſus abſentem indefenſum propoſitum edictum peremptorium nullius ſit momenti, *lege contra 54. de re iudic.* Ideóque nec contra ipſum agi vllomodo poſſit. Quod probari neceſſe eſt, vt poſſit quis reſtitui ob id quod non egerit. Debet enim vnuſquiſque probare, id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, ſiue in affirmatione id poſitum ſit, ſiue in negatione, & ſiue is actor ſit ſiue reus, *lege 4. & vltim. Codice, de edend. lege penultim. §. docere, ſuprà.* Ne quis eum qui in ius vocatus eſt, vi eximat. Sic videmus hodie paſſim exigi probationem à creditore, qui vult agere hypothecaria contra tertios poſſeſſores, vt oſtendat debitorem non eſſe ſoluendo. Id verò fit eodem pene modo qui hic præſcribitur, & in *leg. 5. §. 1. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Euocantur enim & interrogantur amici & vicini, quos veriſimile eſt, ſi qua bona debitor haberet, id non ignoraturos. Quanquam ea probatio contrariam probationem non excludit ſi poſſeſſor aliqua debitoris bona indicare velit, ſed transfert duntaxat onus probandi in poſſeſſorem. In propoſito autem tractatu vix probatio vlla fieri poteſt contra actorem, qui oſtendit interrogatos à ſe amicos quamplures, quia non tam ex ipſis interrogationibus, quàm ex rei veritate apparet; neque fuiſſe defenſum abſentem, neque quominus defenderetur per actorem ſtetiſſe.

e *Teſtatione complecti.* Id eſt, ſcripto in eius rei teſtationem facto. Galli dicunt *par acte.* Id eſt, per ſcripturam publicam, quomodo & alia pleraque probanda ſunt, ne maior litium, & falſi materia præbeatur, ſi teſtium fidei, quæ ſemper fuit, eſt, eritque periculoſa, probatio committatur.

d *Etiam ad furioſos & infantes.* Rat. dub. Nihil poteſt imputari, & furioſis & infantibus, qui potius miſeratione digni ſunt. Ergo nihil contra eos decernere prætor debuit; neque reſtitutionem aduerſus huiuſmodi perſonas polliceri.

Ratio decidendi. Non eò pertinet hæc reſtitutio, vt aliquo damno hæ perſonæ afficiantur, quod ſanè eſſet inhumanum, ſed eò tantum ne iis furor ſuus aut infantia lucrum afferat ex alieno damno, quod fieri nunquam debet, *lege ſciendum 18. ſupr. hoc tit.* Id enim eſt, quod alibi Vlpianus ſcribit pupilli ignorantiam, quæ per ætatem contingit non debere captioſam eſſe aliis, & ipſi lucroſam, *leg. quod autem 7. §. ſi quid cum pupillo, infra quæ in fraud. credit.* Ex quo apparet quàm falſum ſit, quòd vulgo noſtri credunt poſt Bartol. ad *l. Æmil. 38. ſupr. de minor.* Pupillum contra quem cucurrit præſcriptio conuentionalis deſcendens, ex contractu paterno, cùm non poſſit reſtitui ex edictu de minorib. tanquam minor, reſtitui tamen poſſe tanquam maiorē ex hoc edicto, & ex cauſa iuſtæ ignorantiæ. Nunquam enim ignorantia illa pupillaris, quæ per ætatem contingit præbere poteſt pupillo iuſtam reſtitutionis materiam, quamvis non impediat quominus contra eum alius reſtitui poſſit. Denique ignorantia, quæ aut per ætatem aut per furorem contingit ad primam edicti huius partem non pertinet. ſed ea tantùm quæ per iuſtam & neceſſariam abſentiam, *l. ſed etſi 26. §. vlt. infr.* Quare nec vllo iuris loco ſcriptum reperias ſubueniri furioſis, vel infantibus ex hoc edicto, non magis quàm aliis minoribus, quippe quos aliis auxiliis & ius ciuile, & prætor illeſos ſeruat datis nimirum infanti tutoribus, & furioſo curatoribus, qui ſi non egerint, vel ſi rem furioſi vſucapi permiſerint, (infantis enim & pupilli cuiuſlibet bona vſucapi prohibitum eſt, *leg. bona fides 48. de acquirend. rer. domin.*) vtique eo nomine tenentur, *leg. Fulcinius 7. §. adeo autem. infra quibus ex cauſ. maior.* iunct. *leg. contra pupillum 54. de re iudicat.* Sed contra furioſos & infantes maioribus quoque ſubueniri ex hoc edicto neceſſe eſt quoniam indemnes alioquin ſeruari non poſſent. Niſi implorato hodie auxilio & remedio conſtitutionis Iuſtinianeæ, in *l. 2. C. de annal. except.* de qua diximus ad legem præcedentem. Itaque bene Accurſius hæc Pauli verba *quod edictum* ad ſecundam huius edicti partem refert non ad primam. Nam de ſecunda ſola eſt tota hæc lex non de prima.

23. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

Ait prætor *siue vinculis eſſet, ſecúmve agendi poteſtatem non faceret.* Hæc perſona, meritò adiecta eſt. Fieri enim poterat, vt quis in vinculis præſens eſſet [b], vel in publica, vel in priuata vincula ductus, nam & eum, qui in vinculis eſt, ſi modò non ſit in ſeruitute [c], poſſe vſu acquirere conſtat. Sed & is qui in vinculis eſt, ſi defendatur, ceſſat reſtitutio [d].

Ad l. Ait prætor. 25.

a *Hæc perſona.* Rectè Accurſius, *quæ in vinculis eſt.* Nam de illa, quæ ſecum agendi poteſtatem non facit dicemus in §. *vlt. huius legis.*

b *Vt quis in vinculis præſens eſſet.* Ratio dubitandi. Qui in vinculis præſens eſt cùm liber ſit, procuratorem, conſtituere poteſt per quem conueniatur, tametſi conueniri ipſe non poſſit, Ergo nil neceſſe fuit contra eum reſtitutionem polliceri.

Ratio decidendi. Non poteſt ipſe per ſe conueniri, quia in ius vocari, & rapi non poteſt, cùm ſit in vinculis. Omnium autem actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, quæ eſt de in ius vocando, §. *omnium Inſt. de pœn. temer. litig.* Et rurſus vt conſtituat procuratorem, per quem conueniatur cogi non poteſt, quia inuitus nemo procuratorem facit, vt nec inuitus quiſquam procurator ſit, *lege filiuſfamil. 8. §. inuitus de procurat.* Neceſſe igitur fuit contra eum reſtitutionem polliceri, ſi neque per procuratorem, neque per amicum defenderetur, Illa fortaſſis accommodatior fuerit ratio dubit. quòd qui in vinculis eſt, ſiue priuatis, ſiue publicis pro abſente magis, quàm pro præſente habendus eſt, licèt ſit præſens corpore cùm non ſit ſuus non magis, quàm furioſus aut pupillus, *leg. Fulcin. 7. §. adeò autem, quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatenus,* iunct. *lege nihil intereſt 26. de captiuit. & poſtlimin. lege vbi non voce 124. §. vltimo de regulis iuris.* Ergo poterat contineri prioribus verbis edicti quibus prætor reſtitutionem in integrum præſentibus contra abſentes pollicetur: ſicut furioſus & infans, de quibus diximus ad finem legis præcedentis.

R. dec. Id agit prætor quantum poteſt, vt verbis edicti omnia clarè ac diſtinctè comprehendat ne quid in obſcuro aut ambiguo relinquat. Cùm ergo negari nequeat, quin poſſit quis in vinculis præſens eſſe, vt hæc lex ait, non poterat vtique abſentis loco haberi, & prioribus verbis edicti comprehenſus videri, niſi per interpretationem, quæ nec obuia cuique, nec ſine dubitatione fuiſſet. Multum enim hic diſtat à furioſo, & infante qui nec animum, nec affectum vllum, adeòque nec ſenſum habere intelliguntur, *l. ſi tibi 8 §. vnius de opt. legat.* Meritò igitur prætor hanc perſonam adiecit cùm anteà non niſi de abſentibus locutus eſſet.

c *Si modò non ſit in ſeruitute.* Intellige ſiue iuris, ſiue facti ſeruitus ſit. Nam neque qui reuera ſeruus eſt purà hoſtium, neque is qui eſt in poſſeſſione ſeruitutis vſucapere quicquam poteſt, §. *prox. in fr. & leg. homo liber 54. §. vlt. de acq. rer. dom.*

d *Si defendatur ceſſat reſtit.* R. dub. Verba edicti ſeparatim loquuntur de abſente non defenſo, & de eo qui ſit in vinculis, & aduerſus vtrumq; pollicetur reſtitutionem. Ergo quod ait prætor, *Non defenderetur* ad abſentem referendum eſt, non ad eum qui ſit in vinculis. Exemplo eius, quod diximus de verbis illis, *aut ſine dolo malo reip. cauſa abeſſet, in l. 5. ſupr. h. tit.* Proinde ſiue is qui in vinculis eſt defendatur, ſiue non defendatur, reſtitutio contra eum habere locum debet.

R. dec. Verba quidem illa ad ſolum abſentem pertinent, ſed ſequuntur alia in edicto; *neque defenderetur,* quæ pertinent ad omnes perſonas hoc edicto comprehenſas: quoniam eadem in omnibus ſubeſt ratio æquitatis, & denegandæ reſtitutionis contra eum, qui licèt non potuerit ipſe conueniri, tamen habuit defenſorem, *l. ſed etſi 26. §. deinde adiecit infr.*

1 ¶ Is autem, qui apud hoſtes eſt, nihil per vſum ſibi acquirere poteſt [a], nec cœptam poſſeſſionem poterit implere, dum eſt apud hoſtes hoc ampliùs, nec poſtliminio reuerſus recuperabit per dominij acquiſitionem.

Ad §. 1. Is autem.

a *Sibi acquirere poteſt.* Intellige cum Acc. vt nihil per ſe poſſit acquir. hic qui apud hoſtes eſt. Per ſeruum tamen aut filiumfam. ſi quid antea poſſidebat, acquirere poteſt, quia nec poſſeſſio nec proinde vſucapio per captiuitatē hoc caſu interrumpitur. Planè nouam poſſeſſionem inchoare non poteſt niſi ex cauſa peculiari, §. *hi planè, inf. l. in bello 12. §. facti autem cauſa.* (ſic enim legendum eſt, non vt Accurſ. *facta*) *infr. de captiu. & poſtlim.* Dixi ad *leg. deniq; 19. ſupr. h. tit.* Vnde petendæ ſunt rationes dubitandi & decidendi, ad hunc §.

b *Dominij acquiſitionem.* Id eſt, non acquiret ſibi per fictionem poſtliminij dominium, quod acquiſiuiſſet per vſucapionem ſi ab hoſtibus captus non fuiſſet. Dominium enim, quod ante captiuitatem acquiſitum non fuerat, non reſtituitur poſtliminium nec per prætorem, quia neque poteſt videri amiſſum vnquam fuiſſe, *d. l. deniq; & ſeq. ſupr. eod.*

2 ¶ Item ei qui per captiuitatem fundi poſſeſſionem, vel vſusfructus quaſi poſſeſſionem [a] amiſit, ſuccurrendum eſſe [b] Papinianus ait. Et fructus quoque medio tempore ab alio ex vſufructu perceptos [c] debere captiuo reſtitui, æquum putat.

Ad §. 2. Item ei qui.

Ratio dubitandi. Is qui per captiuitatem fundi poſſeſſionem, vel vſusfructus quaſi poſſeſſionem amiſit, ſi poſtea ab hoſtibus reuertatur, omnia recuperat per fictionē poſtliminij quæ facit, vt in ciuitate perpetuò manſiſſe retrofingatur, *leg. poſtliminium 19. & toto titulo de captiuit. & poſtlimin.* Ergo non indiget prætoris reſtitutione ex hoc edicto.

Rat. dec. Fictio poſtliminij cùm ſit iuris non poteſt reſtituere ea quæ ſunt facti, in quorum numero eſt poſſeſſio, *l. deniq; 19.* vbi dixi, *ſupr. h. tit.* Eſt ergo neceſſarium auxilium prætoris.

a *Vel vſusfructus quaſi poſſeſſionem.* Ratio dubitandi. Vſusfructus naturaliter poſſidet, *leg. natur. 12. infrà de acquir. poſſ.* Ergo non debuit Vlpianus ſcribere *quaſi poſſeſſionem,* qua nota improprietatis ſignificatur eum verè non poſſideri.

Ratio decidendi. Hæc improprietatis nota non ad vſufructuarium referenda eſt, ſed ad vſumfructum, qui

cùm in iure conſiſtat, ac proinde ſit incorporalis, poſſideri verè non poteſt, *lege prima. §. vltimo, ſuprà de rerum diuiſion. lege quarta, §. ſi viam de vſucapion.* Sed tantùm quaſi poſſideri, *lege ſeruitutes 14. infra de ſeruitutibus*, iuncta, *lege ſi ædes 32. in fine, vrban. præd.* Quanquam nec verè poſſidet vſufructuarius rē ipſam in qua vſumfructum habet, cùm eam ſibi non habeat, *lege certè 6. §. is qui rogauit, infra de precar. lege penultima de acquirenda poſſeſſione.* Itaque dicitur tantùm videri poſſidere naturaliter, in dicta *lege naturaliter*. Quia nimirum in poſſeſſione eſt, & rem corporaliter tenet. Dixi ad *d.l. denique.*

b *Succurrendum eſſe.* Ratio dubitandi. Poteſt amiſſa poſſeſſio recuperari via ordinaria, & remediis interdictorum, Vnde vi, aut, Quod vi aut clam. Ergo captiuus ab hoſtibus reuerſus non indiget reſtitutione ad eam recuperandam.

Ratio decidendi. Qui capitur ab hoſtibus, is ex captiuitatis inſtanti amittit poſſeſſionem rerum ſuarum omnium quas antea per ſe poſſidebat, quia nihil poſſidere poteſt, qui ipſe ab aliis poſſidetur, *l. homo liber 54. §. vltim.* De acquirendo rerum dominio. Proinde poteſt quilibet eam poſſeſſionem tanquam vacantem nanciſci ſine vi alióve vllo vitio, *leg. furtum 37. §. primo de vſucapion.* Quæ res facit, vt per interdictum conueniri non poſſit. Ergo neceſſaria eſt reſtitutio ex hoc edicto, non ſufficiente ſcilicet poſtliminij poteſtate, vt ſuprà dixi. Planè ſi ponas fuiſſe illum dominum ante captiuitatem, aut creditorem qui fundum illum habuerit obligatum, non indigebit reuerſus reſtitutione, cùm poſtliminij fictio conſeruauerit ei integrum ius dominij & vindicationis, aut ius pignoris & hypothecariæ, per quas actiones certum eſt auocari poſſeſſionem quæ penes aduerſarium eſt, *leg. officium 9. lege qui petitorio 36. de rei vindicatione. leg. ſi cùm venditor 66. de euictionibus.* Et hoc eſt, quod videtur ſenſiſſe Accurſius in verbo, *poſſeſſionem.* Datur autem reſtitutio à prætore ad poſſeſſionem tantùm, non etiam ad cauſam vſucapionis, vt videatur vſucepiſſe quod non vſucepit, quia id ſine domini damno fieri non poſſet; vt dixi ad *l. nec vtil. 20. ſupr. h. tit.*

c *Et fructus quoque medio tempore ab alio perceptos.* Rat. dubit. Fructus percipiuntur, & acquiruntur non quidem iure ſeminis, ſed iure ſoli, *leg. qui ſcit 25. §. primo de vſuris.* Atqui prætor non reſtituit ad cauſam dominij, vt videatur hic poſſeſſor qui ab hoſtibus captus eſt vſucepiſſe, quod non vſucepit, vt proximè diximus ex *leg. nec vtilem 20. ſup. h. tit.* Ergo neque ad cauſam fructuum reſtituere debet.

Ratio decidendi. Hic locus intelligendus eſt de bonæ fidei poſſeſſore, qui poſſeſſionem, quam bona fide tenebat, amiſerit per captiuitatem, vt & alij omnes dicunt reſtituendam reuerſo poſſeſſionem. Nec enim malæ fidei poſſeſſor vnquam dignus eſſe poteſt, cui per hoc edictum aut per aliud auxilium ſuccurratur. Porrò bonæ fidei poſſeſſor tantum iuris habet, quod ad percipiendos, & acquirendos ſibi fructus, quantum ſi dominus eſſet, quia quod ad hoc penè domini loco habetur, *l. bonæ fidei 48. de acquirendo rerum dominio.* Nimirum propter bonam fidem, quæ tantum poſſidenti præſtat quantum veritas ipſa quoties lex impedimento non eſt, *leg. bona fides 136. de regulis iuris.* Ergo ſicut bonæ fidei poſſeſſorem reſtituere prætor debet ad poſſeſſionem, ita & ad fructus, qui poſſeſſionis cauſam tanquam immediatam ſequi ſemper ſolent, *lege videamus 38. §. ſi poſſeſſionem de vſuris, lege indebiti 15. infrà de condictione indebiti.* Alioqui non eſſet plena reſtitutio ſi fructus, & omnem cauſam non contineret, *leg. in condemnatione 173. §. 1. de regulis iuris.* Reſtituere namque is dicitur qui reſtituit, omne id quod actor habiturus fuiſſet, *leg. reſtituere 75. de verborum ſignific.* Poſſeſſor autem de quo agimus habiturus erat fructus ſi ab hoſtibus captus non fuiſſet. Id autem prætor agit in hoc edicto, vt perinde ſint omnia atque ſi nulla captiuitas interceſſiſſet, *d. l. videam. 38. §. in Fauia de vſur.* Denique fructus nunquam debent cedere lucro poſſeſſoris qui victus ſit, *l. & ex diuerſ. 35. § 1. de rei vindic.*

a *Ex vſufructu.* Deleo hæc verba tanquam irrepſitia. Non enim ſoli fructuario ab hoſtibus capto, & reuerſo reſtituendi ſunt fructus ab alio interim percepti, ſed etiam cuilibet bonæ fidei poſſeſſori, de quo & Papinianus, & Vlpianus in hoc paragrapho locutus eſt, perinde ac de fructuario. Etſi enim dici ſolet plus iuris habere fructuarium in fructibus retinendis, quàm bonæ fidei poſſeſſorem, quia fructuarius omnes ſuos facit abſolutè, nec vllos reſtituit, bonæ fidei verò poſſeſſor non facit ſuos, niſi interim quia cogitur poſtea reddere omnes quos neque conſumpſit neque vſucepit, *dict. leg. bonæ fidei, leg. certum. 22. Codice de rei vindicatione.* Tamen in prima fructuum acquiſitione plus iuris habet bonæ fidei poſſeſſor, quàm fructuarius, quia fiunt fructus bonæ fidei poſſeſſoris ſtatim atque à ſolo ſeparati ſunt, fructuarij verò, non niſi poſtquàm eos perceperit, *leg. ſi fructuarius meſſem 13. in fine, quibus modis vſufructuar. amitt.* Cæterùm quod ad cauſam huius edicti pertinet, nulla eſt inter fructuarium, & bonæ fidei poſſeſſorem differentia, quod ad fructus ab eo perceptos contra quem dat prætor reſtitutionem in integrum, quoniam in vtriuſque perſona vult prætor reſtitutionem eſſe pleniſſimam, & omnia in priſtinum, & integrum ſtatum reponi, quod non eſſet ſi fructus non reſtituerentur, *l. quòd ſi minor 24. § reſtit. leg. patri 27. §. 1. verſ. præd. ſupr. de minoribus, lege vnic. Codice de reput. quæ fiunt in iudic. in integrum reſtitut. leg. nec non 28. §. vltimo, infrà, hoc titulo.* At neque poteſt alius, quàm fructuarius percipere fructus ex vſufructu, cùm vſusfructus ſit ius reſidens in ſolius fructuarij perſona. Sanè ex re fructuaria, id eſt, in qua quis vſumfructum habet poteſt alius percipere fructus. Sed longè aliud eſt percipere fructus ex re fructuaria, aliud verò ex vſufructu. Nec Papin. aut Vlpianum, tam impropriè locutum fuiſſe probabile eſt.

3 ¶ Hi planè qui fuerunt in poteſtate captiui [a], vſu rem acquirere poſſunt ex [b] re peculiari e, & æquum erit, ex hac clauſula præſentibus, id eſt, qui non ſunt in captiuitate, ſubueniri: ſi, cùm non defenderentur, vſucaptum quid ſit. Sed & ſi dies actionis, quæ aduerſarius captiuum competebat, exierit, ſuccurretur aduerſus eum.

Ad §. 3. Hi planè.

Exceptio ponitur in hoc paragrapho ad id quod dictum fuerat in paragrapho primo, eum qui apud hoſtes eſt, nihil ſibi per vſum poſſe acquirere. Id enim potuiſſet quis adeò generaliter accipere: vt nec per ſe nec per alium poſſit captiuus vſucapere, quod non ita eſt. Poteſt enim per filiumfamilias aut ſeruum, vt ibi dixi.

a *Qui fuerunt in poteſtate captiui.* Rectè *fuerunt.* Nec enim amplius ſunt in poteſtate ex die captiuitatis, cùm captiuus interim ſit re vera ſeruus, & in poteſtate hoſtium, qui autem in aliena ipſe poteſtate eſt, alios in ſua habere non poſſit, *l. ſic enim 21. de adulter.*

b *Vſu rem acquirere poſſunt.* Ratio dubitandi. Filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipiſci poſſeſſionem rei peculiaris videtur, *lege filiusfamilias 93. de regulis iuris.* Quicquid enim peculiari nomine filius apprehenderit, hoc ſtatim pater eius poſſidet.

poſſidet, adeóque quamuis ignoret filium in ſua poteſtate eſſe, *lege quarta de acquirenda poſſeſſione.* Ergo nec vſucapere filiusfamilias poteſt quandiu pater apud hoſtes eſt, cùm ſine poſſeſſione vſucapio poſſit contingere, *leg. ſine poſſeſſione 25. de vſucapion.* Neque pater ipſe quicquam poſſidere qui ab alio, vt proximè diximus, poſſidetur, *leg. homo liber 54. §. vltim. de acquirendo rerum dominio.*

Ratio decidendi. Filiusfamilias quemadmodum ſibi non poſſit ex cauſa peculiari, ſed patri, ita nec ſibi vſucapit, ſed patri, tum quoque cùm pater apud hoſtes eſt. Sic enim locus hic intelligi debet, vt conſtat ex *leg. iuſto 44. §. vltim. de vſucapion. leg. in bello 12. §. facti autem cauſa. de cap. & poſtl.* Atqui inquies, pater qui in hoſtium poteſtate eſt, non eſt capax poſſeſſionis. Reſpondeo duo eſſe in poſſeſſione quæ proſit ad vſucapionem: Factum, id eſt, detentationem, & ius quod ei detentationi tantam vim tribuit, vt ex ea ſequi vſucapio poſſit. Vtriúſque quidem incapax eſt, pater quandiu apud hoſtes eſt. Sed tamen fictio poſtliminij, ſicut ei conſeruat cætera iura omnia, ita & ius poſſeſſionis, id eſt, poſſeſſionem ipſam, quatenus iuris eſt. Quatenus autem facti eſt, conſeruari quidem per poſtliminium non poteſt, quia cauſa facti non continetur poſtliminio, ſed non indiget hac parte pater fictione vlla poſtliminij, vt nec proprio corpore, cùm poſſideat alieno corpore, id eſt, filij ſui. Nam & filium ei conſeruat fictio poſtliminij. Idémque in ſeruo iuris eſt, ſi quid dominus per ſeruum ante captiuitatem poſſidebat, aut durante captiuitate poſſidere cœperit, *dicto paragrapho facti autem cauſa.* Vbi refertur Marcelli in hac quæſtione à Iuliano diſſenſio. Nec mirum: eſt enim tractatus hic ſubtilis. In *dict. §. factu* pro *nactus lege captus.*

c *Ex re peculiari.* Suſpecta mihi ſunt hæc verba qui video in *dict. §. facti* autem cauſæ ſcriptum eſſe generaliter, impleri durante captiuitate vſucapionem eorum quæ captiuus per ſubiectas ſibi perſonas poſſidebat, & vſucapiebat ante captiuitatem. Diſtinctionem verò illam vtrùm peculiaris cauſa fuerit necne adhiberi duntaxat in iis rebus quæ poſteà, id eſt, poſt captiuitatem apprehenduntur, de quibus, & in *leg. iuſto 44. §. vltim. de vſucapion.* Et verò ſi hoc ſenſiſſet Vlpianus, non ita, vt puto, ſcripſiſſet *ex re peculiari.* Sed potiùs, *ex cauſa peculiari*, cùm in præcedentibus ſcripſiſſet *rem acquirere poſſunt.* Inſulſa enim locutio illa eſt, *rem acquirere ex re peculiari.* Facilè autem potuerunt hæc verba, quæ tollimus irrepere in textum ex gloſſa interpretis exiſtimantis, quod alij vulgò exiſtimant ex ſola cauſa peculiari poſſe filiumfamilias, aut ſeruum vſucapere patri, vel domino apud hoſtes conſtituto. Non adhibita ea diſtinctione, quam nos adhibemus. An de continuanda vſucapione tractetur, an de inchoanda. In ea quæ inchoatur vera eſt interpretum ſententia, ſed non in ea quæ continuatur.

d *Id eſt, qui non ſunt in captiuitate.* Eſt quoque hoc gloſſema ſtulti interpretis, & valdè otioſi. Nec enim Vlpianus putaſſet quemquam fore tam ineptum apud quem dictio illa *præſentibus*, aliqua egeret interpretatione, ſed & ridicula iſta interpretatio eſt, affirmationis per negationem. Præſentes enim hoc in tractatu illi dicuntur, non qui non ſunt in captiuitate, ſed qui ſunt in ciuitate. Finge enim illum, qui contra captiuũ alioquin agere potuiſſet & debuiſſet adfuiſſe reipublicæ cauſa vel in vinculis vel in ſeruitute fuiſſe. Nemo dicet eu fuiſſe in captiuitate. Et tamen verum erit dicere non fuiſſe cum præſentem, idéoque reſtitui debere non tam contra abſentem, quàm quaſi & ipſum abſentem, atque ex priore potiùs, quàm ex poſteriore parte huius edicti. Non tam enim læſus fuit, quod aduerſarium abſentem habuerit, quàm quia & ipſe abſens fuit qui agere non potuiſſet tametſi aduerſarius in ciuitate manſiſſet.

e *Si cum non defenderentur.* Legendum eſt, *defenderetur.* Nam ſi de captiuo in ſingulari numero, Vlp. loquitur, & in præcedent. & in ſeqq.

f *Sed etſi dies actionis exierit.* Ratio dubitandi. In poteſtate actoris eſt quando agat, non item in poteſtate rei quando conueniatur, *lege purè 5. §. vltimo, de doli mali exceptionibus, lege petenda 6. Codice de tempor. in integrum reſtitution.* Ergo non eſt ſuccurrendum actori contra captiuum ſi dies actionis exierit, præſertim cùm non poſſit imputari ei, qui captus ab hoſtibus fuit pro republica, cur non potuerit conueniri.

Ratio decidendi. Datur reſtitutio actori contra captiuum ab hoſtibus reuerſum. Non quia poſſit aliquid imputari captiuo, neque in odium captiui, ſed in fauorem actoris, quia nec actori quicquam imputari poteſt, cur non egerit contra eum, qui non potuit conueniri.

4 ¶ Deinde adiicit prætor, *ſecúmve agendi poteſtatem non faceret*: vt, ſi, dum hoc faciat, per vſum acquiſitio impleta, vel quid ex ſupra dictis contigit, reſtitutio concedatur: meritò, nec enim ſufficit ſemper in poſſeſſionem bonorum eius mitti: quia ea interdum ſpecies eſſe poteſt, vt in bonis latitantis mitti non poſſit, aut non latitet. Finge enim, dum aduocationes poſtulat a, diem exiſſe: b vel dum alia mora iudicij contingit.

Ad §. 4. Deinde.

Ratio dubitandi. Is qui ſecum agendi poteſtatem non facit, cùm hoc ipſo latitet cogitur pati miſſionem in poſſeſſionem bonorum, *lege Fulcinius 7. & toto titulo, quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat.* Ergo fruſtrà prætor contra eum reſtitutionem pollicetur, cùm alia ratione, & iure communi indemnis ſeruari actor poſſit. Maximè quia contra latitantem non ſolùm permittit prætor miſſionem in poſſeſſionem, ſed etiam venditionem bonorum, per quam venditionem facilè conſequi actor indemnitatem poteſt, *lege item ait 21. §. vltimo, ſuprà, hoc titulo.*

Ratio decidendi. Non ſemper ſufficiens eſt remedium miſſionis in poſſeſſionem, ne tum quidem cùm eam miſſionem ſequi venditio poteſt. (Sic enim locus hic accipi omnino debet, cùm alioqui ſola miſſio nunquam ſit ſufficiens, vt dixi ad *dictum §. vltimum.*) Quia interdum ſpecies talis eſſe poteſt, vt in bona latitantis mitti actor non poſſit, vel propter naturam rei, quòd fortaſſis prædia ſint inundata vel propter potentiam latronum, vt in *leg. cùm vnus 12. §. vltim. de rebus auctor. iudic. poſſid.* Aut vt reus qui ſecum agendi poteſtatem non facit, dolo tamen careat, idéoque nec latitare dici poſſit, putà ſi dies actionis exierit, dum ille aduocationes poſtulat, vel dum alia mora iudicij contingit. Habet enim iudicium ſuas moras, *leg. etiam 15. vt legat. ſeruandorum cauſ. caueat.* In quorum caſuum altero non poteſt fieri miſſio quaſi nihil ſit, quod poſſideatur, *dicto §. vltimo,* in altero autem non poteſt fieri venditio bonorum, quia latitatio nulla eſt, *dict. leg. 21. in fine, ſuprà eodem.* Ergo neceſſarium fuit auxilium prætoris, & neceſſaria hæc adiectio, quæ nec inutilis eſt contra latitantem ne melioris conditionis ſit doloſus quàm qui dolo caret, *l. prox. infra vt dixim. ad d. l. 21. in fin.* Sed tamen neceſſaria non eſt ſi modò aliquid ſit, quod poſſideri ac vendi poſſit, vt hic locus probat.

a *Dum aduocationes poſtulat.* Id eſt, vt & Accurſius interpretatur *aduocatos.* Aduocati enim petentibus dandi ſunt, *leg. 1. §. ait prætor, ſupra de poſtul. leg. nec quicquam 9. §. aduocatos.*

§. aduocatos de offic.procon§. & ex ea cauſa dilatio quoque concedenda eſt, *l. ab hoſtibus 15.§.vlt.ſupr.hoc tit.l.1.C. de dilat.* Euenit enim plerumque vt certis ex cauſis aduocatum quis non inueniat vel ambitione & gratia aduerſarij vel etiam metu, *d.§.ait prætor.*

b *Diem exiſſe.* Ratio dubitandi. Pendente dilatione quæ datur vni ex litigatoribus ſiue actor ille ſit, ſiue reus indemnis ſeruari vterque litigatorum debet, *l.2.§.in omnibus infra de iudic.* Ergo non eſt neceſſaria reſtitutio in integrum.

Ratio decid. Indemnis quidem ſeruatur actor, ſed per in integrum reſtitutionem ſi actio fuerit temporalis, & tempus interim exierit, quia pendente dilatione officiũ quidem iudicis, vt pragmatici dicere ſolent, conquieſcit, *l.à procedente 4.C.de dilat.* ſed tempus actionis non cò minus ſuo Marte currit, *l.ab hoſtibus 15.§.vlt. ſupr.hoc t.* vbi dixi. Reus ſanè indemnis ſeruatur ipſo iure, *§.illud quoque, verſ.nihil in medio Nouell.53. de exhibend. & introduc. reis*, quia reorum exceptiones ſolent eſſe perpetuæ non temporales, *leg.purè 5.§.vltim.de doli except.* Scio fieri mentionem temporalium exceptionum, quæ ex vetere iure vel ex principalibus decretis deſcendunt, vt loquitur Anaſtaſius, in *leg.omnes 4.Cod.de præſcription. 30.vel 40. annor.* in quibus idem iuris eſt ſanè quod in actionibus vt earum tempora omnimodo currant, ſitque neceſſaria reo, dum ne minori (excipiendi enim ſunt minores poſt *l.vnic.C.in quibus cauſ.in integr.reſtit. non eſt neceſſ.*) reſtitutio ad exceptionem repetendam non minùs quàm actori ad amiſſam actionem recuperandam. Niſi quod facilius eſt vt ſuccurrendum ſit reo, quàm vt actori, *l.petenda 6.C.de temp. in integr.reſtitut.* quoniam vt ea lex ait, minus poteſt imputari reo, in cuius poteſtate non fuit quando conueniretur, nec proinde quando exciperet, quàm actori in cuius poteſtate fuit quando ageret. Sed ſi ex iuriſdictione prætoris deſcendat exceptio, perpetua ſemper eſt, nec poteſt dici temporalis, niſi eo ſenſu quòd ſit præſcriptio temporis aduerſus actionem quæ ipſa temporalis eſt. Multum enim refert an actioni tempus præfinitum ſit, an exceptioni, *l.3. & 6.C.quib.non obijc.long.temp.præſcr.* Vide quæ ſcripſi, ad *l.auxilium 37.ſupr.de min.* Itaque cùm olim actiones omnes ciuiles eſſent perpetuæ, exceptiones verò ciuiles non niſi temporales. E contrario actiones prætoriæ magna ex parte erant annales & conſequenter temporales (exceptis ſcilicet iis quæ habent rei perſecutionem, *l.in honorariis 35.de oblig.& act.*) exceptiones verò omnes perpetuæ. Quod cùm ita ſit, mirum videri poteſt cur non prætor hoc edicto polliceatur in integrũ reſtitutionem ad temporales exceptiones ciuiles, ſicut & ad actiones prætorias temporales recuperandas. Finge enim maiorem qui potuit intra quinquennium obijcere exceptionem non numeratæ pecuniæ aduerſus perpetuam actionem pecuniæ creditæ captum fuiſſe ab hoſtibus aut reipublicæ cauſa abfuiſſe toto quinquennio. Cur non poſtquam reuerſus eſt, debebit reſtitui ex hoc edicto? perinde ac ſi amiſiſſet actionem. An non enim æquè damnum patitur? Aut an non perinde æquum eſt vt indemnis ſeruetur? Reſpondeo eo caſu quo ciuilis aliqua exceptio temporalis competat, qualis eſt non numeratæ pecuniæ, (aliam enim vllam video, ſiquidem quadriennij præſcriptio de qua in *l.1.C.de quadr.præſcr.* & illa quinquennij, de qua in *l.1. C.in quib. cauſ.non eſt neceſſ.in integrum reſtit.* temporalem faciunt actionem, non autem ipſæ temporales ſunt exceptiones, niſi eo ſenſu quo ſupra diximus) etiam actionem ciuilem eo nomine competere, id eſt, condictionem per quærelam propoſitam non numeratæ pecuniæ, *l.4.l.ſi quaſi 7.C.de non numer.pecun.l.3. Cod. de condict.indeb.l.ſi indebitum 15.C.de fideiuſſ.l.3.infr.de cond.ſi cauſ.* Hanc verò actionem licèt ſit ciuilis, tamen, quod ſanè mirum & valdè nouum eſt, temporalem eſſe conſtat & quinquennalem, ſicut & quinquennalis eſt exceptio non numeratæ pecuniæ, *l.vltim.Cod.de condict.ex leg.* alioqui quid noceeret temporalem eſſe exceptionem ſi actio ex eadem cauſa competens, perpetua eſſet? Ergo & ad edictum hoc pertinet, vt ſi amiſſa ſit propter abſentiam aut eius cui competit aut aduerſarij, reſtituatur ex hoc edictu: quod ſufficit ad præſtandam læſo indemnitatem, fruſtràque prætor reſtitueret exceptionem. Quanquam & reſtituta actione vix eſt vt exceptionem denegare poſſis, & cui reſtitutionis auxilio dat etiam actionem, *l.1.§.ut autem de ſuperfic.l.munitus 156.§.1.de reg.iur.* Proinde reſtituitur etiam exceptio, ſed in conſequentiam actionis reſtitutæ.

24. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

SEd ad eos pertinet, qui conuenti [a] fruſtrantur, & qualibet tergiuerſatione [b], & ſolertia afficiunt, ne cum ipſis agi poſſit.

Ad l. Sed & ad eos 24.

a *Qui conuenti.* Ratio dubitandi. Per huiuſmodi conuentionem perpetuatur actio, *l.ſicut 3.C.de præſcript. 30. vel 40.annor.* Ergo non eſt neceſſaria reſtitutio ex hoc edicto.

Ratio decidendi. Agitur in hac lege de vſucapione, quæ non interrumpitur per ſolam citationem, at ne quidem per litis conteſtationem, *l.ſi poſt acceptum 18.infr. de rei vindic.* itémque de temporalibus actionibus, quæ per ſolam conteſtationem & perpetuabantur olim, & hodie etiam perpetuantur: Non autem de præſcriptione triginta annorum, quam Theodoſius primus introduxit, in *dict.l.ſicut*, & quæ ſicuti minus fauorabilis eſt, ita faciliùs & per ſolam citationem ex eadem conſtitutione interrumpitur. Nec enim potuerunt Iureconſulti de præſcriptione 30.ann. quicquam ſcribere aut ſentire, cùm eorum temporibus eſſet incognita. Erant ſiquidem perpetuæ omnes actiones quas Theodoſius triginta annorum ſpatio concluſas voluit. Cæteræ verò quæ temporales erant non aliter quàm per litis conteſtationem perpetuari poterant, *l. aliam 19.in fin. de nouat.l. omnes actiones 139.de reg. iur.* ſiue in rem ſiue in perſonam eſſet actio, neque hodie perpetuantur, vt dixi. Nihil enim in his actionibus innouauit Theodoſ. ſed in iis tantùm quas ex perpetuis fecit temporales. Id enim egit vt actiones faceret breuiores, non vt longiores, *l.4.eod. tit.* Quod neque Accurſ. neque Ioannes, ad *§.vlt. l.præc.* intellexerunt.

b *Et qualibet tergiuerſatione.* R.dub. In omnibus cauſis pro facto accipitur id in quo per alium mora ſit quominus fiat, *leg.omnibus 39.de regul.iuris.* Ergo cùm quis conuentus fruſtratur, & qualibet tergiuerſatione vel ſolertia efficit ne cum eo agi poſſit, perinde debet ac ſi cum eo actum eſſet.

R.dec. Ea iuris regula ad conditiones ſolas pertinet quæ in omnibus cauſis habentur pro impletis in præiudicium illius per quem ſtat quominus impleantur, *l. in iure ciuili 161.eod. tit. leg. iure ciuili 24. de cond. & demonſtr.* Non autem ad obligationes neque ad actiones, *l.ſi per te non ſtat 9.C. de vſur.l.vlt. C.de pignor. act.* Itaque non poteſt dici quis egiſſe ob id ſolum quod per aduerſarium ſteterit quominus actum ſit, & idcirco neceſſaria reſtitutio eſt hoc caſu perinde ac ſi nulla aduerſarij tergiuerſatio interueniſſet.

25. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

QVod quidem ſimili modo ad eum quoque pertinere dicemus, qui non fruſtrandi gratia id faceret, ſed quòd multitudine rerum diſtringeretur.

Ad l. Quod quidem 25.

Ratio dubitandi. Debet aliqua eſſe differentia inter doloſos, & eos qui carent dolo, vt & inter deſides ac diligentes, *leg. 2. C. de annal. except.* itémque inter ſtultos & errantes, *l. regula 9. §. vlt. de iur. & fact. ign. leg. vlt. de rit. nupt.* Ergo melior eſſe debet conditio eius qui multitudine rerum diſtrictus non paſſus eſt ſecum agi, quàm qui tergiuerſatione aliqua & mala ſolertia id fecit.

Ratio decidendi. Melior eſt conditio eius qui caret dolo in iis quæ fiunt in pœnam doli & in odium doloſi, ſed non in iis quæ fiunt in fauorem alterius qui ex propria perſona meritur fauorem reſtitutionis quam petit, non ex odio aduerſarij ſui. Non enim prætor ideò reſtituit actorem qui aliqua de cauſa agere non potuit, vt noceat ei contra quem agi debuit, ſed vt ſeruet indemnem eum qui agere debuit, & cui ſufficit ad cauſam reſtitutionis, quod nihil poſſit ei imputari, nec per ipſum ſteterit quominus egerit, quamvis nec magis aduerſario imputari quicquam poſſit, vt conſtat apertiùs, ex *pr. l. ſeq.*

26. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

SEd & ſi per prætorem ſtetit, reſtitutio indulgebitur.

Ad l. Sed & ſi 26.

R. dub. Cùm per prætorem ipſum ſtetit quominus intra tempus conſtitutum ageretur, ſiue quòd copiam ſui non fecerit ad litem inter litigatores conteſtandam, ſiue quòd iudicem & actionem dare ſine cauſa recuſauerit, (nihil enim horum ſine prætore fieri poteſt) nullam habet actor de ſeipſo aut de aduerſario conquerendi occaſionem, ſed tantùm de prætore, vt de iudice, in *l. argentarius 10. §. vlt. ſupr. de edend.* Iniuria autem quæ fit actori per prætorem non debet reum contingere, *l. 1. per imprudentiam 5. t. de euict. l. exceptione 67. de fideiuſſ.* Ergo non eſt hæc iuſta cauſa dandæ reſtitutionis, cùm in integrum reſtitutio erroris proprij veniæ petitionem, vel aduerſarij circumuentionis allegationem contineat, non magiſtratus aut iudicis iniquitatis querelam, *l. præfecti 17. ſupr. de minor.*

Ratio decidendi. Differt hæc reſtitutio maiorum ab illa minorum, de qua in *d. l. præf.* quia in hoc nihil aliud inquirit prætor niſi an actor qui petit reſtitutionem aliquid amiſerit, & an ei aliquid imputari poſſit. Vt quoties videt nihil ei poſſe imputari, & tamen manſurum eum in damno ſi non ipſi ſuccurratur indulgeat reſtitutionem. Nec vlla in eo fit iniuria aduerſario contra quem datur reſtitutio cùm per eiuſmodi reſtitutionem lucrum dumtaxat ei eripiatur, quòd non haberet ſi actor impeditus non fuiſſet, nullum verò illi damnum irrogetur, vt ſæpius à nobis dictum eſt in hoc tractatu. Bene verò hîc Accorſius ſeparat præſcriptionem inſtantiæ iudicij à præſcriptione actionis. Si enim ſtet per iudicem ne finiatur inſtantia intra tempus conſtitutum ipſo iure non currit tempus inſtantiæ §. *hoc quoque Nouell. 119. vt ſponſal. largit.* vbi Iuſtinianus hoc conſtituit tractans de cauſa appellationis. At non ideò minùs currit tempus actionis, quæ ſui natura eſt temporalis. Sed non illud æquè probo, quod ait idem Accurſius, poſſe initium huius referri ad verba illa edicti, *cúmve Magiſtratus de ea re appellatus eſſet.* Nec ſi appellatum Magiſtratum eo loco accipias pro interpellato, non pro eo qui ex appellatione cognoſcat. Repugnat enim ordo verborum edicti & interpretationis, quam ad edictum adhibet Vlpianus, cùm nondum explicita ſint verba illa quæ in contextu edicti præcedunt, *aut cùm eum inuitum in ius vocare non liceret*, ex quorum interpretatione petenda eſt haud dubiè ſententia ſuperiorum verborum, vt dicemus ad §. *ait prætor aut cùm. in fr. hac lege.* Etſi noſtra quoque interpretatio quam attulimus, in *leg. 1. ſupr. non eſt improbabilis.*

1 ¶ Aduerſus relegatum reſtitutionem faciendam ex generali clauſula Pomponius ait: ſed & non ipſi concedendam [a]: quia potuit procuratorem relinquere, ex cauſa tamen puto etiam ipſi ſuccurrendum [b].

Ad §. 1. Aduerſus.

R. dub. Relegatus non tantùm liber & ciuis remanet, ſed etiam dominus rerum ſuarum, quia relegatio non adimit bona niſi ſpecialiter ac nominatim id dictum ſit, *l. relegatus 14. §. 1. de interd. & releg. leg. deportatorum 8. Cod. de pœn.* Ergo non eò minùs conueniri poteſt, ac proinde nulla cauſa eſt dandæ contra eum reſtitutionis actori qui actionem tempore amiſit aut rem ſuam à relegato vſucapi paſſus eſt.

Ratio decid. Vt poſſit quis conueniri, non ſufficit vt ſit ciuis & bona habeat, quanquam ſunt iſta etiam neceſſaria, ſed illud etiam requiritur vt ſit præſens, vel ob hoc maximè vt poſſit vocari in ius, cùm actionum omnium inſtituendarum principium proficiſcatur ab ea parte edicti quæ eſt. De in ius vocando, §. *omnium Inſt. de pen. temer. litig.* Atqui relegatus in inſulam abſens eſt & quidem ita vt in ciuitate eſſe non poſſit, non ſolùm ſine dedecore, quod ſufficeret, *leg. in eadem 19 ſupr. hoc tit.* ſed nec ſine metu grauioris pœnæ, *l. relegati 4. infra de pœn.* Contra eum igitur agi nullomodo poteſt, ne quidem quaſi contra contumacem, *l. contra pupillum 54. de re iudic.* Contumax enim videri non poteſt, qui etiamſi maximè velit adeſſe, tamen non poſſit, ſiue iure ſiue facto aliquo impediatur. Reſtitutio igitur contra eum perinde atque contra abſentem alium quemlibet, imò multò magis facienda eſt: ex generali nimirum clauſula, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Etſi enim prima pars edicti reſtitutionẽ non pollicetur contra abſentes, ſed abſentibus: ſecunda verò pars videtur generalis, in qua prætor nulla certarum perſonarum enumeratione facta omnes abſentes, qui non defenduntur, complexus eſt, vt ſcriptum eſt, in *leg. item prætor. 21. ſup.* in quo numero etiam relegatus videtur contineri poſſe cùm tamen ſequens clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, indiſtinctè concepta ſit poſt promiſſam & abſentibus & contra abſentes reſtitutionem, nihil vetat quin ad ſecundam edicti partem non minus quàm ad primam referatur. Nec putandum eſt fruſtrà hoc à nobis diſputari, quaſi parum aut nihil interſit an ex illa

clau

clauſula reſtitutio detur. Nam imò verò intereſt quàm maximè ſiquidem ſecunda pars edicti non aliter locum habet, quàm ſi amici abſentis interrogati fuerint an defendant abſentem præterquam ſi nemo ſit qui irrogari poſſit, *leg. ergo* 21. *ſupr. eod.* Tertia vero pars edicti & generalis illa clauſula, de qua hunc locum intelligimus, non hoc requirit. Et verò abſurdum eſt interrogari amicos relegari an velint eum defendere. Tunc enim ea obſeruatio neceſſaria eſt, cùm ſi nemo exiſtat defenſor mitti poteſt actor in poſſeſſionem bonorum eius qui non defenditur, *d. leg. item ait* §. 1. *& leg. ait pretor* 23. §. *vlt.* Relegati autem bona poſſideri certè vendi non poſſunt, niſi cùm ad tempus tantùm relegatus fuit, *leg. ad cognitionem.* 13. *in fin. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Etſi quod eo loco ſcribitur vendi bona eius qui exilio temporario punitus fuit, innotere videtur eius bona qui in perpetuum relegatus ſit, vendi quidem non debere, ſed tamen poſſideri poſſe: Venditio enim fit quidem in pœnam & odium eius qui cùm poſſet adeſſe & ſe defendere, ita tamen abeſt vt neque per alium defendatur, ſed miſſio in poſſeſſionem fit ad cuſtodiam duntaxat, & vt res ſit in tuto creditori: ob idque nec aduerſus eum denegatur qui reipublicæ cauſa abeſt, *leg. ignorare* 4. *C. de veſtit. milit.* Cuius deteriorem quàm delinquentis in perpetuum relegati conditionem eſſe debere nemo probabiliter dixerit. Verùm vt vt ſit, non puto tam fauorabiliter agendum eſſe cum relegato ſiue ad tempus ſiue in perpetuum relegatus ſit (neque enim hæc lex diſtinguit) vt ob id minus reſtitutio aduerſus eum indulgeri debeat, quod amici eius non fuerint interrogati an vellent eum defendere. Et tamen hoc conſequens eſſet ei ſententiæ quam Accurſius probat, vt huius §. verba ad ſecundam non tertiam edicti partem referenda ſint.

a *Sed non & ipſi concedendum.* Ratio dubitandi. Nihil commune habet delictum cùm cauſa & æquitate reſtitutionis, *l. Papin.* 20. *ſupr. de minor.* Ergo non minùs ſubueniendum eſt relegato, quàm contra relegatum.

R. dec. Indignus eſt relegatus cui ſubueniatur non propter pœnam ei irrogatam, ſed quia procuratorem in ciuitate relinquere potuit, *d. leg. Papinianus. leg. ſi qui reipublicæ* 39. *infr. hoc titulo.* Dixi latè ad *d. l. Papinianus*, & de ſententia verborum quæ hic ſequuntur, *ex cauſa tamen pato ipſi ſuccurrendum.* Quæ nec Accurſius noſter male explicat, ex *leg. nec non* 28. *in princ. & leg. ſi qua* 40. § *quod eo tempore infr. hoc tit.* iunct. §. *vlt. huius leg.* Etſi falſum eſt, meo iudicio, quod diſtinguit hac parte inter abſentiam quæ ſit neceſſaria tantùm, & eam quæ ſit vel tantùm probabilis, vel neceſſaria ſimul & probabilis. Nam præter id quod lex nulla eſt, quæ diſtinguat, illud etiam conſtat eius qui ex probabili tantùm, non etiam ex neceſſaria cauſa abſit, longè minùs fauorabilem cauſam eſſe quàm eius qui abſit ex neceſſaria tantùm. Inde námque eſt quod iis qui ex neceſſaria tantum cauſa abſunt omnimodo ſuccurrit prætor, nec deliberat an iis ſuccurrere debeat. Iis verò qui ex probabili tantum cauſa abſunt, nõ omnimodo ſuccurrere debet, ſed deliberare an eis ſubuenire debeat, vt ſcriptum eſt, in *d. l. nec non* Verba namque edicti de ea ſola abſentia loquuntur, quæ ſit neceſſaria. Neque ſanè fauorabilis valde eſt iis qui vltro abeſt, licèt abſentiæ cauſam iuſtiſſimam & probabiliſſimam habeat, cùm ſe ipſe in eam petendæ poſtea reſtitutionis neceſſitatem coniecerit, arg. *leg. ſi fideiuſſor* 7. §. 1. *ſupr. qui ſatiſd. cog. leg.* 2. §. *ſi quis tamen ſupr. ſi quis caut.*

2 ¶ Ait prætor, *aut eum cùm inuitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur*, hæc clauſula ad eos pertinet, quos more maiorum ſine fraude a in ius vocare non licet: vt conſulem, prætorem, cæteróſque, qui imperium, poteſtatémve quam habent. Sed nec ad eos pertinet b, quos prætor prohibet ſine permiſſu ſuo vocari quoniam aditus potuit permittere: patronos putà, & parentes.

Ad §. 2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Iudicium redditur in inuitum, *leg. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Atqui actionum omnium inſtituendarum principium proficiſcitur à vocatione in ius, §. *omnium Inſt. de pœn. temer. litig.* Ergo & inuitum reum quemlibet, ac cuiuſcunque ſit dignitatis in ius vocare licet. Nec enim dignitas quemquam exonerat ære alieno, & inuidioſum eſt ob id minùs conueniri quem aut condemnari poſſe quòd illuſtri aliqua præfulgeat dignitate, *l. ad inuidiam* 6. *C. de eo quod met. cauſ.*

Ratio decidendi. Vocatio in ius habebat olim vim & impreſſionem. Qui enim vocabatur, ſi ſequi nollet, rapiebatur, & quidem obtorto, ſi opus eſſet, collo, vt ſcripſimus ad *tit. De in ius vocand.* Atqui eam vim publicè fieri Magiſtratibus populi Romani, non ſolùm inciuile, ſed etiam improbum publicóque exemplo vindicandum fuiſſet violata tam impudenter dignitate eorum quibus è contrario debitam ab omnibus reuerentiam exhiberi intererat reipubl. cuius maieſtas læſis magiſtratibus læſa quoque videri debuiſſet. Rectè igitur placuit more maiorum ſine fraude, id eſt, impunè vocare non licere maiores illos magiſtratus Conſulem, Prætorem: cæteróſque qui imperium poteſtatémve aliquam haberent: nec permittente quidem prætore, ſiue quòd neque par in parem, neque minor & inferior magiſtratus in ſuperiorem habeat imperium, *l.* 3. §. *vlt & l. ſeq. infr. de recept. qui arbitr. leg. ille à quo* 13. § *tempeſtiuum infr. ad SC. Trebell.* ſiue quòd inciuile ſit id peti à prætore quod ipſe etiamſi maximè poſſet concedere veriſimiliter, tamen nunquam conceſſurus eſſet, ne ſi aliorum magiſtratuum dignitatem pateretur lædi, hoc ipſo ſuam quoque lædere videretur, iunge *l.* 2. *ſupr. de in ius voc. leg. pars literarum* 48. *infr. de iudic.*

a *Sine fraude.* Rectè Accurſ. id eſt, ſine pœna. Fraudem enim veteres pro pœna dicebant, *l. cùm autem* 23. §. *excipitur infr. de ædil. edict. l.* 1. §. 1. *ad l. Falc.*

b *Sed non ad eos pertinet.* R. dub. Aditus prætor ad permittendam in ius vocationem parentis aut patroni ſicut permittere poteſt, ita & interdum denegare. Quid enim ſi actio ſit famoſa? Denique cauſæ cognitio hoc caſu neceſſaria eſt, *l. ſed ſi hac* ? 10. §. *pæ. & vlt. ſupr. de in ius voc.* Ergo non magis ad eos pertinere poteſt hoc edictum, qui ſine permiſſu prætoris in ius vocari non poſſunt quam ad eos qui nec ſine fraude. Neque poteſt bona videri ratio illa quæ hîc ponitur, *quoniam aditus potuit permittere*, cum è contrario perinde dici poſſit, *quoniam aditus poteſt denegare.*

R. dec. Aditus prætor non ſolùm poteſt permittere vocari in ius parentes aut patronos, ſed etiam permittit ſemper, niſi vel qualitas actionis quæ ſit famoſa, vel quid aliud impediat ne prætor id permittere debeat. Ergo imputare ſibi debet actor ſi non petierit à prætore id quod tam facilè prætor fuerit conceſſurus. Ita vt poſſit dici non eſſe hoc beneficium ſi quis à prætore impetrauerit, ſed iniuriam ſi fortè non impetrauerit, quomodo loquitur Vlp. *l.* 1. §. *pen. de aqua quotid. & æſtiu.* Quid ergo ſi prætor aditus ſit, nec prætor voluerit permittere? Iam incipiet hoc edictum ad iſtas quoque perſonas pertinere quia hæc ratio ceſſabit. Nec tamen quicquam erit à quo appellari poſſit cùm nihil pronunciet prætor qui non permittit vocationem. Et hoc eſt in edicto, *cúmve magiſtratus ae ea re appellatus eſſet*, id eſt, de eo vt permitte

permitteret illum in ius vocari, quem alioqui vocare inuitum non licebat. Nam priora illa edicti verba, *aut cùm inuitum eum in ius vocari non liceret*, non minus conueniunt parenti aut patrono quàm Conſuli quandiu prætor non permiſit. Ideòque fuit neceſſaria hæc adiectio propter ſecundum hoc genus perſonarum quæ in ius vocari poſſunt permittente prętore, non propter primum genus, eorum ſcilicet quos more maiorum ſine fraude inuitos vocare in ius non licet, de quibus nunquam interpellatur prætor, quia nec vnquam hoc permitteret, vt proximè diximus. Rectè igitur Vlpian. ait hanc clauſulam, *aut cùm eum inuitum*, pertinere ad iſtos tantùm non ad illos, nimirum quia de illis ſpecialiùs cautum fuit per ſubſequentem, *cúmve Magiſtratus de ea re appellatus eſſet*, quæ iſtis conuenire non poteſt, quanquam non eſt à præcedentibus verbis generalibus ſeparanda, ſine quibus nec intelligi poteſt. Ob idque nullam horum verborum ſeparatam interpretationem Vlpianus fecit, ſed eam complexus eſt iis verbis, *quoniam adiius*, &c.

3 ¶ Deinde adiicit, *neque defenderetur*, quod ad omnes ſupraſcriptos pertinet, præterquam ad eum qui abſens quid vſucepit: quoniam plenè ſuprà de eo cautum eſt.

Ad §. 3. Deinde adiicit.

R. dub. Contra eum qui abſens quid vſucepit datur reſtitutio ſi defenſus non ſit, *l. item ait prætor 21. in pr. ſup. hoc tit.* Ergo hæc clauſula *neque defenderetur* ad abſentem quoque pertinet.

Ratio decidendi. Idem iuris quidem eſt in abſente quod in cæteris contra quos prætor ex ſecunda huius edicti parte dat reſtitutionem, vt nimirum nulla detur reſtitutio niſi ſub hac exceptione, *ſi is contra quem petitur non fuerit defenſus*. Sed alia tamen clauſula fuit in qua prætor de abſente locutus eſt, alia in qua de cæteris. De abſente ſolo primùm locutus eſt & plenè, id eſt, adiecta etiam ſpecialiter illa clauſula, *cùm abſens non defenderetur*. De cæteris verò, id eſt, de eo qui in vinculis eſſet, aut qui ſecum agendi poteſtatem non faceret, aut quem inuitum in ius vocari non liceret, nondum locutus fuerat plenè, quia non expreſſerat an aduerſus eos reſtitutionem omnimodo polliceretur, an ſub eadem exceptione, *ſi non defenderentur*. Meritò igitur adiecit clauſulam iſtam generalem, *neque defenderetur*, quæ etſi concepta in numero ſingulari, ad omnes tamen ſupraſcriptos pertineret, & in ſingulorum perſonis repetita intelligeretur, non etiam in perſona abſentis cùm de eo per ſeparatam & ſpecialem clauſulam penè cautum eſſet. Nam, vt bene Accurſius notat, generalis clauſula non porrigitur ad ea de quibus ſpecialiter cautum fuit, *leg. doli 119. de verbor. obligation. l. vxorem 41. §. feliciſſimo de legat. 3. leg. talis ſcriptura 30. leg. ſi quando 109. de legat. 1.* iunge *leg. coheredi 41. §. qui diſcretas*, de vulgari & pupillari ſubſtitutione. Ex quo apparet quàm imperitè faciant vulgò notarij noſtri qui in omnibus propemodum inſtrumentis ſolent addere clauſulam, per quam contrahentes poſt generales renunciationes expreſſas renuncient etiam iuri dicenti generalem renunciationem non valere, ſi ſpecialis non præcedat. Vbinam enim gentium tale ius ſit, neque poſſint illi dicere, neque ego diuinare.

4 ¶ Ait prætor, *ſiue cui per Magiſtratus ſine dolo malo ipſius actio exempta eſſe dicetur*: hoc quò? vt ſi per dilationes iudicis effectum ſit, actio eximatur, fiat reſtitutio. Sed & ſi Magiſtratus copia non fuit, Labeo ait reſtitutionem faciendam. Per Magiſtratus autem factum ita accipiendum eſt, ſi ius non dixit, alioquin ſi, cauſa cognita, denegauit [a] actionem, reſtitutio ceſſat: & ita Sermo videtur.

¶ Item per Magiſtratus [b] factum videtur, ſi per gratiam, aut ſordes Magiſtratus ius non dixerit: & hæc pars locum habebit: nec non & ſuperior, *ſecúmve agendi poteſtatem non faciat*; nam id egit litigator, ne ſecum agatur, dum iudicem corrumpit.

Ad §. Ait prætor.

Rat. dubit. & decid. eadem eſt quæ ad initium huius legis. Niſi quod ibi agitur de prætore, hîc de iudice. Sed iudicem, de quo hîc agitur, intelligere debes Magiſtratum, cuius ſit actionem dare, qualis eſt prætor in vrbe, vel proconſul aut præſes in prouincia, qui ſcilicet & prætoris & cæterorum omnium Magiſtratuum qui in vrbe ſunt, vice ac partibus fungitur, *l. ſi in aliam 7. §. vlt. cum legib. frequentib. ſupr. de offic. proconſ. l. ex omnibus 10. cum duab. ſeqq. de offic. præſid.* Hi enim omnes quamvis minus propriè, iudices tamen dicuntur, ſed maiores; *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali infr. de recept. qui arbit.* Cæterùm ſi hunc locum intelligeres de iudice dato & pedaneo, qui magis propriè iudex dicitur, & de quo in *tot. tit. de iudic.* implicares contradictionem. Cùm enim non detur iudex à prætore niſi poſt litem conteſtatam litis autem conteſtatio perpetuet actionem, fieri non poteſt vt per dilationes dati iudicis actio eximatur, quæ iam ſit perpetuata per conteſtationem. Et hoc omnino conueniens eſt edicti verbis, quæ Vlpianus interpretatur. Loquuntur enim de magiſtratu. In quo igitur differt ſententia huius §. ab initio legis? Nimirum ibi agitur de prætore per quẽ ſteterit, ne agi potuerit, cùm eſſet à reo litigatore corruptus, quoniã verum eſt id egiſſe litigatorem, ne ſecum agatur, dum iudicem corrumpit, vt ſequitur in hoc textu, licèt hæc quoque pars edicti locum tunc habeat. In hoc autem §. agitur generaliùs de prætore alióve magiſtratu per quem ſteterit quoquo modo, etiam ignorante aut nihil curante litigatore, putà ſiue per dilationes prætoris actio exempta ſit, ſiue etiam quòd prætoris copia non fuerit, *leg. prima in fin. de diuiſ. tempor. præſcr.*

a *Alioquin ſi cauſa cognita denegauit.* Ratio dubitandi. Maiorem iniuriam facit prætor qui actionem denegat quàm qui interpellatur vt eam det, differt, aut qui copiam ſui non facit. Plus enim eſt denegare quàm non dare, cùm actio quæ adhuc data non eſt, dari adhuc poſſit quandiu non fuit denegata. Ergo ſi non ceſſat hæc reſtitutio cùm prætor diſtulit actionem dare, multò minùs ceſſare debet cùm prætor actionem denegauit.

Ratio decidendi. Cùm prætor actionem denegauit, etiamſi iniuſtè id fecerit, tamen dixiſſe intelligitur, relatione ſcilicet facta ad id non quod facere debuit, *l. pen. ſupr. de iuſtitia & iure.* Proinde poteſt ſibi actor conſulere aduerſus eam iniuriam per commune auxilium appellationis, ideóque nec vlla indiget reſtitutione, cùm nec aduerſus rem iudicatam reſtituãtur vnquam maiores niſi ad hoc appellare poſſint, *l. vlt. de reſtit. in integr. ſupr. iunct. leg. 4. §. falſus procurator infr. rat. rem haber.* At cùm prætor non denegat actionem, ſed tantùm differt eam dare, facit quidem iniuriam, ſed talem à qua appellari non poteſt: quia nec quicquam eſt à quo appellari hoc caſu poſſit. Niſi eo forte appellationis genere quod

hodie

hodie in praxi ſatis frequens eſt quod vulgò dicunt, *à denegata iuſtitia*, quod tamen olim aliquo in vſu fuiſſe non legimus, videturque inductum à Iuſtinian. *Nouell. 86. vt differ. iudic. audir. interpell. allegat.* Etſi in tota Nouella nullum de appellatione verbum eſt, ſed tantùm de recurſu & relatione ad Epiſcopum aut Archiepiſcopum loci, & ab Epiſcopo ad Principem, quæ ſpecies appellationis quædam eſſe videtur, *toto titulo de appellat. & relata, D. & Codic. & lege non diſtinguemus 32. §. cùm quidem infr. d. recept. qui arbitr.* Proinde neceſſarium eſt auxilium reſtitutionis ei cui prætor actionem dare diſtulit tantùm non denegauit, ne alioqui maneat in damno, cùm neque appellando neque alia qualibet ratione indemnitati ſuæ proſpicere poſſit.

b *Item per Magiſtratum.* Ratio dubitandi. Cum per gratiam aut ſordes Magiſtratus ius non dixit, locum habet ſuperior pars edicti in illis verbis, *ſecúmve agendi poteſtatem non faciat.* Nam id egit litigator ne ſecum ageretur dum iudicem corrupit, vt in hoc textu ſubiicit Vlpianus. Ergo ad hanc partem edicti, quàm nunc interpretamur, hic caſus non pertinet. Alioqui ſuperfluum erit edictum quo diuerſæ clauſulæ continebuntur ad eundem caſum pertinentes. Cùm tamen id ſemper agat quantum poteſt, quod & bonus legiſlator quilibet agere debet, vt planè ac breuiter edictum concipiat, nec quicquam addat quod ſuperfluum videri poſſit.

Ratio decidendi. Pertinet quidem hic caſus etiam ad ſuperiorem partem edicti, ſed per interpretationem magis quàm ex vi verborum, in quibus nihil de Magiſtratu dictum eſt, ideóque fuit neceſſaria interpretatio illa quam ad ſupradicta verba Vlpianus adhibuit initio huius legis. Neque tamen eo minus fuit neceſſaria hæc quoque clauſula, quæ ſcilicet non modò caſum hunc exprimit apertiùs, ſed alios quoque multos caſus complectitur, in quibus per Magiſtratum fit vt litigatori actio eximatur, qui ſuperiore clauſula contineri non poterant, ne quidem per interpretationem. Quales illi ſunt, de quibus iam in hoc §. diximus. Dices poſteriorem hunc caſum, quem ad ſuperiorem quoque partem edicti pertinere diximus, nullo modo ad hanc pertinere Adiecit enim prætor, *ſine dolo malo ipſius*, vt eum caſum excluderet, quo aliquis dolus litigatoris interueniret, quem negari non poteſt interuenire, cùm is Magiſtratum corrumpit. Sed facilius reſponſio eſt eam adiectionem, *ſine dolo malo ipſius*, non ad reum referri, ſed ad actorem, cuius actio fuit quæ per magiſtratum exempta eſſe dicitur, vt apparet, ex §. *ſeq.*

3 ¶ *Actio exempta*, ſic erit accipienda, ſi deſiit agere poſſe.

¶ Et adiicitur, *ſine dolo malo ipſius* [a]: videlicet vt, ſi dolus eius interuenit, ne ei ſuccurratur ipſis enim delinquentibus prætor non ſubuenit. Proinde, ſi dum vult apud ſequentem prætorem agere [b], tempus fruſtratus eſt, non ei ſubuenietur. Sed & ſi, dum decreto prætoris non obtemperat, iuriſdictionem ei denegauerit, non eſſe eum reſtituendum Labeo ſcribit. Idémque, ſi ex alia iuſta cauſa non fuerit ab eo auditus.

Ad §. Actio exempta.

Ratio dubitandi. Tempus non eſt modus tollendæ obligationis, vt nec inducendæ, *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & act.* Ergo etiamſi tempus præterierit intra quod agi debuit, non ideò tamen deſinit actor poſſe agere, ſed tantùm repellitur exceptione ſi agat, arg. *l. ſi pupillus 45. de admin. tut.* Et conſequenter ſi bona eſt Vlpiani interpretatio, nunquam hæc pars edicti locum habebit, cùm hoc edictum non niſi ad eas actiones pertineat quæ ſunt temporales.

Rat. decid. Cùm actio ſic ab initio conſtituta eſt ex prætorio vel ædilitio edicto vt ſit temporalis finitur procul dubio tempore, neque vllus exceptioni locus relinquitur, cùm nec agi vllomodo poſſit, vt locus hic manifeſtè probat. Exceptio enim quælibet præſupponit actionem, cuius excluſio eſt, *l. 2 de except.* Nec pugnat quod ſcriptum eſt, in *d. §. placet.* Non enim loquitur ibi Paulus de actione quæ ſui natura fuerit temporalis, ſed de ea tantùm quam pactio contrahentium voluerit facere temporalem cùm ſui natura eſſet perpetua, quales ſunt omnes ciuiles ſi excipias condictionem non numeratæ pecuniæ quæ poſt inductam principalibus conſtitutionibus exceptionem eiuſdem nominis cœpit eſſe temporalis & quinquennalis, *leg. vlt. C. de condict. ex leg.* Ne ſcilicet plus iuris haberet quàm exceptio, quippe quæ ferè per modum exceptionis proponeretur. Neque aliter intelligi deberet quod ſcriptum eſt, in *d. l. ſi pupillus, §. in fin.* ſi ea lex de temporali actione loqueretur. Sed non ita eſt. Legi enim illo loco debet. *Is autem qui eo tempore liberatus eſt*, adiecta dictione *eo*, quæ faciat vt dubitare non poſſimus quin longè alia ſit eo loco Pauli ſententia, de qua nos alibi fuſiùs ſcripſimus.

a *Sine dolo malo ipſius.* R. dub. Præſentia & auctoritas prætoris videtur non ſolùm excludere omnem doli ſuſpicionem & probationem, quam vel ſolus amicorum interuentus excluderet, *leg. tranſactionem 35. C. de tranſaction. leg. vlt. ſupr. quod met. cauſ.* ſed etiam dolum ſi quis re vera interueniſſet purgare, vt ſolent Canoniſtæ dicere de reſignatione beneficij facta in manibus ſummi Pontificis in fauorem certæ perſonæ, non eſſe eiuſmodi reſignationem Simoniacam, qualis eſſet haud dubiè ſi ad eum modum facta eſſet in manibus ordinarij, quaſi purgata Simonia per præſentiam & auctoritatem ſupremi Pontificis, qui pleniſſimam beneficiorum omnium adminiſtrationem habet. Nam & ſimiliter dici poteſt ſiue dandæ ſiue denegandæ actionis pleniſſimam poteſtatem eſſe penes prætorem. Non eſſe igitur quod de actoris dolo tractari oporteat, cùm prætoris præſentia & auctoritas interuenit. Maximè verò cùm non ſit veriſimile actorem quemquam tam ſtultum eſſe qui dolum adhibere velit ad hoc vt ſibi ipſi actionem eximat. Eſt enim hoc proprium reorum vt fugiant & efficiant quantum poſſunt ne ſecum agi poſſit corruptis in eam quoque rem interdum per gratiam Magiſtratibus, vt diximus in *d. §. ſeq.*

Ratio dec. Reſtitutio quæ datur ex hoc edicto non aliam rationem habet quàm æquitatem, vt & cæteræ omnes reſtitutiones. Nunquam autem æquum eſt ei ſuccurri qui ipſe deliquerit, & delicto ſuo actionem amiſerit. Nemo enim ex ſuo delicto meliorem conditionem ſuam facit, *l. non fraudantur 134. §. 1. de reg. iur.* quod eueniret ſi delinquentibus quoque reſtitutionem prætor daret. Quanquam autem non facilè hoc euenit vt proprio actoris dolo ei actio eximatur, poſſunt tamen aliquando eiuſmodi caſus accidere: vt puta ſi dum mauult apud ſequentem prætorem agere, tempus fruſtratus eſt: aut ſi decreto prætoris obtemperare noluerit, fortè in caſu, *leg. 1. ſupr. ſi quis ius dicent. non obtemper.* Nam & actores in edictum illud incidere poſſunt, *d. l. 1. §. non ſolùm vbi diximus.* Et iuſtè prætor iuriſdictionem ſuam denegat ei qui decretum ipſius contempſit, in eadem, ſcilicet cauſa & inter eaſdem partes, *l. contumacia 53. de re iudic.* Quod autem Accur. hîc affert exemplum ex *l. diffamari, C. de ingen. manum.* prorſus alienum eſt. Longè enim aliam illius legis ſententiam eſſe quàm vulgò credatur, oſtendemus, fauente Deo, in tertia parte Chiliadis noſtræ de erroribus pragmaticorum.

b *Dum*

b *Dum vult apud ſequentem prætorem agere.* Rat. dub. Nemo inuitus agere cogitur, *l.vnic.C.vt.nem.inuit.ager. vel accuſ. cogat.* Ergo nihil poteſt imputari ei qui ob id agere diſtulit quod apud ſequentem prætorem mauult agere.

Ratio decidendi. Nemo quidem agere cogitur inuitus, ſed ſi ob id non egit ſuo tempore, ſiue quòd apud ſequentem prætorem mallet agere, ſiue ex qua alia cauſa idcóque actionem interim amiſerit, ſuæ facilitati & imprudentiæ, non prætori id imputare debet, nec proinde audiendus eſt ſi poſtea petat reſtitutionem ad agendum. Solis enim iis ſuccurrit prætor qui neceſſitate rerum, non propriè voluntate impediti ſunt ne agerent, *l.non enim 16.ſup.hoc tit.*

6 ¶ Si feriæ extra ordinem ſint inductæ, ob res putà proſperè geſtas, vel in honorem principis : & propter ea Magiſtratus ius non dixerit : Gaius Caſſius nominatim edicebat, reſtituturum ſe : quia per prætorem videbatur factum ; ſolemnium enim feriarum rationem haberi non debere [a]. quia proſpicere eas potuerit & debuerit actor, ne in eas incidat, quod verius eſt : & ita Celſus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit, cùm feriæ tempus eximunt reſtitutio duntaxat ipſorum dierum facienda eſt, non totius temporis [b] : & ita Iulianus libro 4. Digeſtorum ſcribit : ait enim, reſciſſionem vſucapionis ita faciendam, vt hi dies reſtituantur, quibus actor agere voluit, & interuentu feriarum impeditus eſt.

Ad §.6. Si feriæ.

Ratio dubitandi. Non poſſunt indici feriæ extra ordinem à prætore, vt nec ab alio vllo Magiſtratu præcipuè in honorem Principis vel ob res proſperè geſtas, ſed ex ſolius Principis auctoritate id fieri oportet. Vnde & imperiales feriæ appellantur, *leg. à nullo 4.C.de feriis.* Ergo non poteſt quicquam videri hoc caſu factum per prætorem : ac proinde ſi qua actio interim amiſſa ſit, non poteſt reſtitutio fieri ex hac parte edicti.

R.dec. Rectè Gaius Caſſius prætor edicebat nominatim ſe ex hac cauſa reſtituturum, quia ſi per prætorem factum videretur, quia licèt non à prætore indicantur feriæ, ſed à Principe : prætoris tamen eſt ſubſequi voluntatem Principis, nec minus habere rata quæ Princeps decreuit quàm ſi ille ipſe decreuiſſet. Itaque non minùs hoc caſu per prætorem factum videtur, quàm ſi eius auctoritate & edicto feriæ indictæ eſſent, cùm ſui copiam prætor eo tempore non faciat, nec quicquam actori poſſit imputari, *l.1.in fin.de diuerſ.temp.præſcr.*

a *Solemnium enim feriarum rationem haberi non debere.* Ratio dubitandi. Solemnium feriarum tempore non magis prætor ſui copiam facit, quàm ſi feriæ extra ordinem indictæ eſſent, *leg.1. & tot.tit. ſupr. de feriis.* Ergo vtróque caſu per prætorem factum videtur ne agi potuerit, & conſequenter ex hac cauſa reſtitutio dari debet.

Ratio decidendi. In feriis extra ordinem indictis nihil poteſt imputari actori, cùm eas proſpicere non potuerit. Sunt enim repentinæ, ſicque appellantur, in *l. fine pars 3.C.de dilat.* At in ſolemnibus, id eſt, ordinariis, quæ repentinis opponuntur, imputari poteſt actori cur non fuerit diligentior in agendo ne in eas ferias incideret, cùm eas proſpicere potuerit & debuerit. Similis ratio eſt in *l.ſi quis domum 9.§.1.& l.ſi merces 25.§. pen.locat. l. ſi putator 31.ad l. Aquil.ſi fideiuſſ.19.circa princ.& §.ſi cùm debitor infr. mand.* Quæ autem feriæ ſint ſolemnes & ordinariæ explicatur, in *l.2.& l.omnes 7.C.de fer.*

b *Non totius temporis.* R.dub. Lapſus dierum quibus actor voluit agere, nec tamen potuit ob ferias repentinas & extra ordinem indictas, facit vt fruſtra elapſum ſit totum præteritum tempus, quod alioqui nihil noceret prætermiſſe ſi feriæ nullæ ſuperueniſſent, quia potuiſſet iis diebus actor de iure ſuo experiri, & prioris temporis negligentiam noua diligentia emendare. Ergo cùm totius temporis iacturam propter ferias actor fecerit, totius quoque temporis reſtitutio ei facienda eſt, vt reddat reſtitutio quod læſio abſtulerat.

Ratio decidendi. Fuit quidem actor læſus in toto tempore, ſed non propter ferias ſolas, at potiùs propter ſuam negligentiam, cui ſoli debet imputare quicquid tranſactum eſt temporis ante indictas ferias repentinas. Feriarum autem impedimento adſcribi debet id tempus duntaxat quod elapſum eſt ex die indictionis. Reſtitutio igitur facienda eſt ipſorum duntaxat dierum quos abſtulerunt feriæ, non etiam reliqui temporis ne alioqui prætor etiam negligentibus velle opem ferre videatur, contra id quod ſcriptum eſt, in *leg. non enim 16.ſupr.hoc tit.* Nam ſi potuit ante indictas ferias ſufficere actori tempus illud ad agendum, cur non & hodie ſufficiet? Iunge quæ dicemus ad paragraphum ſequentem.

7 ¶ Quotiens per abſentiam quis non toto tempore aliquem excluſit : vt putà rem tuam poſſedi, vno minus die, ſtatuto in vſucapionibus tempore : deinde reipublicæ cauſa abeſſe cœpi : reſtitutio aduerſus me vnius diei facienda eſt.

Ad §.7. Quoties.

Ratio dub. Fruſtratoria & illuſoria eſt vnius diei reſtitutio, cùm fieri non poſſit vt vno eodémque die & petatur & indulgeatur reſtitutio, quod ſcilicet nunquam datur niſi interueniente decreto, id eſt, adhibita pleniſſima cauſæ cognitione, vocatíſque in eam rem omnibus quorum poterit intereſſe, *leg.3.ſupr.de integr.reſtit.leg.in cauſa 23.§.cauſa autem cognita & leg.etiam 29.§.vlt.ſupr. de minor.* quæ omnia certum eſt vno die expediri non poſſe. Ergo in propoſito caſu vel nulla penitus reſtitutio facienda eſt, vel totius temporis, aut ſaltem tanti quantum ſufficere poſſit ad agendum. Sic dicimus ſi quis inſulam ædificari promiſerit, & aliqua pars inſulæ facta ſit, deinde incendio conſumpta, integrum tempus computandum eſſe rurſus ad ædificandam inſulam, nec reliquum duntaxat expectandum quod deerat, *l. & ideò 15.infr.de verb.oblig.* Quidni ergo idem obtinet in hoc etiam caſu, id eſt, cùm agitur de reſtitutione.

R.dec. Quod hîc dicitur vnius duntaxat diei reſtitutionem faciendam eſſe, ſic accipi debet, vt dies ille tamen non ex inſtanti reuerſionis cedere incipiat, ſed poſt elapſum tempus illud modicum quod reuerſo dandum eſt ad præparanda omnia ſine quibus agi non poſſet, de quo ad *l.ab hoſtibus 15.§.vlt.ſupr. hoc tit.* Itaque non tam citò currit dies, intra quem ſi cognitio reſtitutionis in integrum expediri non poteſt, quod vix ſanè niſi inter conſentientes fieri vnquam poſſit, imputare ſibi debet actor qui ſe arctauit, vt benè concludit Accurſ. ex *§.prox.præced.* & ex *l.2.§. pen. ſi quis caut.l.fin.ſupr.de minor.* Ne alioqui deterioris conditionis ſit qui vſucepit, quàm ſi non vſucepiſſet, quo caſu non plus temporis

poris ſupereſſet domino ad impediendam vſucapionem, quàm quantum deeſſet poſſeſſori ad eam complendam. Nec ſimile eſt, quod obiecimus de illo qui cœperat ædificare inſulam poſtea incendio conſumptam. Huic enim reſtituitur etiam tempus, quod proceſſit incendij caſum, quia toto eo tempore fuerat ille diligens, non negligens, ideóque nec ei neceſſaria eſt vlla reſtitutio in integrum ſufficiente in eam rem æquitate negotij & interpretatione conuentionis. At in propoſita ſpecie tempus negligentiæ reſtituerétur ſi maioris temporis quàm vnius diei reſtitutio fieret. longe quæ ſcripſi ad *§.vlt. l. ab hoſtib.* 15 *ſupr. hoc tit.*

8 ¶ Item (inquit prætor) *ſi qua alia mihi iuſta cauſa videbitur, in integrum reſtituam.*

¶ Hæc clauſula edicto inſerta eſt neceſſariò. Multi enim caſus euenire poterunt, qui deferrent reſtitutionis auxilium: nec ſingulatim enumerari potuerunt, vt quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit, ad hanc clauſulam erit deſcendendum, vtputà legatione quis pro ciuitate functus eſt: æquiſſimum eſt eum reſtitui, licèt reipublicæ cauſa non abſit, & ſæpiſſimè conſtitutum eſt, adiuuari eum debere: ſiue habuit procuratorem, ſiue non.

¶ Idem puto, & ſi teſtimonij cauſa ſit euocatus ex qualibet prouincia, vel in vrbem, vel ad principem: nam & hic ſæpiſſimè eſt reſcriptum ſubueniri.

¶ Sed & his, qui cognitionis gratia, vel appellationis peregrinati ſunt, ſimiliter ſubuentum.

¶ Et generaliter quotieſcunque quis ex neceſſitate non ex voluntate abfuit: dici oportet, ei ſubueniendum.

Ad §.8. Item inquit prætor.

R. dnb. Boni prætoris officium eſt prouidere quantum poteſt vt litium materiam imminuat, *l. quidam* 21. *de reb. cred.* Ergo debuit ſpecialiter enumerare caſus omnes quibus poterat euenire vt æquum eſſet dari reſtitutionem, aut ſaltem illos qui frequentiùs ſolent contingere. Non autem huiuſmodi clauſulam generalem ſubiicere quæ quoniam ad iuris rationē refertur aut ad quidpiam aliud certum, ſed tantùm ad æquitatem, quam ſibi quiſque facilè pro arbitrio fingit, ingentem litium occaſionem præbere poteſt vnoquoque ex iis qui reſtitutionem petunt ex hac clauſula contendente iuſtam ſubeſſe cauſam propter quam debeat reſtitutio indulgeri, tametſi nulla allegetur ex iis, quæ aliquam cum iis ſimilitudinem habeat, idque quotidie contingere videmus, auctoribus ipſis etiam iuris noſtri interpret. qui ex hac clauſula ſolent probare dandam eſſe reſtitutionem in integrum aduerſus præſcriptionem non ſolum tricenariam ſed etiam quadragenariam ex capite iuſtæ ignorantiæ. Tanquam iuſta quælibet ignorantia, ſit iuſta cauſa dandæ reſtitutionis, atque ita efficiunt vt Imperatorum cōſtitutiones, in *l.* 3. *&* 4. *C. de præſcr.* 30. vel 40. *ann.* quæ præſcriptionem illam ita introduxerunt, vt neque ſexus fragilitas, neque abſentia neque militia quidem ipſa defendenda ſit, id eſt, aliquo auxilio adiuuando cōtra eiuſmodi præſcriptionem, verbis magis quam reb. impoſitæ videantur condita, *l.* 2. *in fin. C. com. de l.* cum è contrario, verba omnia legum, & principalium conſtitutionum cum effectu ſint accipienda, *l.* 1. *§.* 1. *quod quiſque iur. l. pen. §. docere ne quis eum qui in ius vocat. erit vi exi.* Quid enim effectu ipſo refert an tempora currant quidem, ſed ita tamen vt aduerſus temporalem præſcriptionem reſtitutio dari poſſit, an verò nullomodo currant? Nemo ſiquidem videtur excluſus quē prætor in integr. ſe reſtiturorum polliceatur, *l. nemo vid.* 3. *ſupr. de reſt. in int.* Imò verò iniqua & malè prouida conſtitutio eſſet, quæ præſcriptionem aliquam temporalē induceret iis caſib⁹ quibus æquum videri poſſet elidi eam præſcriptionem per in integ. reſtitutionem cū exceptiones omnes æquitate nitantur non minùs quam reſtitutiones, *l.* 3. *l. ab hoſtib.* 6. *quib. non obiicit long. temp. præſcr. l. C. de in int. reſt. min. l.* 2. *C. in quib. cauſ. non eſt nec. long. temp. præſc.* Cùm multò melius & reip. ſalubrius ſit intacta cuiuſque iura ſeruari quam poſt vulneratam cauſam remedium quæri, vt Iuſt. ait in *l. vl. eo. tit. 1.* vbi cum nominatim excipiat præſcriptiones iſtas 30. *vel* 40. ann. eáſque in ſuo ſtatu manere præcipiat, potuitne apertius conſtituere nec minoribus ipſis qui omnium fauorabiliſſimi ſunt dandam eſſe ex hac cauſa reſtitutionem? Nam ſi danda eſſet, quidni eadem æquitatis ratione conſtituiſſet vt nec harum præſcriptionum tempora minorib. currerent ipſo iure? Idque etiam conueniens eſt ei quod iam anteà Theod. conſtituerat, in *d. l.* 3. vt à generaliſſima nouæ legis diſpoſitione ſoli pupilli exciperentur, hoc etiam addito vt minoribus quoque ſimiliter atque aliis 30. anno. interualla ſint ſeruanda, quo verbo haud dubiè non niſi de rei effectu ſenſiſſe videri poteſt, & de omni auxilio reſtitutionis excludendo: quod in aliis perſonis iam ſatis excluſum fuerat his verbis, *non ſexus fragilitate non abſentia, non militia contra hanc legem defendenda.* Quid enim facere poteſt abſentia quantumvis iuſta, qualis ea eſt quæ pro cauſa militiam habet, *leg.* 1. *& tot. tit. Cod. de reſtit. milit.* niſi vt inducat auxilium reſtitutionis? Nec enim poteſt impedire quin tempora ipſo iure currant, niſi cum præſcriptio temporis naſcitur ex iuriſdictione prætoris, vt dixi ad *l. auxil.* 37. *ſup. de min.* ex *d. l.* 3. *&* 6. *C. quib. non obiicit long. temp. præſcr.* Ergo ſi non putauit Imperator admittendas eſſe vllas reſtitutionis cauſas ne quidem eas quas ipſa edicti verba pro iuſtiſſimis expreſſim habent, quis credat excepram eos voluiſſe cauſam iuſtæ ignorantiæ? An fortè iuſtior vlla eſſe poteſt ignorantia quàm quæ naſcitur ex abſentia ſiue militiæ, ſiue alio quoquomodo reipublic. cauſa? An verò credemus fauorabiliores eſſe cauſas reſtitutionis quæ ſub hac generali clauſula comprehendi poſſunt, quàm cæteras ſpecialiter ac nominatim expreſſas, vt contra has potuerint Imperatores prohibere reſtitutionem in integrum, contra illas verò non item? Nec leuior eorundem interpretum noſtrorum error eſt qui Bartolum ſecuti, ad *l. Æmilius* 38. *de minor.* putant ex hac eadem clauſulam reſtituendum eſſe pupillum aduerſus præſcriptionem conuentionalem etiam quæ contra patrem cœperit. Non quidem quaſi pupillum, ſed quaſi maiorem & ex capite iuſtæ ignorantiæ, quaſi iuſta ſit ignorantia quæ per ætatem contingit ac proinde iuſta cauſa dandæ ex hoc edicti capite reſtitutionis. An non enim ita fit vt ei qui alioquin eſſet tutiſſimus noceat ætas pupilli cum quo neque contraxerit vnquā, neque quaſi contraxerit? Quid vero vel abſurdius vel iniquius dici poteſt? *l. apud Iulian.* 3. *infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nam nec prætor ipſe æquum putat vt ignorantia pupilli quæ per ætatem ipſius contingit, alij damnoſa eſſe debeat, & captioſa aut ipſi pupillo lucroſa quemadmodum eleganter Papin. ſcribit in *leg. quod autem* 6. *§. ſi quid cum pupillo infr. quæ in fraud. cred.* Vtrumque verò abſurdum hoc eueniret ſi ex pupilli ignorantia poſſet ei parere lucrum, & cōmodum reſtitutionis quod alioquin non haberet ad tollendum aduerſario quæſitum ius quod aliter ei eripi nullomodo poſſet. Quid denique indignius & intolerabilius quam pupillo concedere auxilium reſtitutionis in integ. tanquā maiori ex ea

cauſa quæ non poſſet ipſi prodeſſe tanquam pupillo. Sed de his plura ſcripſimus, *Decade noſtra 25. de error. pragm.* Hæc (inquam) omnia Doctorum noſtrorum ſomnia & alia ſi qua ſunt eiuſmodi non aliunde quam ex hac edicti clauſula proficiſcuntur quæ adeò generalis eſt vt facilè quamlibet interpretationem poſſit admittere quod tamen non perinde pro arbitrio cuiuſque contingere potuiſſet ſi prætor ſpecialiter omnes aut ſaltem, vt dixi, frequentiores reſtitutionis cauſas enumeraſſet. Culpandus igitur magis quam laudandus fuit prætor quod ſubiecerit hanc clauſulam generalem.

Ratio decidendi. Non poſſunt omnes articuli & caſus ſigillatim aut legibus aut Senatuſconſultis aut edictis comprehendi, *leg. neque leges 10. l. neu poſſunt 12. de legib.* In iis maximè rebus quæ pendent ex æquitate poſſunt variæ facti circumſtantiæ inducere pro perſonarum temporum & rerum varietate, quæ ſingula prævidere impoſſibile eſt. Bene igitur prætor meritóque clauſulam hanc adiecit, tanquam neceſſariam quòd multi caſus euenire poſſent, qui deſererent reſtitutionis auxilium & qui ſigillatim enumerari non poterunt. Nec ſi hac clauſula interpretes abutantur, ideò tamen quicquam imputare prætori poſſis. Subiecit enim prætor. *Quoad eius per leges ſenatuſconſulta plebiſcita & edicta Principum licebit, l. ſupr. l. nec non 28 §. quoad eius, infr. hoc tit.* Vt intelligas non eſſe propoſitum prætoris vt reſtitutionem in integrum prætextu æquitatis vllius velit decernere ex hac clauſula ſi vel leges vel conſtitutiones Principum repugnent vel quid aliud ex ſupradictis. Quomodo certè repugnant in iis quæſtionibus quas retulimus. Apparet autem ex ſequentibus non de ea reſtitutione prætorem his verbis ſenſiſſe quæ pro cauſa nihil niſi ignorantiam habeat, ſed de ea quæ abſentiam ſi non neceſſariam ſaltem probabilem putà cauſa ſtudiorum, vt in *d. l. necnon in princip.* aut quam aliam ſimilem, putà legationis cauſa pro ciuitate vt ſequitur in hoc §. Alia exempla ſunt in legibus hic ab Accurſio citatis, id eſt, in *d. l. necnon, §. 1. l. inter eos 33. infr. l. præſes 5. C. de appellat. & l. 1. ſi quis propter infr. de itin. actúque priuat.* Nam quod addit *ex l. habebat 13. de inſtit. act. & ex l. 1. §. vlt. alias, l. quæſitum, infr. quand. act. de pecul. eſt annal.* huic loco non conuenit, ſiquidem non per reſtitutionem in integrum ibi ſuccurritur, ſed officio & æquitate prætoris nec aduerſus exemptionem actionis de qua in hoc edicto, ſed quia ipſo iure conſumpta erat actio per malam actoris electionem, cui tamen electioni iuſtus error cauſam dederat, vt proinde æquum eſſet permitti actori aliam actionem proponere, etiam in qua amittenda factum ipſius interueniſſet.

a *Legatione quis pro ciuitate functus eſt.* R. dub. Etiam municipia & ciuitates ſuam habent rempublicam, *l. ſed & his 13. §. 1. de publ. & vectig.* Ergo non ex generali clauſula adiuuandus eſt hic qui abfuit legationis cauſa pro ciuitate, ſed ex ſpeciali per quam nominatim ſuccurritur iis qui reipublicæ cauſa abfuerunt.

Ratio decidendi. In edicto prætoris Romani appellatio reipublicæ ad ſolum populum Romanum pertinet vt & in aliis compluribus cauſis: ciuitates enim priuatorum loco habentur. Vnde nec bona ciuitatis publica dicere poſſumus niſi abuſiuè, *leg. bona ciuitatis 15. & leg. infr. de verb. ſignif.* Et tamen negari non poteſt, quin eodem fauore dignus ſit is qui abfuit ideò quòd legatione pro ciuitate ſua fungeretur, quàm ſi reipublicæ cauſa abfuiſſet, cum eandem habuerit neceſſitatem ſuccurrendi patriæ cui natus erat, & muneris publici pro ea ſubeundi. Ergo ei quoque ſuccurrere prætor debet, non minùs quàm ſi reipublicæ cauſa abfuiſſet, ſed ex hac generali clauſula non ex ſpeciali quæ accommodari ei non poteſt. Potuiſſet quidem fortaſſis per iuſtam interpretationem ſi prætor hanc generalem clauſulam non ſubieciſſet. At melius fuit eam ſubiungere, ne quis dubitationi locus relinqueretur, an ea interpretatio recipienda eſſet, necne. Iunge *l. legatis 8. ſupr. hoc tit.*

b *Siue habuit procuratorem.* Ratio dubitandi. Non debet melioris conditionis eſſe is, qui legatione pro ciuitate functus eſt, quàm ſi reipublicæ cauſa abfuiſſet: Nulla enim fauorabilior abſentia eſt, quam cui cauſam dat ſalus & vtilitas reipubl. Atqui is quis reipubl. cauſa abfuit, ſi procuratorem in ciuitate reliquerit, poſtea petens reſtitutionem non auditur, *l. 15. qui 59. infr. h. t.* Ergo nec is audiri debet qui non niſi pro ciuitate legatus fuit ſi habuit procuratorem in ciuitate.

R. dec. Neuter quidem facilè audiendus eſt, cùm poſſit indemnitati ſuæ proſpicere per actionem mandati aduerſus procuratorem, adeò vt ad excludendum beneficium huius reſtitutionis poſſit illud quoque ſufficere quod potuit habere & relinquere procuratorem in ciuitate, licèt non reliquerit, *l. Papin. 20. ſup. de min.* Sed tamen ex cauſa tam huic quàm illi ſuccurrendum eſt, *l. ſed & ſi 26. §. 1. h. t.* Nimirum quoties à procuratore indemnis ſeruari non poteſt, quod plerúmque & ex variis cauſis contingit, de quibus diximus ad *d. l. Papin.* & ad *d. l. 26. §. 1.*

c *Idem puto & ſi teſtimonij cauſa.* Ratio dubitandi. Is qui teſtimonij perhibendi cauſa abfuit, non poteſt cauſari ſe vel reipublicæ vel quaſi reipublicæ cauſa abfuiſſe. Imò nec niſi ex propria voluntate abfuiſſe videri, cùm potuit recuſare. Neque enim euocandi ſunt teſtes per longum iter, multò minùs è prouincia in prouinciam, *lege tertia §. penultim. infr. de teſtibus.* Ergo non eſt dignus cui ſuccurratur, cùm poſſit ei imputari cur non recuſauerit ire ad teſtimonium dicendum aut cur non ſtipulatus ſit ſibi indemnitatem ab eo qui petiit vt euocetur.

Rat. dec. Non reſtituitur quaſi reipublicæ cauſa abfuerit, ſed quia probabilem habuit adeóque neceſſariam abſentiæ cauſam, cùm iudici parêre deberet, & conſequenter potuerit impunè. Etſi enim non temerè euocandi ſunt teſtes per longum iter, ex cauſa tamen & plerúmque id fieri neceſſe eſt ſi in ipſa cauſæ cognitione neceſſarium id eſſe arbitretur is qui cognoſcit, maximè ſi loci & prouinciæ conſuetudo non repugnet, *d. leg. 3. §. penult. & vlt. de teſtib.* Hoc verò cùm euenit, nemo dixerit æquum eſſe vt teſti officium ſuum ſit damnoſum, *leg. ſed & ſi quis 7. infr. teſtam. quemadmod. aperiantur.* Etſi enim publicum officium non eſt, ſed priuatum, non magis tamen æquum eſt cuiquam damnoſum eſſe officium ſuum priuatum, quàm publicum, *d. l. ſed & ſi, & l. ſi ſeruus 61. §. quod verò infr. de furt. iunct. l. videlicet 29. infr. hoc tit. l. 2. §. legatus de iud.*

d *Sed & his qui cognitionis gratia vel appellationis.* R. dub. Etiam qui in legatione eſt, non reſtituitur ſi ſui priuati negotij cauſa fuerit, *l. non verè dicitur 42. inf. h. t.* Atqui is qui cognitionis gratia vel peregrinationis gratia peregrinatus eſt, priuati ſui commodi cauſa id fecit. Ergo reſtitutionis priuilegium non meretur.

R. dec. Quotieſcunque quis ex neceſſitate non ex mera voluntate abfuit, dici oportet ei ſubueniendum eſſe, vt ſequitur in text. Atqui ex neceſſitate non voluntate abfuit is qui peregrinatus fuit, ſiue ad Principem cognitionis cauſa, vt in *l. vlt. §. 1. ſupr. quod met. cauſ.* ſiue ad Magiſtratum appellationis introducendæ aut proſequendæ gratia. Hæc enim omnia ex neceſſitate fiunt, non illud etiam vt qui proprij commodi cauſa legationem ambiat. Hìc enim abſentiæ neceſſitas nulla eſt, ſed neceſſitatis color aut etiam occaſio quæritur, vt qui re vera non niſi ex voluntate ſua & priuati commodi gratia abeſt, non niſi reip. cauſa abeſſe videatur.

e *Non ex voluntate abfuit.* R. dub. Etiam ei qui ex voluntaria dummodò probabili cauſa, putà ſtudiorum abfuit ſuccurrendum eſt, *l. necnon 28. in pr. infr.* Ergo diſtinguendum non eſt an abſentia ſit neceſſaria an voluntaria, ſed potiùs an probabilis ſit, an improbabilis.

Ratio

Ratio decidendi. Neceſſaria abſentia etiam quæ cauſam improbabilem habeat, putà quæ ex delicto proficiſcatur, iuſtam ſemper præbet materiam reſtitutionis extrà quam ſi poſſit imputari abſenti cur non reliquerit procuratorem in ciuitate, vt conſtat ex §. 1. *huius legis*. Etſi enim poteſt ei imputari quod deliquerit, vbi tamen deliquit, & condemnatus eſt imputari ei non poteſt cur abfuerit, nihilque commune habet delictum cum æquitate reſtitutionis, *l. Papinianus* 20. *de minor.* Quomodo de meretrice dicimus turpiter quidem eam facere quòd ſit meretrix, ſed non turpiter accipere cùm ſit meretrix, *l. 4. §. ſed quod meretrici de condict. ob turp. cauſ.* At in ea abſentia, quæ non neceſſaria, ſed voluntaria eſt, diſtinguimus, an probabilis fuerit necne, vt non aliter inducere reſtitutionem poſſit quàm ſi cauſam habeat maximè probabilem & laudabilem. Eſt igitur bona hæc ratio, quia non in aliis quàm qui ex neceſſitate abſunt vera eſt generaliter & indiſtinctè propoſitio illa, Abſentibus ſubueniendum eſſe. Non quaſi in cæteris omnibus falſa ſit, ſed quia non eſt vera niſi cum diſtinctione, Idque ſignificat dictio illa vniuerſalis hîc poſita, *quotieſcunque*.

27. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

ET ſiue quid amiſerit, vel lucratus non ſit: reſtitutio facienda eſt, etiam ſi non ex bonis quid amiſſum ſit.

Ad l. Et ſiue 27.

Ratio dubitandi. Solius minoris priuilegium eſt vt etiam lucro quoque ſuccurratur, *l. an prætor 7. § hodie ſupr. de minor.* Ergo non idem maioribus concedi debet vt pro lucro quoque reſtituantur, id eſt, ob id quod aliquid lucrati non ſint.

R. dec. Reſtitutio hæc pleniſſimam indemnitatem affert, quam tamen non afferret ſi non etiam lucrū amiſſum reſtitueret, vt dixi ad *l. ſciendum* 18. *ſupr. hoc tit.* Itaque nullum in eo priuilegium minoris eſt, ſed in hoc tantùm, vt in illo quoque lucro reſtitutionem mereatur, quod propter facilitatem & negligêtiam ſuam amiſerit. Minoribus enim etiam negligentibus ſubuenitur. Maioribus verò non item, *l. non enim* 16. *ſupr. eod.*

28. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

NEc non & ſi quis de cauſa probabili abfuerit: deliberare debet prætor, an ei ſubueniri debeat: puta ſtudiorum cauſa, fortè procuratore ſuo defuncto [a]: ne decipiatur per iuſtiſſimam abſentiæ cauſam.

Ad l. Necnon 28.

R. dub. Iis demum ſuccurrendum eſt qui ex neceſſitate abfuerunt non iis etiam qui ex voluntate, *l. ſed etſi* 26. *§ vlt. ſupr. hoc tit.* cùm iis qui voluntate abfuerunt poſſit imputari cur abeſſe voluerint in eàſque anguſtias vltrò ſe coniecerint, *l. ſi fideiuſſ. 7. §. ſi neceſſaria, qui ſatiſd. cogant. l. 2. §. pen. ſi quis caut.* Atqui is qui ſtudiorum cauſa abeſt, non ex neceſſitate, ſed ex voluntate tantùm abeſt. Ergo reſtitutionem non meretur.

Ratio decidendi. Vera quidem eſt illa propoſitio de qua in *d. §. vlt.* Quotieſcunque quis ex neceſſitate non ex voluntate abfuit ſubueniri ei oportere: ſed non hæc è conuerſo. Quotieſcunque ex voluntate non ex neceſſitate quis abfuit ſubueniri ei non oportere. Neque hæc ſequitur ex illa, quantumlibet argumenteris à contrario ſenſu. Inferre namque hoc tantum poſſis. Non ergo quotieſcunq; ex voluntate non ex neceſſitate abfuit ſubueniri ei oportet. Nam ex propoſitione vniuerſali vera affirmatiua, non poteſt ſequi a contrario ſenſu vera concluſio vniuerſalis negatiua, ſed tantùm particularis, id eſt, quæ contrariam concluſionem affirmatiuam vniuerſalem conuincat aliquo caſu falſam eſſe. In quo paſſim & interpretes & pragmatici noſtri falluntur.

a *Fortè procuratore ſuo defuncto.* Hoc ideò vt intelligamus hunc qui ſtudiorum cauſa abfuit, etiamſi probabiliſſimam & iuſtiſſimam abſentiæ cauſam habuerit, non eſſe tamen ex hac generali clauſula reſtituendum ſi poſſit ei imputari cur procuratoré in ciuitate non reliquerit. Sed ſi nihil ei imputari poſſit, quod in ciuitate procuratorem reliquerit, qui tamen poſtmodum deceſſerit, dignum eum eſſe cui ſuccurratur, cùm tamen aliis ex alia cauſa putà commercij & negotiationis abſentibus nullomodo ſuccurreretur, nec ſi centum in ciuitate procuratores reliquiſſent, qui omnes poſteà deceſſiſſent.

Rat. dub. Abſurdum eſt non plus fauere ei qui abeſt, ſtudiorum cauſa quàm ei qui ex cauſa delicti condemnatus & relegatus fuit cum ille probabilem habeat cauſam abſentiæ, hic verò nullam niſi damnabilem adeóque damnatam. Atqui relegato quoque ſuccurreretur, ſi procuratorem in ciuitate reliquiſſet & is procurator poſteà defunctus eſſet, *l. ſed etſi* 26. *ſupr. eod.* Ergo vt in aliquo ſit melior conditio eius, qui cauſa ſtudiorum abfuit dicendum eſt ei ſubueniendum eſſe tametſi procuratorem in ciuitate cum aliquem relinquere poſſet, nullum reliquerit. Atque ita Accur. noſter ratiocinatur. Sed malè.

R. dec. Quod ad cauſam huius edicti attinet, fauorabilior eſt relegatus quam qui abeſt ſtudiorum cauſa. Huius enim abſentia planè voluntaria eſt, illius verò prorſus neceſſaria. Satis ergo ſuperque fauetur abſenti ſtudiorum cauſa, ſi hac in parte relegato æquiparetur, cùm ea ratione fiat vt eius abſentia quæ non niſi voluntaria eſt, habeatur tamen pro neceſſaria hactenus vt eodem iure cenſeatur. Itaque non eſt abſurdum quod pro abſurdo Accurſius habet. At contrà poſſit quis multò probabiliùs diſputare, Abſurdum fore ſi non melioris conditionis ſit is qui abfuit reipublicæ cauſa quàm qui ſtudiorum. Siquidem illius abſentia non modò probabilis eſt, ſed etiam neceſſaria, huius verò probabilis duntaxat. Id autem agit potiſſimum prætor hoc edicto vt ſubueniat iis qui rerum neceſſitate impediti fuerunt ne agere potuerint, *l. non enim* 16. *ſup.* Atqui is qui reip. cauſa abfuturus procuratorem in ciuitate reliquit per quem defendi potuerit in integrum reſtitutionem poſtulans nó auditur, *l. is qui* 39. *infr. eo.* Ergo vt melioris conditionis ſit, quàm qui ſtudiorum cauſa abfuit, fatendum eſt hunc qui ſtudiorum cauſa abfuit, non eſſe reſtituendum non ſolùm ſi procuratorem in ciuitate reliquerit, ſed & ſi nó reliquerit cum poſſet: vt hoc ei imputetur, quod non imputatur abfuturo reip. cauſa, quaſi ei ſit ignoſcendum ſi de tractandis reipublicæ negotiis magis quàm de ſuis ſi de ſuis collocandis eo tempore cogitauit. Itaque in iſto qui reipublicæ cauſa abfuit, non illud requirimus, an procuratorem in ciuitate relinquere potuerit, ſed tantùm an reliquerit, vt eo ſolo caſu quo reliquit à reſtitutionis beneficio excludatur. In cæteris verò ſiue neceſſariam & improbabilem, ſiue probabilem quidem, ſed tamen voluntariam abſentiæ cauſam habuerint, inſpicimus etiam vtrum relinquere procuratorem illi quem potuerint, & iis imputamus ſi non reliquerint,

cum propter factum ſuum aut vltrò in rem ſuam abfuturi, de rebus ſuis cogitare ante diſceſſum potuerint & debuerint.

c *Per iuſtiſſimam abſentia cauſam.* Ergo ſtudiorum cauſa iuſtiſſima eſt cauſa abſentiæ, *Auth. habita*, vbi vide textum elegantem, *C. ne filius pro patre*, & quidem ad annum vſque 25. *leg. 1. & 2. C. qui ætat. vel profeſſ. ſe excuſ. lib. 10. tit. 49.*

R.dub. Non videtur ſtudioſus abeſſe cùm habeat animum reuertendi, *l. quaſitum 78. in princ. de leg. 3. iunct. l. ſi ita legatum 86. ead.*

R.dec. Re vera tamen abeſt, ita vt nec agere nec conueniri, neque res ſuas tueri poſſit niſi per procuratorem. Cùm enim omnia iſta ſint facti, & factum alicuius perſonæ requirant, ex ipſa rei veritate æſtimanda ſunt, non ex aliqua iuris fictione aut interpretatione.

1 ¶ Item ſi quis nec in cuſtodia, nec in vinculis ſit, ſed ſub fideiuſſorum ſatiſdatione, & dum propter hoc recedere non poteſt, captus ſit, reſtituetur, & aduerſus eum dabitur reſtitutio a.

Ad §. 1. Item ſi quis.

R.dub. Qui nec in cuſtodia nec in vinculis eſt, ſed ſub fideiuſſorum ſatiſdatione duntaxat, poteſt recedere ſi velit, quamvis non impunè. Tenebitur enim quanti vel fideiuſſorum vel aduerſarij intererit, ſed id totum præſtando liberabitur. Ergo ſibi debet imputare ſi quid interim ex bonis ſuis amiſerit, quaſi hoc maluiſſe videatur arg. *leg. ſi cogente 22. de ritu nuptiar.* vt proinde abſentia ipſius neque neceſſaria neque probabilis eſſe dici poſſit.

R.dec. Nemo creditur id poſſe facere quod honeſtè facere non poteſt, *l. filius 15. de condit. inſt. l. in eadem 10. ſupr. hoc tit.* Atqui honeſtè ac citra perfidiam recedere non poteſt qui promiſit ſe non receſſurum datis etiam in eam rem vadibus & fideiuſſoribus. Ergo abſentia ipſius non tantùm probabilis, ſed etiam neceſſaria videri debet, ideóque digna quæ per generalem iſtam clauſulam adiuuetur. Per ſpeciales enim quæ præcedunt adiuuari non poteſt, cùm verùm ſit eum neque in vinculis eſſe, neque in cuſtodia.

a *Et aduerſus eum dabitur reſtitutio.* R.dub. Nihil poteſt ei imputari cùm honeſtè recedere, vt proximè diximus, non poſſit. Ergo non eſt contra eum ex hac cauſa reſtitutio concedenda.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio, quia cùm quærimus de reſtitutione contra abſentem danda non inquirimus ex qua cauſa abſit, nec an ei aliquid imputari poſſit, ſed perſonam actoris reſtitutionem petentis inſpicimus an agere potuerit necne, & an aliquid ſit quod ei imputari poſſe videatur, *leg. ſed & ſi 26. §. 1.* vbi dixi *ſupr. hoc tit.*

2 ¶ *Quod eius*, inquit prætor. *per leges, plebiſcita, Senatuſconſulta, edicta, decreta Principum, licebit*, quæ clauſula non illud pollicetur, reſtituturum, ſi leges permittant: ſed, ſi leges non prohibeant.

Ad §. 2. Quod eius.

R.dub. Ius prætorium à prætoribus introductum eſt non tantùm adiuuandi vel ſupplendi, ſed etiam corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem, *l. ius autem 7. ſupr. de iuſt. & iur.* Ergo non debet inſpicere aut curare prætor quid leges, aut ſenatuſconſulta, aut plebiſcita, aut edicta, aut denique Principum decreta expreſſim prohibeant, ſed hoc vnum, quid æquum & publicè vtile, quid iniquum & inutile videatur, vt illud faciat, ab hoc verò abſtineat.

R.dec. Poteſt quidem prætor pro ſua iuriſdictione & ex æquitate multa conſtituere præter leges, ſed contra leges nihil prorſus, *l. cùm ſponſ. 12 §. ſi res inf. de publ.* vt neque contra plebiſcita, quæ poſt legem Hortenſiam vim legum habent neque contra ſenatuſconſulta, quæ legi ſimiles ſunt conſtitutiones, *§. quos autem Inſt. de bon. poſſ.* Multò minùs contra Principum decreta, quæ ſunt ſupra leges. Faceret autem prætor contra leges ſi id faceret quod leges expreſsè prohiberent. Facit verò præter leges cùm id facit quod leges neque prohibent neque permittunt. Aliud enim eſt prohibere, aliud non permittere: ſicut & aliud eſt permittere, aliud non prohibere, vt dixi ad *d. l. 7. §. 1. de iuſt. & iur.* Quærit autem Acc. exēpla huiuſmodi reſtitutionum, quas prætor dare prohibeatur per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, aut Principum edicta. Et affert, ex *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. ſupr. de min. l. ſi mater 6. C. ne de ſtat. defunct.* Etſi enim iis locis agitur de min. in hoc autem tit. de maior. abſurdum tamen eſt dandam eſſe minori reſtitutionem quæ minori denegetur, vt bene Acc. ratiocinatur. Sed quod addit & admittit, meliorem eſſe conditionem maioris in excuſatione delictorum, ex *l. ſi qua militi 40. §. 1. infr. h. t. & l. auxil. 37. ſup. de min.* ridiculum eſt. Quaſi verò maioribus vnquam aduerſus delictum ſubueniatur. Imò melioris conditionis ſunt minores, quia licèt non poſſint reſtitui aduerſus delictum, miſeratio tamen ætatis plerumque iudicem perducit ad mitiorem pœnam irrogandam, *d. l. aux.* quod ſimiliter in maiore obſeruari nemo dixerit. Quid ergo reſpondebimus, ad *d. leg. ſi qua §. 1.* Nimirum reſtitutionem eo caſu maiori dari non aduerſus delictum aut ad delicti excuſationem, ſed aduerſus abſentiam quamvis ex pœnæ irrogatione natam, vt in *§. 1. leg. ſed & ſi 26. ſupra* vbi dixi, & ad initium huius legis. Rurſum quod addit idem Accurſius, Reſtitutionem prohiberi per legem in pleriſque locis huius tituli, nihil eſt. Non enim lex vlla eſt, quæ prohibeat dari reſtitutionem, in ſpecie *leg. ſciendum 18. ſupr. leg. is qui 39. leg. antepen. infr. hoc tit.* ſed ſola prætoris æquitas quæ nullum iis caſibus reſtitutioni locum eſſe videt. At neque illud verum eſt quod ait. Omnia eſſe per legem permiſſa quæ prohibita non inueniuntur. Id enim verum eſt in legibus tantùm prohibitiuis, quas ferri neceſſe eſt circa res alioquin permiſſas: non etiam in permiſſiuis quas ferri neceſſe eſt de iis rebus quas alioquin facere non liceret, vt dixi ad *leg. legis virtus 7. ſupr. de legib. & ad leg. mutus 43. §. cùm quæritur ſupr. de procuratoribus* Poterat Accurſius alia exempla multa aptiora petere ex reſtitutione petita contra præſcriptionem triginta vel quadraginta annorum, etiam ex capite iuſtæ ignorantiæ, adeóque militiæ. Eſſet enim illa reſtitutio contra conſtitutiones Imperatorum Theodoſij & Iuſt. in *l. 3. & 4. C. de præſcriptione triginta vel quadraginta annor. & in leg. vltim. Codic. in quibus cauſis non eſt neceſſaria longi temporis præſcript.* Item ex reſtitutione petita per pupillum tanquam maiorem & ex capite illo iuſtæ ignorantiæ contra præſcriptionem conuentionalem cœptam cum maiore cui pupillus hæres extiterit, ſiue pater ille fuit, ſiue alius quilibet. Eſſet enim illa reſtitutio contra prætoris ipſius edictum, cùm apud prætorem ignorantia quæ per ſolam ætatem contingit, pro iuſta non habeatur, ne quidem iis caſibus in quibus alioqui iuſtæ cuiuſlibet etiam maiorum ignorantiæ fauet prætor citra reſtitutionem, *lege quod autem 7. §. ſi quid cum pupillo infr. quæ in fraud. cred.* Dixi ad *vlt. l. & ſi 26. ſupr. hoc tit.*

3 ¶ Si

3 ¶ Si quis ſæpiùs reipubl. cauſa abfuit: ex nouiſſimo reditu tempus reſtitutionis eſſe ei computandum, Labeo putat. Sed ſi omnes quidem abſentiæ annum colligat, ſingulæ minus anno: verùm annum ei damus ad reſtitutionem, an verò tantum temporis, quantum nouiſſima eius abſentia occupauit, videndum: & puto annum dandum.

Ad §. 3. Si quis ſæpius.

Ratio dubitandi. Non poteſt quis ſæpius reipubl. cauſa abfuiſſe, quin medio aliquo tempore fuerit præſens. Atqui tempus præſentiæ omnimodo & cum effectu currit abſque ſpe reſtitutionis, ſi modò ſubducatur modicum illud tempus quod actori neceſſarium eſt ad actionem præparandam, de quo in *l. ab hoſtibus* 16. *§. vlt.* vbi dixi *ſupr. hoc tit.* Ergo non eſt verum quod hic ſcribitur ex nouiſſimo tantum reditu computanda eſſe tempora reſtitutionis.

Ratio decidendi. Hic §. intelligendus eſt de tempore intra quod petenda eſt reſtitutio poſt reuerſionem, non autem de tempore quod reſtituendum eſt reuerſo cuius longè diuerſa ratio eſt. Tempus enim præſentiæ, quæ medio tempore fuit, currit quidem efficaciter, ita vt reſtitui nunquam poſſit per in integrum reſtitutionem, ſubducto, ſcilicet eo modico interuallo, quod abſentiæ computatur, quia verum eſt toto eo tempore neque abſentem neque læſum fuiſſe eum qui & antea, & poſtea abfuit reip. cauſa. Sed tempus intra quod petenda eſt reſtitutio, non poteſt currere niſi ex nouiſſimo reditu, quia nouiſſima quoque abſentia damnum attulit, aduerſus quod non potuit competere reſtitutio antequam ex abſentia illa emerſiſſet, *l. Pannonius* 86. *de acq. hær.* Nec quod abſens iam læſus fuerat per priores abſentias ad rem facit, quia ſola abſentia nouiſſima inſpicienda eſt. Alioqui tot neceſſariæ eſſent reſtitutiones, quot fuerunt abſentiæ & læſiones, quod tamen eſſet ridiculum, cùm vna tantùm res amiſſa ſit, ſiue actio fuit ſiue fundus vſucaptus: quæ res proinde per vnicam reſtitutionem peti poteſt. Hic verò Acc. non intellexit, qui totum hunc §. accipit de tempore reſtituendo per prætorem, id eſt, de tempore ad quod non intra quod reſtitutio danda ſit. Deceptus, vt opinor, ex eo quod hoc ipſo §. ſequitur de abſentiis iungendis, vt ſi omnes abſentiæ annum colligant, ſingulæ verò minus anno dandus ſit annus. Quod vtique ſic accipi debet vt non ad petendam reſtitutionem annus ille dari debeat, ſed ad actionẽ quæ amiſſa fuerat, exercendam. Nimirum poſt impetratã reſtitutionem. Sed nihil vetat priorem huius §. partem de vno tempore intelligi, aliam de alio. Prior enim pars eſt de tempore reſtitutionis poſterior verò de tempore actionis exercendæ & reſtitutæ. Nec repugnant verba illa *ad reſtitutionem*, quæ ſic accipienda ſunt ac ſi ſcriptum eſſet, *vt ſcilicet annus ei reſtituatur*: non autem quaſi eſſet adiectum *ad reſtitutionem petendam.* Idem enim eſt, annum dari ad reſtitutionem, & annum reſtitui. Proinde reiicienda omninò eſt interpretatio Accurſij, qui verba illa, *ſi omnes quidem abſentiæ annum colligant*, malè interpretatur de anno vtili qui dabatur olim ad petendam reſtitutionem, & cuius loco ſubrogatum hodie eſt quadriennium. Interpretanda enim ſunt de anno continuo, quemadmodum abſentiæ tempus quod reſtituitur continuum fuit. Perindéque potuiſſet ſcribere Vlpian. *dandum annum & menſem*, vt in ſecundo exemplo quod affert Accurſ. ſi abſentiæ ſimul iunctæ annum & menſem collegiſſent. Item dandos duos annos ſi abſentiæ omnes iunctæ biennium effeciſſent, cùm tamen tempus quod ad reſtitutionem petendam datur non poſſit annum excedere, inſpecto ſcilicet eo iure quod Vlpiani temporibus obtinebat. Eſt tamen tota hæc clauſula ab illis verbis, *ſed ſi omnes quidem*, vſque ad finem §. tam parum cohærens ſuperiori, tamque parum elegans, vt facilè ſuſpicer adiectum fuiſſe à Tribon. captante occaſionem ex eo quod Vlpian. de illo fuerat locutus qui ſæpius reipubl. cauſa abfuerat, itémque de tempore computando ex nouiſſimo reditu: quaſi verò ei quod ex Labeone Vlp. dixerat computandum eſſe tempus reſtitutionis ex nouiſſimo reditu, conſequens eſſet quærere. An ſolum tempus nouiſſimæ abſentiæ reſtituendum ſit. Verùm quòd commune habet tempus intra quod petenda reſtitutio eſt (de quo ſolo ſunt ea quæ & proximè præcedunt & quæ ſequuntur in §. proximo,) cum tempore quod per reſtitutionem in integrum reddi oportet? Quid rurſus commune computatio temporum reſtitutionis ex nouiſſimo reditu, cum reſtitutione temporis nouiſſimæ abſentiæ? De aliis quæ hîc Accurſius diſputat, iam ſcripſimus ad *l. ab hoſtibus* 15. *§. vlt. & ad l. ſed & ſi* 26. *§. quoties ſupr. hoc tit.*

4 ¶ Si cùm in prouincia domicilium haberes, eſſes autem in vrbe, an mihi annus cedat, quaſi experiundi poteſtatem habeam? & ait Labeo, non cedere. Ego autem puto hoc ita verum, *ſi ius reuocandi domum*, aduerſarius habuit [a]: ſin minùs, videri eſſe experiundi poteſtatem [b]: quia & Romæ litem conteſtari potuit [c].

Ad §. 4. Si cùm in prouincia.

a *Si ius reuocandi domum aduerſarius habuit.* Rat. dubitandi. Etiam cùm aduerſarius habet ius reuocandi domum, id eſt, priuilegium aliquod fori, non ideò impeditur actor quominùs agere poſſit. Nec enim aliter poteſt reus vti priuilegio ſuo, quam ſi conueniatur, *l. quacunque* 5. *infr. de re iud.* Denique exceptio fori, vt & alia quælibet in neceſſarium antecedens præſupponit actionem non ſolùm competentem, ſed iam inſtitutam per vocationem in ius, quæ omnium actionum inſtituendarum principium eſt, *§. omnium inſtit. de pæn. temer. litig.* iunct. *leg.* 5. *de except. l. vlt. C. eod.* Ergo non eſt probabilis color petendæ reſtitutionis ſi quis cauſari velit, ideò ſe non egiſſe, quòd ſciret aduerſarium munitum huiuſmodi præſcriptione fori, cùm prius eſſet vt ageretur, quàm vt fori præſcriptio obiiceretur: maximè cùm fieri poterat vt eam exceptionem quamvis ſibi competentẽ opponere reus nollet. Neque enim quiſquam iure ſuo inuitus vti cogitur, & poteſt quilibet priuilegio fori renunciare aut expreſſo pacto, vt in *l. pen. C. de pact.* aut tacito conſenſu litem conteſtando ante oppoſitam exceptionem, quam vtique opponi neceſſe eſt ante litis conteſtationem, vt & declinatorias & dilatorias cæteras, *d. l. vlt. & l. except.* 19. *C. de probat.*

Ratio dec. Non videtur experiendi facultatem habere is qui præſcriptione fori ſummoueri poteſt. Nam & in aliis exceptionibus idem euenit, vt nihil interſit an quis nullam actionem habeat, an talem habeat quæ per exceptionem elidi poſſit, *l. nihil intereſt* 115. *de reg. iur.* Niſi quod præſcriptio fori non tam actionem elidit quàm actionis exercitium impedit, vt & cæteræ dilatoriæ omnes, quæ ideò ſic dicuntur quod differant negotium duntaxat, non perimant, quomodo perimunt eæ quæ hanc ob cauſam peremptoriæ appellantur. Nec quod fieri poteſt vt ea præſcriptio non opponatur, ad rem quicquam facit, ſufficit enim vt opponi poſſit, ad hoc ne poſſit imputari actori cur non vocauerit in ius eum quem ſciuit habere priuilegium fori. Alius enim conueniri poſſe non videtur quàm in quem inuitum reddi iudicium poteſt, *l. inter ſtipulantem* 83. *§.* 1. *de verb. oblig.*

b *Sin minus, videri eſſe experiundi poteſtatem.* Ratio dubitandi. Actor cogitur ſequi forum & domicilium rei qui conuenitur, ſiue in rem actio inſtituta ſit in perſonã, *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iud.* Atqui is qui erat conueniendus in caſu noſtro, proponebatur habere domicilium in prouincia, non in vrbe. Ergo in vrbe conueniri non potuit, nec proinde videtur actor experiundi poteſtatem habuiſſe tuto eo tempore quo aduerſarium Romæ vidit.

R. dec. Roma communis patria eſt, *l. Roma 33. ad municip.* Non poteſt igitur quiſquis Romanus ciuis eſt cauſari ſe extra patriam conueniri ſi Romæ conueniatur, niſi cùm habet ius reuocandi domum. Nec enim Roma ſicuti patria, ita & domus cuiuſque eſt. Non ergo reſtituetur is qui cùm poſſet Romæ aduerſarium conuenire, litéroque cum eo conteſtari maluit differre actionem, eamque interim amiſit.

c *Quia & Romæ litem conteſtari potuit.* At non etiam fortaſſe litem perſequi ad finem vſque, nec aduerſarium cogere vt Romæ iudicium acciperet. Durum enim eſt cogi quem litigare & iudicium accipere in loco in quo neque teſtium, neque pecuniarum copiam habeat, & in quo ſi eſſet condemnatus, ſatisfacere tamen iudicato non poſſet. Ideóque nimirum de ſola conteſtatione hic loquitur Vlpianus, quia & ſola conteſtatio ſufficit ad perpetuandam actionem, quæ poſtea exerceri quandocunque in prouincia poſſit. Iunge *leg. ſenatuſconſulto 7. ſupr. de offic. præſid.* Simile ferè eſt quod hodie dicimus & obſeruamus in chirographi recognitione, Poſſe ſcilicet eum qui ſcripſit conueniri quocunque loco & apud quemcunque iudicem hactenus vt ſcripturam recognoſcat, ne de illius fide vnquam aut vſquam dubitari poſſit, non etiam vt iudicium accipere, ac condemnationem ab incompetenti iudice pati cogatur. Et in hoc videtur mihi Accurſius noſter errasse, non etiam in eo quod notat ex hoc §. annum qui dabatur olim ad petendam ex hoc edicti capite reſtitutionem vtilem non continuum fuiſſe. Non enim quærimus an actor experiundi poteſtatem habuerit, niſi cum de vtili tempore diſputamus, *leg. 1. de diuerſ. tempor. præſcription.* Sed quod addit idem ferè eſſe in quadriennio quod hodie in locum illius anni vtilis ſubrogatum eſt, in *leg. vlt. Cod. de tempor. in integrum reſtitution.* difficilius videtur. Eſt enim quadriennium illud ab initio quidem vtile, vt non incipiat currere, niſi ex quo die incipit actor poſſe petere reſtitutionem vt & olim, *l. 1. eo. tit.* Sed ex quo cœpit currere continuum eſt, vt expreſſim habent verba conſtitutionis. Verùm eadem conſtitutio addit, quemadmodum in minorum reſtitutionibus omnis minor ætas excipitur, ita & in maiorum tempus quo reipublicæ cauſa abfuerint, vel aliis legitimis cauſis quæ veteribus legibus enumeratæ ſunt fuerint occupati, omne excipiendum eſſe. Itaque hæc etiam Accurſ. adnotatio recta & vera eſt.

5 ¶ Exemplo reſciſſoriæ actionis etiam exceptio ei, qui reipublicæ cauſa abfuit, competit: fortè ſi res ab eo poſſeſſionem nacto vindicentur.

Ad §. 5. Exemplo.

Ratio dub. Edictum non loquitur niſi de actione reſtituenda ei qui abfuit reipubl. aut ea qua alia iuſta & probabili cauſa. Ergo non eſt porrigendum ad exceptionem de qua perinde loqui prætor potuiſſet ſi de ea quoque danda ſenſiſſet, arg. *l. vnic. §. vbi autem, verſ. ſin autem ad deficientes, C. de caduc. tollend.*

R. dec. Quamuis edicti verba de actione tantùm loquantur, commodiſſimè tamen recipiunt hanc interpretationem, vt de exceptione quoque danda & quidem perpetua ſenſiſſe videatur. Cui enim damus actionem multò magis damus exceptionem, *l. 3. §. pupillus ſupr. de negot. geſt. l. 1. §. ſi autem de ſuperfic. l. non debet 156. §. 1. de regul. iur. l. Papinianus 8. §. ſi filius de inoff. teſtam.* Ergo, ſi fortè is qui reipublic. cauſa abfuit, poſtea reuerſus actus ſit poſſeſſionem rei durante abſentia vſucaptæ danda eſt ei exceptio: Nec enim actione vlla indiget cùm ſit poſſeſſor, *§. 1. Inſtitut. de action.* nec rurſus cogendus poſſeſſionem ſuam amittere vt agere poſſit. At neque indiget reſtitutione cùm ſatis ſit reſtitutus hoc ipſo quod poſſeſſionem ſuam recuperauit, adeò vt ea eo tempore ſi poſtea iterum rei poſſeſſionem amiſerit, habeat actionem perpetuam non temporalem, *leg. ſi is cuius 31. inſr. eodem*, quam tamen non poſſet habere niſi temporalem ſi adhuc egeret reſtitutione. Nam nec ſola reſtitutio ſufficeret ad perpetuandam actionem, *leg. nam poſteaquàm 9. §. ſi minor de iureiur.* Sanè quemadmodum actionem reſciſſoriam non dat prætor niſi data priùs reſtitutione, ita neque replicationem, *lege vltim. Cod. hoc tit.* iunct. *dict. §. ſi minor.* Proinde non neceſſe eſt, vt poſſeſſionem nactus hic ſit poſt impetratam reſtitutionem. Sufficit enim vt eam nactus ſit quoquo tempore & quoquomodo dum ſine vitio ad hoc vt poſſit habere exceptionem ſine reſtitutione. Nam & ſatis reſtituit eum prætor cùm dat ei exceptionem. In quo errauit Accurſius. Cætera dicemus ad *dict. leg. ſi is cuius 31. inſr. eodem.*

6 ¶ In actione reſciſſoria, quæ aduerſus militem competit, æquiſſimum eſſe Pomponius ait, eius quoque temporis, quo abſens defenſus non eſt, fructus eum præſtare. Ergo & militi debebunt reſtitui [a]. Vtrinque actio erit [b].

Ad §. vlt. In actione.

Ratio dubitandi. Ratio propter quam ſolet reus idémque poſſeſſor ad fructuum reſtitutionem condemnari, ídque ex die litis conteſtatæ duntaxat, non alia eſt quàm quia quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, *l. 3. inſr. de vſur.* Ergo vbi nihil petitum eſt vt in ſpecie huius §. fructuum condemnatio nulla fieri poteſt.

Ratio decidendi. Eius quoque temporis quo abſens defenſus non eſt fructus eum præſtare oportet, non quidem eſt ratione iuris, de qua in *d. l. 2.* ſed ea ſumma æquitate, quia licèt nihil petitum ſit non tamen per abſentem poſſeſſorem qui defenſus non fuit, ne quid ab eo peti potuerit: Cúmque hæc reſtitutio pleniſſimam indemnitatem afferat, vt ſæpiùs diximus, ſiue abſenti contra abſentem detur, non aliter plena poteſt eſſe aut indemnitas aut reſtitutio, quàm ſi fructus quoque præſtentur. Quod tantò magis admittendum eſt, quòd et quoque fructus qui poſt acceptum iudicium percepti ſunt, ex æquitate magis quàm ex ſtricta iuris ratione reſtitui ſolent, *l. videamus 38. §. ſi actionem eod. tit. de vſur.* Denique hæc reſtitutionum omnium in integrum natura eſt vt fructus quoque reſtitui oporteat, *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio ſupr. de minor. leg. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſt.* Niſi ponas eum agere qui medio tempore poſſederit. Qui enim poſſident nihil vnquam fructuum nomine conſequuntur, *l. pen. §. vlt. inſr. ſi vſuſfr. petet.*

a *Ergo & mihi debebunt reſtitui.* R. dub. Prætor magis fauet reſtitutioni quæ contra abſentes datur ex hoc edicto, quàm ei quæ datur abſentibus, *l. item ait 21. verſ. & erit notandum ſup. hoc tit.* Ergo non eſt bona conſecutio ſi quis cum Vlp. inferat reſtitui debere fructus militi ob id ſolùm quod etiam à milite reſtituerentur.

Ratio decidendi. Bona conſecutio eſt, quia vtramque naſcitur ex eadem æquitatis ratione quàm modò diximus. Et quamuis prætor magis faueat reſtitutioni petitæ contra abſentes, quàm abſentibus, id tamen hactenus verum eſt vt inquirat, cùm reſtituitur is qui abfuit, an neceſſariam abſentiæ cauſam habuerit, aut ſaltem iuſtam & probabilem an non. Quæ inquiſitio & diſtinctio ceſſat quoties reſtitutio fit contra abſentem, *lege ait prætor* 25. *§. vltim. & legibus ſeq. leg. ſed etſi* 26. §. 1. vbi diximus, *ſuprà hoc titulo*. Cæterùm quoties aut abſenti aut contra abſentem datur reſtitutio, id ſemper agit prætor vt præſtationes omnes fiant quas ſuggerit æquitas, & conſequenter vt fructus quoque in vtraque ſpecie reſtituantur.

b *Et vtrinque actio erit*. Id eſt, ſiue contra militem reſtitutio detur, vtróque caſu actio competit ex hoc edicto, etiam ad hoc vt fructus reſtituantur.

Ratio dubitandi. Fructus tum quoque cùm præſtantur ex die litis conteſtatæ, non tam vi & poteſtate actionis, quàm officio iudicis præſtantur & ex æquitate, vt ſcriptum eſt, in *dict. lege videamus* 38. *§. ſi actionem de vſur.* quod & de vſuris ex bonæ fidei iudicio præſtandis proditum eſt, in *l. qui per colluſionem* 49. §. 1. *de action. empt.* Atqui actio reſciſſoria, quæ competit beneficio huius in integrum reſtitutionis non poteſt eſſe fauorabilior quàm, quæ antea competebat. Neque enim id agit prætor cùm amiſſam actionem reſtituit ex hoc edicto, vt pleniorem illam faciat, quàm fuiſſet præſtina ſi eam actor non admiſiſſet. Cui nimirum ſatis eſſe debet quod indemnis ſeruetur, etiamſi nullum vberius ex reſtitutione lucrum ſentiat. Ergo non poteſt actio ex hoc edicto ad fructus dari, præſertim ad eos qui percepti ſint ante litem conteſtatam; quam vtique in priorem actionem nullo modo veniſſent, id eſt, ne officio quidem iuris, *dict. leg.* 2. *& dict. §. ſi actionem, leg.* 38. *de vſuris*.

Ratio decidendi. Plenior eſt actio quæ ex hoc edicto datur, quia cùm detur beneficio præcedentis in integrum reſtitutionis, ea omnia continet, quæ in auxilium reſtitutionis venire poſſunt, in quo numero ſunt fructus omnes percepti ex eo die quo incepit læſio, quoniam alioqui reſtitutio non eſſet plena, vt ſuprà diximus. Cæteræ actiones, quæ citra reſtitutionem dantur, minùs plenæ ſunt, præſertim quod ad fructus, & cæteras acceſſiones, quæ non niſi officio iudicis præſtantur. Et ratio diuerſitatis non obſcura illa eſt, quod officium iudicis non poteſt incipere niſi ex quo die cœpit ille eſſe iudex, & conſequenter ex tempore litis conteſtatæ. Nam ſicut futuri poſt condemnationem temporis tractatus ad officium iudicis nullo modo pertinet, *lege prima § primo verſic. Paulus notat. de vſuris*. Nimirum quia iudex poſteaquàm dixit ſententiam, & reum condemnauit, officio ſuo functus eſt, *lege iudex, poſteaquàm* 28. *de re iudicat.* Ita nec eius temporis quod præcedit conteſtationem, quia eo toto tempore nullum adhuc iudicis officium, vt nec quiſquam iudex fuit. At officium prætoris, ad quod pertinet vt ex iuſta cauſa det in integrum reſtitutionem nullis niſi æquitatis finibus continetur, nec aliud principium habet à quo poſſit incipere, nec alium finem quo terminetur. Nec enim ſicut iudex formulæ prætoris obſtrictus eſt, ita & prætor nullomodo conſtringitur, quominus liberam habeat cauſæ cognitionem, & cauſa cognita pronunciandi de ea poteſtatem.

29. AFRICANVS lib. 7. Quæſtionum.

VIdelicet ne cui officium publicum [a] vel damno vel compendio ſit.

Ad l. Videlicet 29.

Ratio dubitandi. Secundùm naturam eſt cuiuſque rei commoda eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, *lege ſecundùm naturam* 10. *de reg. iur.* Atqui officium publicum nullum eſt quod non habeat commodum aliquod annexum, ſiue pecuniarium illud ſit, ſiue honorarium, ſed ea præcipuè officia non carent commodo quæ tanti ſunt momenti, vt propter ea quis abeſſe cogatur: vt cùm abeſt etiam cauſa reipublicæ abeſſe dicatur. Ergo ſi quid viciſſim ex ea abſentia incommodi percipiat, æqui bonique conſulere id debet, damnúmque cum tot officij commodis compenſare.

Ratio decidendi. Habent officia publica ferè omnia, & maximè dignitatis incommoda pleraque quæ Papinianus onera dignitatis appellabat, *leg.* 1. *§. nec caſtrenſe verſ. ſed an id. de collat. bonor.* aduerſus quæ incommoda nec prætor nec ferè Princeps quiſquam eſt qui in integrum reſtituere poſſit. Ea verò ſunt quæ cum lucris & commodis officij compenſari oportet, non etiamſi quid extrinſecus damni ob eam abſentiam emergat, quod æquitate & auxilio prætoris per in integrum reſtitutionem emendari poſſit. Non tam enim ex dignitate ipſa proficiſcuntur, quàm ex abſentia, tametſi dignitas illa ſit quæ abſentiæ cauſam dedit, *arg. lege inter cauſas* 26. *§. non omnia infrà, mandat.* Abſentia verò quatenus abſentia eſt, vix vlla vnquam, niſi fortè per occaſionem, affert commoda quæ cum ipſius incommodis compenſare poſſit.

a *Ne cui officium publicum.* Ratio dubitandi. Idem eſt in cuiuſque officio priuato. Nam nec cuiquam officium ſuum priuatum aut nocere debet, *lege ſi ſeruus* 61. *§. quod verò de furt.* aut prodeſſe *leg. idémque* 10. *in princ. & §. ſi procurator. lege ex mandato* 20. *mand.* Non debuit ergo Africanus de officio publico ſpecialiter loqui, quaſi aliud eſſet in priuato.

Ratio decidendi. Id quidem commune eſt omnibus officiis & publicis & priuatis vt ex iis neque lucrum neque damnum quis ſentire debeat: lucrum, inquam, ex alterius damno, damnum verò quod alterius lucro cedat. Sic enim hoc accipi debet ex *l. ſciendum* 18. *ſuprà hoc tit.* Sed diſſimilis in eo cauſa eſt officij publici & priuati, quod publicum materiam reſtitutionis abſenti præbere poteſt, priuatum non item, Abſentia enim cui publicum officium cauſam dat, non poteſt eſſe niſi neceſſaria. Ea verò cui priuatum nunquam niſi voluntaria. Sicut enim publicum officium recuſari niſi ex certis iuſtiſque cauſis non poteſt, ita priuatum ſuſcipere inuitus nemo cogitur: Itaque qui ſuſcipit damnum ſi quod ex eo ſentiat ferre patienter debet, ſibíque imputare cur vel ſuſceperit cùm poſſet recuſare, vel non meliùs indemnitati ſuæ proſpexerit. Bene igitur Africanus de officio publico duntaxat locutus eſt, cùm ageret de in integrum reſtitutione.

30. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

CVm miles, qui vſucapiebat, deceſſerit: & hæres impleuerit vſucapionem: æquum eſt reſcindi, quod poſteà vſucaptum eſt: [a] vt eadem in hæredibus, qui in vſucapionem ſuccedunt, ſeruanda ſint, *quia poſſeſsio defuncti* [b] *quaſi iuncta: deſcendit ad hæredem*: & plerumque nondum hæreditate adita, completur.

Ad l. Cùm miles 30.

Ratio dubitandi. Verba edicti eum ſolum caſum exprimunt, quo miles ipſe vſuceperit. Sic enim habent, *ſi quis quid vſu feciſſet ſuum, l. 1. ſuprà hoc titulo.* Nulla penitus hæredis facta mentione. Ergo ſi miles qui alienam rem vſucapiebat, deceſſerit ante completam vſucapionem, quam poſteà hæres ipſius impleuerit, non poteſt hic caſus ad edictum pertinere, nec proinde reſtitutionem vllam admittere ex hoc edicto.

Ratio decidendi. Edictum quidem de hærede militis aut alterius abſentis nihil dixit, ſed tamen eadem æquitatis ratio quæ locum facit reſtitutioni contra militem, nocet etiam hæredi, vt eadem in hæredibus qui in vſucapionem ſuccedunt, ſeruentur quæ in defuncto qui vſucapere cœperat, quoniam vſucapio defuncti quaſi coniuncta deſcendit ad hæredem, adeò vt etiam non adita hæreditate plerumque compleatur, *lege nunquam 31. §. penult. leg. cœptam 40. de vſucapion.* Id eſt, vt benè Accurſius explicat, niſi medio tempore poſſeſſio ab alio apprehenſa ſit, *leg. poſſeſſio 20. eod. titulo.* Sicut ergo perſona hæredis nihil mutat quantum ad vſucapionem cœptam à defuncto, ita neque quantum ad reſtitutionem quam aduerſus eum vſucapionem prætor pollicetur. Valde autem abutitur hoc §. Accurſius, vt contra Martinum defendat opinionem Bulgari, quam nos refutauimus ad *leg. ab hoſtibus 15. §. ſed quod ſimpliciter, ſuprà, hoc titulo.* Hic enim non agitur de reſtitutione danda reuerſo contra quem poſt reditum ipſius modico tempore deducto completa ſit vſucapio, ſed contrà de reſtitutione danda contra abſentem ipſiúſque hæredem, etiamſi ab hærede ipſo completa fuerit vſucapio. Quare non video quid Martinum cogeret, vt quod hæc lex ait de militis hærede intelligeret de eo hærede qui ſit etiam miles, quod ſanè ridiculum eſt, meritóque ab Accurſio reprehenſum. Nec tamen illud reprehenſione minùs dignum eſt, quod idem Accurſius notat ſententiam huius legis non procedere de rigore vt ipſe loquitur, ſed de æquitate. Quaſi verò iuris prætorij rigor aliquis ſit, aut non etiam ex æquitate detur reſtitutio, quæ contra militem ipſum datur. Planè in ea reſtitutione, quæ contra militem ipſum datur hoc amplius eſt, quod datur ex verbis edicti. Quæ verò contra ipſius hæredem, non niſi ex mente prætoris & per interpretationem, cui tamen eadem iuris prætorij æquitas patrocinatur. Nam & ignorari plerumque probabiliter poteſt, an hæres quiſquam ſit fortè ſi ignoretur militem deceſſiſſe aut quiſnam hæres ille ſit, quoniam aditæ hæreditatis probatio plerumque difficilis eſt, *l. 3. de interrog. in iur. faciend.*

a *Vſucaptum eſt.* Noli dicere cum Accurſio, vſucapione completum, quæ nullius ſenſus locutio eſt, ſed vſucapione completa acquiſitum. Quandiu enim completa vſucapio non eſt, quod poſſidetur vſucapi dicitur non vſucaptum eſſe.

b *Quia poſſeſſio defuncti.* Ratio dubitandi. Etſi omnia iura defuncti tranſeunt ipſo iure in hæredem, poſſeſſio tamen non tranſit priuſquàm fuerit apprehenſa, *lege cùm hæredes 23. lege qui vniuerſas 30. §. quod per colonum de acquir. poſſeſſ. leg. 2. §. 1. expil. hæredit.* quia nec in hæreditate reperitur, *leg. 1. §. Scæuola, ſi is qui teſtament. liber eſſ. iuſſ.* Vtrumque ideò quia poſſeſſio facti eſt, factúmque poſſidentis requirit, *lege denique 19.* vbi dixi, *ſuprà hoc titulo.* Ergo falſum eſt, quod hîc dicitur poſſeſſionem defuncti quaſi coniunctam deſcendere ad hæredem.

Ratio decidendi. Scripſit Tribonianus poſſeſſionem pro vſucapione reſpiciens ad conſtitutionem Iuſtiniani in *leg. vnic. Codice de transformat. vſucap.* vt & in *leg. ab hoſtibus 15. §. vltim. & dict. leg. denique ſuprà.* Itaque hoc poſſeſſionis nomine non actus ipſe poſſidendi ſignificatur, qui in omni vſucapione requiritur, *lege ſine poſſeſſione 25. de vſucap.* Id eſt, poſſeſſio illa quæ eſt facti: ſed poſſeſſio longi temporis, id eſt, ius ipſum decennalis aut vicennalis poſſeſſionis, quòd nomen ſaltem hodie non minùs iuris nomen eſt, quàm fuit olim ſempérque erit vſucapionis, quæ hodie in longi temporis poſſeſſionem à Iuſtiniano transformata fuit. Quod ab interpretibus non obſeruatum, magnas iis attulit difficultates. Adeò vt nonnulli dixerint legem hanc de ſuo hærede intelligendam eſſe, cæteras verò de extraneo Parum ſubtiliter. Nullum enim priuilegium olim fuit ſuorum hæredum quantum ad cauſam poſſeſſionis de qua nec Paulus noſter loquitur, in *lege in ſuis 11. de liber. & poſt.* Quam vnam illi in hanc rem afferunt. Hodie ſanè moribus noſtris aliud inualuit. Poſſeſſio enim non minùs, quàm dominium quod defuncti fuit, continuatur in hæredem quemlibet etiam extraneum, qui modò hæres eſſe velit, omniáque remedia poſſeſſoria quæ defuncto competebant, competunt etiam hæredi, ex generali ferè gentium omnium conſuetudine quæ à Mediolanenſibus, & Longobardis initium ſumpſiſſe creditur, quam Galli ſic exprimere ſolent, *Le mort ſaiſit le vif.*

1 ¶ Si is, qui reipublicæ cauſa abfuit, vſucepit, & poſt vſucapionem alienauerit rem: reſtitutio facienda erit. Et licèt ſine dolo abfuerit, & vſuceperit, lucro eius occurri oportet.

¶ Item ex reliquis omnibus cauſis [a] reſtitutio facienda erit: veluti ſi aduerſus eum pronunciatum ſit.

Ad §. 1. Si is qui.

Rat. dub. Reſtitutio datur ex hoc edicto contra abſentem qui cùm abſens eſſet, ideóque conueniri non poſſet alienam rem interim vſucepit. Nimirum vt rem illam priori domino reſtituat, quam porrò reſtituere non poteſt ſi vſucapione completa eam alienauerit, præſertim ſi id fecerit bona fide, cùm neque poſſideat, neque dolo malo deſierit poſſidere. Ergo hoc caſu contra abſentem reſtitutio facienda non eſt, nec quod pro re ipſa pretium habeat, reſtitutionis contra eum dandæ colorem aliquem aut materiam præbere poteſt, quia pretium non tam ex re, quàm negotiatione percipitur, *l. venditor 21. de hæred. vel act. vend.*

R. dec. Siue dolo malo abfuerit is qui reipubl. cauſa abfuit & vſucepit, ſiue nullus ipſius dolus interuenerit neque in eo quod abfuit, neque in eo quod rem alienauit, lucro eius occurri oportet: quia ſicut prætor non vult eum damno affici, ita nec lucrum eum facere patitur, *l. ergo ſciendum 22. ſupr. hoc tit.* Atqui faceret lucrum ſi pretium rei à ſe vſucaptæ & venditæ retineret, quia id hodie non haberet ſi alienam rem per abſentiæ ſuæ occaſionem non vſucepiſſet. Auferendum igitur ei eſt pretium illud per in integrum reſtitutionem. An verò etiam contra emptorem erit danda præſenti reſtitutio? Ita putat Accurſius, tum quod generaliter & indiſtinctè Paulus hîc ſcribat faciendam eſſe reſtitutionem, non addito eo an contra abſentem ſolum, an verò contra emptorem ſolum, an etiam contra vtrumque. Tum quia idem obtineat in reſtitutione minoris, vt non modò aduerſus eum qui cum minore contraxit detur ei reſtitutio, ſed etiam aduerſus eum qui emit à minore, quantumvis bona fide, *l. in cauſa 13. §. vlt. ſupr. de minor.* Plus putat Accurſius in eo fauorabiliorem eſſe reſtitutionem quæ contra abſentem quàm quæ minori datur, quòd cùm minor nunquam reſtituatur contra bonæ fidei poſſeſſorem, quandiu is qui à minore rem accepit aut hæres eius idoneus eſt, *leg. planè 14. eod.* In propoſito tamen volt

ille

ſtle dandam actori electionem, an contra abſentem agere malit, an potius contra bonæ fidei poſſeſſorem. Et affert rationem diuerſitatis, quoniam, inquit, in reſtitutione minoris ille qui vendidit rem à minore ſibi venditam contraxit cum minore, ideòque magis grauandus fuit. Hic autem non fuit contractum cum abſente ab eo qui petit reſtitui. Ego verò contrà ſentio. Eſt enim priuilegium illud minoris vt poſſit reſtitui etiam contra tertium bonæ fidei poſſeſſorem, ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat, *d.l.13.§.vlt.* Neque tamen vſque adeò fauemus minori vt electionem ei demus agendi contra poſſeſſorem bonæ fidei, niſi eo demum caſu quo is qui contraxit, eiúſve hæres non ſit ſoluendo. Quid enim poſſis ei imputare qui & bona fide comparauit, & à domino? Abſurdum igitur eſt dicere tantundem iuris maioribus dandum eſſe. Sed illud multò abſurdius, meliorem eſſe conditionem maioris quàm minoris, cùm è contrario certiſſimum ſit fauorabiliores eſſe minores in cauſa petendæ reſtitutionis quàm maiores, *lege vlt. ſupr. de reſtitut. in integrum lege præſes 42. ſuprà de minoribus.* Nec aliud agere prætorem cùm maiores reſtituit, quàm vt ne moreantur in damno, quod æquè conſequitur data præſenti contra ſolum abſentem reſtitutione, quàm ſi daret etiam contra poſſeſſorem. Neque in eo ſit vlla iniuria abſenti, nec proinde ei multum faueas, etiamſi cum Accurſio ſentias, quia æquè futurum eſt vt ipſius damno res tota cedat, quamuis reſtitutio detur contra poſſeſſorem, ſi quidem poſſeſſori regreſſus poſtea dandus erit contra abſentem. Nam & in reſtitutione minoris id obſeruatur, *lege ſed vbi 15. eodem titulo de minoribus.* Ergo quod hìc Paulus ſcribit, Etiam poſt rei vſucaptæ alienationem ab abſente factam dandam eſſe reſtitutionem, ita omnino accipiendum eſt vt contra abſentem dari debeat, non contra bonæ fidei poſſeſſorem. Idque apertè probat ratio quæ ſequitur in textu his verbis, *lucro eius occurri oportet.* Nec enim ad alium quàm ad abſentem referri poteſt, vt nemo non videt.

a *Item ex reliquis omnibus cauſis.* Ratio dubitandi. Si quid pronunciatum ſit contra præſentem pro abſente, poteſt præſens condemnatus habere commune auxilium appellationis, quod omnibus patet, *l.3. §. falſus infra ratam rem haber. l.1. & paſſim de appellationibus.* Ergo non eſt ei danda reſtitutio, cùm imputare ſibi debeat ſi non appellauit, *d. leg. vlt. ſupr. de reſtitution. in integrum, l.7.§.1. dict. leg. præſes 42. de minoribus.*

R. decid. Non ita locus hic accipiendus eſt vt præſenti condemnato danda ſit reſtitutio aduerſus abſentem, vt benè Accurſius monet, hac ipſa ratione quòd poſſit ille debeatque appellare. Nec rurſus ita quomodo vult idem Accurſius, vt abſenti condemnato detur reſtitutio, minimum ad appellandum ſi defenſus fuit, aut ad totam cauſam ſi à nemine defenſus fuit. Ex diſtinctione, *dictæ legis vltim. de reſtitution. in integrum.* (Totus enim hic paragraphus eſt de reſtitutione quæ contra abſentem non quæ abſenti datur, nec probabile eſt quod fateri Accurſius cogitur, tam ſubitò & derepente mutari caſum, præſertim cùm verba illa *aduerſus eum* iuncta coniunctione *item*, quæ continuatiua eſt, oſtendant ſatis præcedentem ſpeciem continuari. Sed ita intelligi Paulus, meo iudicio debet, vt contra abſentem qui rem alienam vſucepit facienda ſit reſtitutio, non ſolùm ſi eam rem vendiderit, vt lucro eius occurratur, ſed etiam ſi alio quouis modo eam rem amiſerit, ita vt nullum inde lucrum ſenſerit, quod euenit ſi ponas poſt vſucapionem ab eo completam ſuperueniſſe aliquem qui eam rem petierit, tandémque per ſententiam euicerit, ſiue per ſordes ſiue per gratiam iniqui iudicis id factum ſit, ſiue alia denique qualibet ratione. Hoc enim caſu nullum lucrum ſenſiſſe poteſt is qui condemnatus fuit. Nec eo minus tamen æquum eſt reſtitutionem priori domino dari contra abſentem. Quia huius reſtitutionis dandæ non illa ratio ſola eſt, vt abſenti lucrum auferatur, ſed illa etiam & præcipua. Ne abſentia eius damnum afferat alij cui nihil poteſt imputari, *lege abſentia 140. de regulis iuris.* Afferret verò damnum ſi propter condemnationem ſecutam contra abſentem prohiberetur is cuius res vſucapta eſt, reſtitutionem petere aduerſus vſucapionem. Itaque quod lex ait, *item ex reliquis omnibus cauſis*, ſic accipi debet ac ſi Paulus ſcripſiſſet, non tantùm in ſupradicta ſpecie faciendam eſſe reſtitutionem vt abſentis lucro occurratur, ſed etiam in cæteris omnibus etiam cauſis in quibus nullum ipſius lucrum futurum ſit, putà ſi de ea re quam vſuceperat alij quàm priori domino reſtituenda fuerit condemnatus. Nec enim ſententia contra eum lata prodeſſe ipſi debet, quominùs contra eum dari reſtitutio poſſit, quia imputari ei poteſt cur aduerſus iniuriam iudicis non implorauerit auxilium appellationis cùm poſſet appellare, argumento *dictæ legis ſeptimæ §. primo de minoribus.* Iniuria námque vni facta per iudicem non debet alium contingere, *lege ſi per imprudentiam 51. de euictionibus, lege exceptione 67. de fideiuſſ.*

31. IDEM lib. 53. ad Edictum.

SI is, cuius rem vſucepit reipublicæ cauſa abſens, poſſeſſionem ſuæ rei ab illo vſucaptæ nactus ſit: & ſi poſtea amiſerit, non temporalem, ſed perpetuam habet actionem.

Ad l. Si is cuius 31.

Ratio dubitandi. Actio reſciſſoria quæ datur ex hoc edicto ſiue abſenti ſiue contra abſentem perpetua non eſt, ſed annalis, *leg.1. ſupr. hoc tit. l. vlt. Cod. eod.* Ergo tametſi is cuius rem vſuceperat, reipublicæ cauſa abſens poſſeſſionem rei ſuæ ab illo vſucaptæ nactus ſit, adeóque ſi voles ſine vitio (nam & hoc addendum eſt, vt ſcripſimus ad *legem nec non* 28. *§. penult. ſupr. eod.*) Si tamen eam poſſeſſionem amiſerit, non perpetuam, ſed temporalem ad eam recuperandam habere debet actionem.

Ratio decidendi. Actio quidem ex hoc edicto competens eſt annalis, ſed exceptio quæ incipit competere ex quo die is qui per abſentiam ſiue alterius ſiue ſuam læſus fuerit, cœpit rem illam ſine vitio poſſidere, perpetua eſt, non annalis, vt dixi ad *d. §. penult.* Proinde ſi poſteà amiſerit illius rei poſſeſſionem, actio quam habet ad eam recuperandam perpetua eſſe debet, quia competit non ex hoc edicto, ſed ex iure communi. Nec enim vlla amplius indiget reſtitutione is qui iam ſemel ſatis reſtitutus fuit hoc ipſo quod rem ſuam recuperauit ſine vitio, & ita vt ei poſteà euinci nunquam poſſet. Nam etſi diceremus neceſſariam ei eſſe reſtitutionem, non ideò tamen fieret actio perpetua, vt neque replicatio quæ minori vigintiquinque annis per in integrum reſtitutionem conceditur, perpetua eſt, ſed iiſdem quibus reſtitutio finibus & terminis circumſcripta, *lege nam poſteaquàm 9. §. ſi minor de iureiurando.* Et tamen exceptio quæ huic datur ſi poſſeſſionem rei ſuæ ab alio vſucaptæ ſine vitio nactus ſit, perpetua eſt, vt iam dixi. Cur non igitur & replicatio? quæ ipſa quoque exceptio eſt, ſicque appellatur in *dicto §. ſi minor.* Reſpondeo differre hac parte exceptiones quæ reis dantur, à replicationibus, quoniam replicationes non reis, ſed actoribus accommodantur, & ideò non magis poſſunt eſſe perpetuæ quàm actiones, quia imputari ſemper poteſt actori cur non citiùs egerit, ac proindè cur non

etiam

etiam citiùs replicatione vſus ſit, quam etſi non potuit obiicere ante oppoſitam à reo exceptionem, poterat tamen citiùs agendo aſſequi vt reus quoque citiùs cogeretur exceptionem opponere, quæ oppoſita locum faceret replicationi. Itaque huc pertinere poteſt quod ait iuris regula, Eum qui poteſt facere vt poſſit, hoc ipſo iam poſſe videri, *lege qui poteſt facere* 174. *de regulis iuris.* At non ſimiliter poſſis imputare reo cur non citius exceptionem oppoſuerit, cùm in eius poteſtate non fuerit quando conueniretur, *lege petenda* 6. *Codice de temporali in integrum reſtitutione.* Vnde eſt quod dici ſolet, Ea quæ ad agendum temporalia ſunt, perpetua eſſe ad excipiendum, *lege purè* 5. §.*vltim. de doli exceptione.* Ergo concludendum eſt actionem de qua in hac lege agitur, non beneficio reſtitutionis perpetuum fieri, ſed beneficio poſſeſſionis recuperatæ, quippe quæ non ſolùm exceptionis perpetuæ ius pepererit, adeóque citra reſtitutionem, vt diximus ad *d.legem* 28. §.*penultim.* ſed etiam ſuppleat vicem non conteſtationis, vt malè nullóque colore putat Accurſius, ſed reſtitutionis non modo petitæ, ſed & impetratæ & executioni mandatæ. Definit namque neceſſarium eſſe auxilium reſtitutionis ei qui poſſeſſor iuſtus eſt, quíque vereri amplius non poteſt ne prætextu vſucapionis per abſentem completæ res ei ſua auferatur. Quid enim aliud facere poſſet prætor etiamſi millies eum reſtitueret, quàm vt ipſum faceret rei ſuæ poſſeſſorem dominúmque bonitarium? Vſucapionem ſiquidem tollere & peremere non poteſt, cùm ſit illa iuris ciuilis nec proinde tollere dominium quiritiarium, id eſt, ex iure Quiritium quod ſibi acquiſiuit is qui vſucepit, ſed tantùm vſucapionis iniquitatem & poteſtatem effectu ipſo corrigere reddita priſtino domino ſua poſſeſſione. Ex quo apparet actionem hanc non poſſe directam eſſe, ſed vtilem, qualis eſſet ſi daretur beneficio in integrum reſtitutionis. Nec enim plus facere poteſt recuperata ſine prætore poſſeſſio, quàm ſi reſtituta eſſet interueniente prætoris auctoritate. At nihil impedit quominùs & vtilis ſit & perpetua, quaſi quæ ſubeat locum exceptionis quàm perpetuam habuiſſet hic actor poſſeſſor factus, ſi poſſeſſionem ſuam non amiſiſſet.

32. MODESTINVS lib.9. Regularum.

ABeſſe reipublicæ cauſa intelligitur & is, qui ab vrbe profectus eſt, licèt nondum prouincia excesserit [a] ſed is, qui exceſſerit [b], donec in vrbem reuertatur, & hoc ad proconſules [c], legatóſque eorum [d] & ad eos qui prouinciis præſunt [e], procuratorésve principum, qui in prouinciis tenentur, pertinet, & ad Tribunos militum, & præfectos, & comites legatorum, qui ad ærarium delati [f], aut in commentarium principis delati ſint.

Ad l. Abeſſe 32.

a *Licèt nondum prouinciam acceſſerit.* Lego *acceſſerit*, non vt vulgò *exceſſerit*, quomodo legendum eſſe iam ante nos magni illi duo Iureconſulti, clariſſima Galliæ lumina, Petrus Faber & Iacobus Cuiacius obſeruauerunt.

Ratio dubitandi, Is qui ab vrbe profectus eſt vt iret in prouinciam ad negotia reipublicæ ibi tractanda, non prius rempublicam tractare poteſt quàm prouinciam ingreſſus ſit. Ergo non poteſt fieri vt abeſſe videatur reipublicæ cauſa priuſquàm acceſſerit prouinciam.

Ratio decidendi. Imò abeſt reipublicæ cauſa ſtatim atque ab vrbe profectus eſt, quia faciunt negotia reipublicæ quæ habet tractanda in prouincia vt cogatur ab vrbe abeſſe toto eo tempore quo in itinere eſt vt accedat ad prouinciam. Iter enim fit eius cauſa pro cuius commodo ſuſcipitur, *lege ſi quis pro vxore* 21. *de donat. inter virum & vxorem.* Itaque quod hìc dicitur de prouincia, non de Italia accipi debet, ſed de alia prouincia, in quam proficiſcendum erat ei qui reipublicæ cauſa abfuturus eſſet. Ideóque deceptus fuit Accurſius, & poſt eum cæteri qui ex hoc loco probare ſolent Italiam eſſe prouinciam, quam alij dominam prouinciarum appellant.

b *Sed & is qui exceſſit.* Ratio dubitandi. Qui exceſſit prouincia in quam miſſus fuerat vt ibi reipublicæ negotia tractaret, non magis ea tractare poteſt in itinere dum Romam reuertitur, quàm ſi in vrbem iam reuerſus eſſet. Ergo non poteſt dici abeſſe reipublicæ cauſa.

Ratio decidendi. Non potuit quis abeſſe reipublicæ cauſa in prouincia, quin dandum ei fuerit tempus ad eundum & redeundum. Ergo totum tempus itineris quod in eam rem neceſſarium eſt, ſicuti non dubitatur quin abſentiæ tempus ſit, ita nec quin abſentiæ reipublicæ cauſa imputari debeat, *lege qui mittuntur* 35. §.*pen. l.ſi cui* 38. §.1. *infrà.*

c *Et hoc etiam ad proconſules.* Ratio dubitandi. Proconſul vbique quidem inſignia proconſularia habet ſtatim atque vrbem egreſſus eſt, ſed tamen poteſtatem non exercet niſi in ea prouincia quæ ipſi decreta eſt, *leg.* 1. *l.obſeruare* 4. §.*vlt.ſuprà de offic. proconſ.* Ergo nec priùs reipublicæ cauſa abeſſe dici poteſt, quàm prouinciam ſuam ingreſſus ſit.

Ratio decidendi. Proconſul hoc plus iuris habet quàm cæteri qui abſunt reipublicæ cauſa, quod ſtatim atque vrbem egreſſus eſt, non ſolùm habet proconſularia inſignia, ſed etiam iuriſdictionem quamuis voluntariam dumtaxat, non etiam contentioſam, *l.*2. *eod. tit.* Quis ergo dubitare poteſt quin iam tum abſit reipubl. cauſa?

d *Legatóſque eorum.* Ratio dubitandi. Legati proconſulum hoc minùs iuris habent quàm proconſules, quod nec ſi in prouincia ſint, vllam tamen iuriſdictionem habent priuſquàm eis ſit mandata à proconſule, qui porrò eam mandare non poteſt priuſquàm ipſe prouinciam ingreſſus ſit, niſi ſi neceſſariam moram in itinere patiatur, *leg.*2. § 1. *lege* 3. *leg.*4. §.*vlt.& leg.ſequent. lege ſolent* 6. §.1. *de officio proconſ. & legat.* Ergo quod de proconſule diximus videri eum abeſſe reipublicæ cauſa ſtatim atque vrbem egreſſus eſt, licèt nondum prouinciam ingreſſus ſit, non æquè ad legatum proconſulis protrahi poteſt.

Ratio decidendi, In legatis proconſulum eadem quidem ratio locum non habet quæ in proconſule, ſed eadem tamen quæ in cæteris omnibus qui reipublicæ cauſa abſunt, & quam nos attulimus ad initium legis. Nempe quòd non poſſint aliquo vel minimo tempore abeſſe reipublicæ cauſa quin & eundum habeant, & redeundum, *dict. lege qui mittuntur* 35. §. *penult. & dicta lege ſi cui* 38. §.1. *infrà eod.*

e *Et ad eos, qui prouinciis præſunt.* Præſides intelligit, ſumpto tamen ſpecialiter non generaliter Præſidis nomine ad differentiam proconſulis, de quo iam dictum eſt, & qui alioquin generali Præſidis appellatione contineretur, *l.*1. vbi dixi, *ſuprà de offic. præſ.*

Ratio dubitandi. Præſes dum non eſt in prouincia priuatus eſt, *l.*3. *eod. tit.* Ergo non eſt reipublicæ cauſa quouſque ſuam prouinciam ingreſſus ſit.

Ratio decidendi. Priuatus quidem eſt hoc ſenſu, vt nullam interim habeat poteſtatem & iuriſdictionem: ſed non eò minùs verum eſt abeſſe illum reipublicæ

cauſa

cauſa quando iu nondum in vrbem rediit, quamuis nec in prouincia ſit. Eadem ſaltem ratione quàm in cæteris qui reipublicæ cauſa abſunt extra proconſules vſurpauimus. Eadémque ratio dubitandi, & decidendi accommudanda eſt ad procuratores Principis qui in prouinciis tenentur, & ad tribunos militum & præfectos, & Comites Legatorum, de quibus ſequitur in textu.

f *Qui ad ærarium delati.* Malè Budæus hæc verba & quæ ſequuntur retulit ad omnes eos de quibus dictum eſt in hac lege, quaſi ſenſus ſit, Eos qui hac lege continentur, non aliter cenſeri abeſſe reipublicæ cauſa, quàm ſi in acta ærarij quæ publica ſunt, aut in priuatum commentarium Principis referendos ſe curarint. Quis enim hoc non ſtultè requirat in Proconſulibus, Legatis Proconſulum, Præſidibus prouinciarum, Procuratoribus Cæſaris, Tribunis militum, & præfectis? Quaſi verò ex iſtis omnibus quiſquam eſſe poſſit, qui non vel in acta ærarij delatus ſit, vel in commentarium Principis relatus. Ergo referenda eſt hæc clauſula ad ſolos Legatorum comites, de quibus proximè ac nouiſſimo loco dictum eſſe fuitque neceſſaria ad eos excludendos qui ſe vltrò, vt fieri adſolet, comites offerunt Legatis, concurrente ſola Legati non etiam Principis voluntate. Abſurdum enim eſſet dici hos quoque reipublicæ cauſa abeſſe, qui nullam niſi voluntariam abſentiæ cauſam habent.

Ratio dubitandi. Sunt iſti comites Legatorum. Ergo ſicuti Legati abſunt reipublicæ cauſa, ita & omnes quotquot eum comitantur.

Ratio decidendi. Comites quidem ſunt, ſed voluntarij, non neceſſarij. nec à Principe qui Legatum dedit, etiam ipſi dati vel approbati, niſi vel ad ærarium publicum delati ſint, quod nos Gallicè dicimus, *Eſtre couché ſur le bilan des finances*, vel ſaltem in commentarium Principis relati, quod nos dicimus, *Eſtre couché ſur l'eſtat des officiers ou de la maiſon du Prince.* Accurſius noſter in ſuis ad dictionem *commentarium* commentariis ſomniat & delirat.

33. IDEM libro de Enucleatis caſibus.

INter eos, qui generali clauſula adiuuantur, & fiſci patronus connumeratur.

Ad l. Inter eos 33.

Ratio dubitandi. Fiſci patronus abeſt reipublicæ cauſa, ad quam maximè pertinet ne fiſcos careat patrono, & defenſore. Ergo non eget generali clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, vt à prætore impetret reſtitutionem cùm generalis clauſula ad eos pertinere non poſſit qui aliis clauſulis ſpecialibus comprehendi poſſunt.

Ratio decidendi. Generalem clauſulam Modeſtinus hîc intelligit, non illam, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, vt malè putat Accurſius, ſed eam quæ omnibus reipublicæ cauſa abſentibus ſuccurrit, quæ non malè generalis dicitur, quià & proconſules & legatos, & præſides complectitur, & alios omnes, de quibus dictum eſt in lege præcedenti. Quod & cætera quæ in hac lege ſequuntur oſtendunt. Senſus igitur huius loci eſt, Inter eos qui ea generali clauſula abſentiæ reipublicæ cauſa adiuuantur, etiam fiſci patronum connumerari, tanquam qui haud dubiè etiam reipublicæ cauſa abſit, ob ea quæ attulimus pro ratione dubitandi.

1 ¶ Eos, qui notis ſcribunt acta præſidum, abeſſe certum eſt.

Ad §.1. Eos qui notis.

Ratio dubitandi. Qui notis, id eſt, vt Budæus explicat, compendioſo ſcribendi genere acta præſidum excipiunt, nauant præſidibus operam, quæ & neceſſaria eſt, vt præſides dignitate ſua bene fungi poſſint. Ergo credendi ſunt abeſſe reipublicæ cauſa ſicut & præſides ſaltem in conſequentibus.

Ratio decidendi. Officium iſtorum præter id quod venale ac mercenarium eſſe ſolet, certè priuatum ſemper eſt, poſſúntque illi pro arbitrio præſidis mutari. Ergo non tam reipublicæ cauſa abeſſe dici poſſunt. Quàm proprij commodi gratia, & conſequenter ad hoc edictum non pertinent, ne quidem vt ex eo reſtituantur, *l.4.& 5. ſuprà hoc tit. l. reipublica 36. infra.*

2 ¶ Militum medici, quoniam officium, quod gerunt, & publicè prodeſt, & fraudem eis afferre non debet: reſtitutionis auxilium implorare poſſunt.

Ad §.2. Militum medici.

Ratio dubitandi. Militum medici non abſunt reipublicæ cauſa, quia nec milites ſunt nec reipublicæ, ſed militibus ipſis operam immediatam nauant, ergo non ſunt ex hoc edicto reſtituendi.

Ratio decidendi. Officium eorum quod gerunt, & publicè prodeſt, & fraudem eis afferre non debet. Ergo quamuis reipublicæ cauſa non abſint, non eò minùs tamen reſtituendi ſunt ex hoc edicto, non quidem per generalem clauſulam de qua proximè diximus, quæ omnibus reipublicæ cauſa abſentibus generaliter ſuccurrit, ſed per vltimam eandémque etiam generalem, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Proinde non eſt bona conſecutio ſi quis dicat reſtitutionem quæ ex aliqua huius edicti clauſula dari non poſſit, non igitur ex hoc edicto dari cùm variæ ſint clauſulæ & ad diuerſos caſus diuerſaque perſonarum genera pertinentes.

34. IAVOLENVS lib.15. ex Caſſio.

MIles commeatu accepto, ſi domi ſuæ eſt, reipublicæ cauſa abeſſe non videtur.

Ad l. Miles 34.

Ratio dubitandi. Etiam miles qui commeatu accepto, id eſt, abeundi accepta licentia domi ſuæ eſt, perinde miles manet, cùm in numeros relatus ſit. Nam & qui ex alio militum numero in alium tranſlatus eſt, quamuis & hinc ſit exemptus, & illo nondum peruenerit adhuc miles eſſe creditur, tametſi in numeris non ſit, *l.1. §.vlt. de bon.poſſ.ex teſtam.milit.* Ergo etiam reipublicæ cauſa abeſſe credendus eſt. Nec enim quiſquam dubitat quin milites omnes abſint reipublicæ, *cauſa l.1 & tot.tit. C. de reſtit. milit.* etiam qui militant Romæ, *l.milites 7. ſuprà hoc tit.*

Ratio decidendi. Qui accepto commeatu domi ſuæ eſt, Principem decipit & rempublicam cui operam præſtare deberet, quam nullam præſtat. Indignus ergo eſt

qui

qoi reipoblicæ cauſa abeſſe dicatnr, cùm ſibi viuat non reipublicæ. Nam oec alij milites cùm Romæ ſuot, abeſſe dicuntor cauſa reipublicæ quàm qui ita ſunt Romæ, vt tameo non ſint domi, vt diximus ad *d.l.milites.* lunge, *§.vlt.l.prox.* & *§.1.l ſi cui 38.infrà hoc tit.* Benè tamen Accurſius notat ſubducendum eſſe modicum tempus quod militi neceſſarium eſt ad paranda & expedienda ea ſine quibus in caſtra proficiſci honeſtè ac commodè ooo poſſit, argoment. *l.ab hoſtibus 15. §.ſed quod ſimpliciter, ſuprà eed.* Quod enim dicimus, Militem ſtatim atque commeatum accepit proficiſci ad militism debere, accipiendum eſt cum aliquo temperamento modicóque temporis ſpario vt & alia pleraque in iure oostro ſimilia, *l.ratum 13. l.quod dicimus 105. de ſolut. l.qui enim 12. §. Iulianus, infra rat. rem haber. l.pen.de condict. tritic.*

1 ¶ Qui operas in publico, quod vectigalium cauſa locatum eſt, dat: reipublicæ cauſa non abeſt.

Ad §.1.Qui operas.

Ratio dubitandi. Vectigalium caoſa maximè ad rempublicam pertioet, coius nerui ſunt in ærario quod per vectigalia præcipuè locupletatur, ergo qoiſquis dat operam in publico quod vectigalium cauſa locatom eſt, putà in exigendo portorio, ſiue publicanus ille ſit, ſiue alius liber homo qoi publicanis io eo vectigali miniſtret, vt in *l.1.§ pen. de publican.& vectig.* reipublicæ cauſa abeſſe intelligendos eſt. Nam & publicani iode nomen habent qood poblico fruuotur, *d.l.1.§1.*

Ratio decidendi. Nec publicani nec qui publicaois miniſtrant reipublicæ cauſa abeſſe dici poſſunt, quia proprio commodo ſtudent, non bono reipublicæ, *l.reipubl.36.infrà*, & ex voluntate abſunt, non ex neceſſitate, *l.ſed & ſi 26.in fin.ſup. ee.* Hic quoque Accurſius ougatur neſcio quid de conductore vectig & de proxeneta.

35. Pavlvs lib.3. ad legem Iuliam & Papiam.

QVi mittuntur, vt milites ducerent, aut reducerent, aut legendi curarent: reipublicæ cauſa abſunt.

Ad l.Qui mittuntur 35.

Ratio dubitandi. Aliod longè eſt milites ducere & reducere, aot etiam legendorum militum curam gerere, aliud verò militem eſſe, vt nemo non videt. Ergo quamois milites ipſi abſint reipoblicæ caoſa, oon tamen ſtatim conſequeos eſt, vt qui mittitur ad milites docendos vel reducendos vel legendos (nunquã enim niſi delectu habito milites cõſcribebantur) reipub. cauſa abſint.

Ratio decidendi. Omnes quidem milites reipublicæ caoſa abſunt, ſed nòn viciſſim omnes qui reipub. cauſa abſunt, milites eſſe neceſſe eſt. Itaque quamuis non ſit miles, hic de quo agimus, non eo minùs tamen verum eſt abeſſe illum reipublicæ caoſa, cùm eam præſtet operam ſine qoa vel oullus vel ſaltem minùs vtilis militum vſus foret, nec militibos ipſis ſed reipublicæ immediatè quantum ad hoc munus docendorum, vel reducendorum, vel diligendorum militum miniſtret.

1 ¶ Hi quoque qui miſſi ſunt ad gratulandum principi.

2 ¶ Item procurator Cæſaris,[a] non ſolum cui rerum prouinciæ cuiúſque procuratio mandata erit ſed & is, cui rerum quamuis non omnium[b]: Itaque plutes ibi procurarores diuerſarum reipublicæ cauſa abeſſe intelliguntur.

3 ¶ Præfectus quoque Ægypti[c] reipublicæ cauſa abeſt: quíve aliam ob cauſam reipublicæ gratia extra vrbem aberit.

4 ¶ Sed & in vrbanicianis militibus[d] idem Diuus Pius conſtituit.

5 ¶ Quæſitum eſt de eo, qui ad compeſcendos malos homines[e] miſſus eſt, an reipublicæ cauſa abeſſet, & placuit reipublicæ cauſa eum abeſſe.

6 ¶ Item paganum[f], qui in expeditione conſularis iuſſu tranſierat, ibíque in acie ceciderat hæredi enim eius ſuccurrendum eſt.

7 ¶ Qui reipublicæ cauſa Romam profectus eſt[g], abeſſe reipublicæ cauſa videtur. Sed & ſi extra patriam ſuam reipublicæ cauſa profectus ſit, etiam ſi per vrbem ei iter competit[h], reipublicæ cauſa abeſt.

8 ¶ Similiter qui in prouincia eſt, vt primùm aut domo ſua profectus eſt, aut cùm in eadem prouincia degit[i] reipublicæ adminiſtrandæ cauſa: ſimul agere rempublicam cœpit, ad ſimilitudinem abſentis habetur.

9 ¶ Et dum eat in caſtra[k], & redeat, reipublicæ cauſa abeſt: quòd & eundum ſit id caſtra militaturo, & redeundum.

Ad §.1.Hi quoque.

Ratio dubitandi. Qui mittuotor ad gratolandom Principi, vix vllam ex eo vtilitatem afferunt reipublicæ, cum eiuſmodi gratulationes, præter id quod vt plurimũ adulationes ſont veriùs quam gratulationes, & ideò pernicioſæ magis quam vtiles, ſicuti nudis verbis expediuntur ita nec aliud ferè à Principe niſi bona verba viciſſim extorquere ſoleant. Nulla ergo ratio eſt cur is qui mittitur à republica ad gratulandum Principi, reipublic. cauſa ideo abeſſe dicatur.

Ratio decideodi. Tritum eſt nec minùs verum laudatam virtutem creſcere cum in cæteris omoibos tum maximè in Priocipe, cuius vitia nec apertiùs nec tutiùs poſſis reprehendere, quam ſi cootrarias vitiis virtutes ſic apod eom laudes qoaſi io eo eſſe credaotur, vt tanto maiore ſtudio contendat eas aſſeqoi quibus carere ſe non ignorat, ne quos aot adulatores aut deceptos videt, tales tamen ab aliis videri patiatur. Et ſanè ipſa rerum experientia compertum eſt noo poſſe quam graoioribus ſtimulis accendi ad facieoda ea quæ laude digna ſiot, quam ſi laodari ſe videat eorom nomine prius etiam qoam fecerit. Etſi hoc proximè accedit ad adulationem ſi noo prouidè ac bona mente fiat. Deniqoe gratulationes omnes ſiue veræ ſiue falſæ ſint auidiſſimis & oculis & auribus excipiuntur. Et quamuis non ſemper

ſemper valdè proſint exhibitæ ſemper tamen multum nocerent prætermiſſæ ſic enim accipiuntur quaſi teſtes boni gratiq; animi ciuium erga Principem qui optimus vel iam ſit, vel ſaltem eſſe ſperetur.

a *Item procurator Cæſaris.* Ratio dubitandi. Multum intereſt an quis procurator ſit reipublicæ an Cæſaris, ſicut & an ſeruus quis ſit reipublicæ an Cæſaris. Aliud enim eſt patrimonium & vt hodie loquuntur domanium coronæ ac reipublicæ, aliud verò patrimonium & domanium Principis, & ſeparantur in *l. 2. Codice ne rei domin. vel templ. & in l. bene à Lenone vlt. C. de quadrag. praſcr.* Atqui procuratores Cæſaris illi ſunt qui priuatam Principis ſubſtantiam gubernare ſolent vt loquitur Iuſtinian. in *d. lege bene à Lenone verſ. ſed curatores noſtri l. 1. & tot. tit. de offic. procur. Cæſar.* non etiam fiſci & reipublicæ ærarium, Ergo procurator Cæſaris non poteſt dici abeſſe cauſa reipublicæ ſed cauſa Cæſaris, præſertim quod Princeps in priuato ſuo patrimonio, priuati iure cenſeatur, & in iis omnibus quæ circa illud patrimonium geruntur, quæ priuatæ vtilitatis pacta dicuntur, in *d. lege bene à Lenone.*

Ratio decidendi. Qui abeſt cauſa Cæſaris abeſt etiam cauſa reipublicæ, cuius Cæſar ipſe caput eſt. Et nemo neſcit quantum interſit reipublicæ vt priuatum Principis patrimonium bene gubernetur, vel ob id maximè quòd Princeps exhauſtis proprij patrimonij facultatibus neceſſe eſt vt vel inuitus extorqueat à ſubditis per indictiones frequentéſque ſuperindictiones, tributorum ea omnia ſubſidia ſine quibus dignitatem Principalem tueri nullo modo poſſit, quiſquis ergo propter priuatum Principis patrimonium abeſt, is reipublicæ quoque cauſa abeſſe dicendus eſt.

b *Et is cui rerum quamuis non omnium.* Ratio dubitandi. Poteſt vnus procurator Cæſaris in qualibet prouincia ſufficere, ſicut nec niſi vnus proconſul, aut vnus præſes eſt, qui totam rempublicam quæ longè maior eſt, ſolus in ea prouincia adminiſtret. Ergo ſi varij ſint procuratores Cæſaris in vna prouincia, quorum vnus mandatam habeat procurationem rerum omnium, alius verò procurationem quarundam duntaxat rerum, ſolus ille reipublicæ cauſa abeſſe credendus eſt, qui omnium rerum procurationem exercet, ne priuilegia multiplicentur, quæ non multiplicari ſanè intereſt reipublicæ.

Ratio decidendi. Quod priuato cuilibet conceditur vt procuratores plures etiam de eadem re habere poſſit, *l. 1. §. 1. ſuprà de procurat.* id Principi non eſt denegandum, cuius vtique intereſt plures habere patrimonij ſui procuratores, vt tantò meliùs & commodiùs patrimonium gubernetur, ſi fortaſſis tale tantúmque ſit vt ei regendo vnius quantumlibet diligentis cura, & diligentia ſufficere non poſſit. Itaque ſi plures ſint in vna eadémque prouincia procuratores dum tamen non vnius rei, ſed diuerſarum rerum, omnes reipublicæ cauſa abeſſe intelliguntur.

c *Præfectus quoque Ægypti.* Ratio dubitandi. Præfectus Ægypti dicitur Auguſtalis, *tit. de offic. praf. Auguſt.* quaſi ſcilicet pro Auguſto ſit non pro republica. Ergo non abeſt Reipublicæ cauſa ſed Cæſaris.

Ratio decidendi. Abeſt reipublicæ cauſa quiſquis abeſt cauſa Cæſaris qui reipublicæ caput & Princeps eſt vt in præcedentibus diximus.

d *Sed & in vrbanicis milit.* Ratio dubitandi. Vrbanici milites dicuntur qui in vrbe ipſa militant vt nomen ipſum oſtendit. Ergo qui ſunt præſentes non qui abſentes. Nam qui Romæ reipublicæ cauſa operam dant, reipub. cauſa non abſunt, *l. 5. in fi. & l. ſeq. ſup. h. tit.*

Ratio decid. Etiam milites qui Romæ militant reipublic. cauſa abeſſe intelliguntur, *l. milit. 7.* vbi dixi *ſup. eo.*

e *Quæſitum eſt & de eo qui ad cōpeſcendos malos homines.* Ratio dubitandi. Qui ad compeſcendos malos homines mittitur, is aliena poteſtate fungitur, putà præfecti vrbi in vrbe, *l. 1. §. quies, ſuprà de offic. praf. vrb.* aut præſidis prouinciæ in prouincia, *l. 3. de offic. praſid.* Ergo non reipublicæ cauſa abeſt, ſed cauſa illius ad cuius curam pertinet vt malis hominibus prouincia purgetur.

Ratio decidendi. Intereſt reipublicæ malis hominibus purgari prouinciam adeò vt nec diſtingui oporteat vnde ſint, *d. l. 3. in fin.* Nec ad præfecti vrbi aut præſidis prouinciæ curam hoc pertinet, vt ipſi huc illuc diſcurrant ad eiuſmodi homines conquirendos & compeſcendos, ſed tantùm vt eius rei curam quidem gerant, ſed tamen aliis mandent executionem, nec per ſeipſos id expediant. Ergo qui in eam cauſam miſſus eſt, ſiue à præfecto vrbi ſiue à præſide prouinciæ reipublicæ cauſa abeſſe dicendus eſt.

f *Item paganum.* Ratio dubitandi. Nullum erit priuilegium militis ſi etiam pagani abeſſe reip. cauſa intelligantur, & reuera non abſunt. Ergo neque ipſis neq; ipſorum hæredibus ſuccurrendum eſt.

R. dec. Non abeſt reip. cauſa paganus qui vltro abeſt. Sed qui ex neceſſitate putà, vt Conſuli ſic iubenti pareat proficiſcitur in expeditionem ſi in acie ceciderit, reipub. cauſa non tantùm abfuiſſe; ſed etiam mortuus fuiſſe intelligitur, ideóque dignus eſt, cuius ſaltem hæredi ſuccurratur, cū ei iam defuncto ſuccurri amplius non poſſit. Nam etſi ab expeditione in vrbem rediiſſet reſtituendus ipſe eſſet, aduerſus damnum quod medio tempore abſentiæ incurriſſet, arg. *l. ſed etſi 26. in fin. ſupr. eod.*

g *Qui reipublica cauſa Romam profectus eſt.* R. dub. Qui Romæ reipubl. cauſa operam dant non abſunt reipubl. cauſa præterquàm ſi ſint milites, *leg. & qui data 5. in fin. cum duab. ſeq. ſupr. h. t.* Ergo multò minùs ij qui Romam profecti ſunt, quamvis reipub. cauſa.

Ratio decidendi. Illi quidem non abſunt reipublicæ cauſa qui Romæ commorantur, quamvis cauſa reipublicæ, vt ſunt magiſtratus de quibus in *d. l. 5. & 6.* Sed qui reipublicæ cauſa Romam profecti ſunt, negotia ibi aliqua tractaturi, mox in patriam reuerſuri, abſunt proculdubio reipublicæ cauſa quomodo abſunt, ij etiam omnes qui extra patriam ſuam profecti ſunt, licèt per vrbem ipſam iter fecerint, vt ſequitur in textu.

h *Etiamſi per vrbem ei iter competit.* Rat. dubit. Is qui extra patriam ſuam profectus eſt quantumvis cauſa reipublicæ, ſi tamen ei per vrbem iter competit, potuit adire prætorem, ac proinde videtur experiendi poteſtatem habuiſſe. Ergo non poteſt dici abfuiſſe reipublicæ cauſa ſaltem quantum ad hoc, vt ex edicto iſto reſtituatur. Præſertim cùm Roma dicatur eſſe Communis patria, *l. Roma 33. ad municip.*

Ratio decidendi. Non tam facilè aut leue eſt actionem inſtituere, vt obiter ac per transſennam, vt aiunt, id fieri poſſit. Requirit enim ea res curam & diligentiam non momentariam; ſed multorum dierum, cui proinde ſatisfacere non poteſt is qui ex itineris tantùm occaſione in vrbe eſt, vnde ſtatim diſcedere debeat ne qua reipublicæ negotiis tractandis mora fiat. Non igitur eò minùs abfuiſſe dicendus eſt quod tranſierit per vrbem. Denique de magiſtratibus eadem ferè lex eſſe poteſt quæ olim fuerat de Diis, non eſſe illos, obiter, id eſt, ob ſolum iter, & ex itineris occaſione magis quàm ex propoſito, ſalutandos. Nam & magiſtratibus potiſſimum conuenit verbum illud Domini, quo plerique in alium ſenſum paſſim abutuntur. *Ego dixi Dij eſtis vos & filij excelſi omnes. Vt primùm domo ſua profectus eſt.*

Ratio dubitandi. Vt primùm quis domo ſua profectus eſt, fieri nequit vt ſtatim reipublicæ negotia tractet, quandiu ſcilicet non peruenit ad eum locum in quo tractanda ſunt. Ergo nec ſtatim reipublic. cauſa abeſſe dici poſſe.

Ratio decidendi. Negari non poteſt quin abſit ſtatim atque domo ſua profectus eſt, cúmque proficiſcendi neceſſitatem non alia, quàm reipublicæ cauſa attulerit, omnino conſequens eſt, vt non minùs verum ſit abeſſe

ſtium reipublicæ cauſa, quàm abeſſe ſimpliciter. Noli tamen hoc intelligere cum Accurſio de eo, qui ita abſit à domo ſua, vt tamen ſit in eadem ciuitate: Abſurdum enim eſt dicere hunc abeſſe. Illud tamen admitto poſſe, & debere hoc intelligi de eo qui ita abſit à domo ſua & ciuitate, vt tamen ſit in eadem prouincia, vt differat hic caſus à ſequenti.

i *Aut cùm in eadem prouincia degit.* Ratio dubitandi. Qui in eadem prouincia eſt, non poteſt dici abeſſe ab ea prouincia in qua ipſe adhuc eſt & degit, etiamſi in eadem prouincia rempublicam adminiſtret. Ergo ad hoc edictum non pertinet.

Ratio decidendi. Reuera non abeſt ne quidem ſimpliciter, multò igitur minùs reipublicæ cauſa. Prius enim eſt, vt abſit quàm vt dicatur abeſſe cauſa reipublicæ, ſed tamen ad ſimilitudinem abſentis habetur, vt hæc lex ait, licèt in ea prouincia degat non tranſeundo, vt Accurſius interpretatur, ſed commorando.

k *Et dum eat in caſtra.* Ratio dubitandi. Qui it in caſtra nondum in caſtris eſt, ſicut & qui redit à caſtris non amplius in caſtris eſt. Ergo nec abeſt reipublicæ cauſa.

Ratio decidendi. Et eundum in caſtra eſt militaturo, & redeundum.

10 ¶ Viuianus ſcribit, Proculum reſpondiſſe, militem, qui commeatu abſit, dum domum vadit, aut redit, reipublicæ cauſa abeſſe, dum domi ſit, non abeſſe [l].

Ad §. vlt. Viuianus.

Ratio dubitandi. Miles qui in commeatu agit, non videtur reipublicæ cauſa abeſſe, *leg. 1. infrà de milit.* Ergo falſum eſt, quod hic Paulus ex Iuliano & Proculo ſcribit, Militem qui cum commeatu abſit, dum domum vadit & redit, abeſſe reipublicæ cauſa.

Ratio decidendi. Aliud eſt in commeatu agere, id eſt, degere & morari, quod nihil eſt quàm otioſum eſſe, aliud verò in commeatu ire ac redire, quod qui facit non poteſt videri otioſus miles, cùm etiam militaturo, & volenti militare militi eundum ſit in caſtra, & redeundum, & rurſus ſi qua ex cauſa domum redire conceſſum ſit, æquè neceſſe ei eſt redire in caſtra, vt rurſum militare poſſit.

l *Dum domi ſit non abeſſe.* Ratio dubitandi. Etiam miles qui domi eſt, in numeris tamen eſt, nec eo minùs remanet miles. Illud enim maximè inſpiciendum eſt, an quis ſit in numeris cùm quæritur an ſit miles, niſi quod interdum etiam miles eſt, qui tamen in numeris non eſt, *lege vnic. in fin. de bonor. poſſeſſ. ex teſtament. milit.* Atqui milites omnes etiam qui Romæ militant abeſſe intelliguntur reipublicæ cauſa, *leg. milites 7. ſup. eod.* Ergo & qui eſt domi.

Ratio decidendi. Aliud eſt militem eſſe, aliud verò abeſſe reipublicæ cauſa. Non omnes milites abſunt reipublicæ cauſa, ſed ij demùm qui militant, aut qui id faciunt, quod fieri neceſſe ſit ad militandum. In quo numero illi quidem etiam ſunt, qui militant Romæ, ſed illi qui domi ſunt, *l. prox. in princip. ſuprà.*

36. VLPIANVS lib. 7. ad legem Iuliam & Pſpiam.

REipublicæ cauſa abeſſe eos ſolos intelligimus, qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt.

Ad leg. Reipublicæ. 36.

Ratio dubitandi & decidendi. Eadem quæ ad *leg. 4. in fin. ſuprà, hoc tit.* vbi dixi.

37. PAVLVS lib. 5. ad legem Iuliam & Papiam.

HI, qui in prouincia ſunt, vltra tempus à conſtitutionibus conceſſum, aſſident, publica cauſa abeſſe non intelliguntur.

Ad l. Hi qui in prouincia. 37.

Ratio dubit. Nemo poteſt in prouincia ſua aſſidere ſine permiſſione Principis. Alioqui crimen admittit, *leg. prox. infr.* Quoniam cùm magiſtratus cogatur ius dicere, & pronunciare ex conſilio aſſeſſoris, prouidendum fuit, vt non alius aſſeſſor eſſe poſſet quàm, qui careret omni ſuſpicione, qua certè non caret qui aſſidet in ſua prouincia, in qua & cognatos habeat, & affines, & amicos aut ſuos, aut eorum in quorum fauorem procliuior eſſe debeat, quorum etiam nummis ſalarium ei ſoluatur, quippe quod ſoluitur de publico, præterquàm ſi ſit aſſeſſor procuratoris reipublicæ, in quo aliud ideò receptum eſt, quia ſalario publico non fruitur, *l. vlt. ſupr. de officio aſſeſſor.* Proximè námq; accedit ad corruptionem, vt quis ius dicat, aut ius dicenti aſſideat pro eo à quo ſalarium accipiat. Ergo cùm permiſſio Principis neceſſaria ſit, dicendum eſt ea interueniente inſpiciendum eſſe tempus non quod conſtitutionibus generalibus præfinitum eſt; ſed quod ſpeciali conceſſione Principis: vt proinde ſi nihil de tempore Princeps dixerit, in perpetuum permiſiſſe intelligatur. Ea namque ſola videntur poſt certum tempus prohibita, quæ non niſi ad tempus illud fuerunt permiſſa, & contra, *leg. Imperator 8. ſuprà de poſt.*

Ratio decidendi. Solet Princeps ſpecialiter permittere iis quorum fidem, probitatem & eruditionem perſpectã habet, vt in ſua quoque prouincia aſſideant; ſed ſine vlla præfinitione temporis non ea mente, vt permiſſio illa ſit perpetua, ſed quia tempus illud generalibus conſtitutionibus ſatis præfinitum eſt, ex quibus proinde ſupplendum, & interpretandum eſt priuilegium Principis, ſi verba patiantur. Hoc enim addo, vt refellam quod hîc notat Accurſ. Nullomodo permittendum eſſe aſſeſſori, vt in prouincia ſua aſſideat vltra tempus conſtitutionibus conceſſum, nec ſi Princeps id permitteret, ſi non adiiceret *non obſtante hac lege,* aut vt potius dicere Accurſius debuit, *non obſtantibus conſtitutionibus.* Quaſi verò leges priores contineant clauſulam derogatoriam ad poſteriores, ac non potiùs legum poſteriorum legib⁹ imperare anterioribus. Quantò magis in arbitrio Principis eſſe debet, qui ſupra leges eſt, vt contra leges quid faciat? Nec enim eas ignorare præſumitur, vt ſuſpicari quis poſſit per earum ignorantiam, & obliuionem quid conſtituiſſe ſi non ſpecialem earũ mentionem fecerit, quomodo dici foret de priuato, qui ſibi ipſi legẽ dicere voluit per clauſulam illam derogatoriam, de qua noſtri tractant ad *l. ſi quis in princ.* a 2. *de leg. 1.* Quanquam nihil hoc caſu Princeps faceret contra conſtitutiones, ſed vltra, quoniam conſtitutiones non prohibent ne Princeps poſſit vltra, id tempus permiſſionem ſuam extendere, ſed tantùm ne poſſit aſſeſſor vltra id tẽpus aſſidere. Quod haud dubiè ita accipiẽdum eſt,

eſt, niſi permiſſione Principis aliud & longius tempus præfinitum ſit. In toto enim iure noſtro perpetuum eſt, vt generi per ſpeciem derogetur, vt habet regula iuris. Et ſanè ſi quando neceſſarius eſt, vſus clauſulæ derogatoriæ, tum demum neceſſarius eſſe poteſt, cùm aliquid per Principem conſtituitur contra leges, quas certè credendus eſt, optimus quiſque Princeps ſanctas, & inuiolatas manere velle. Tempus autem quod aſſeſſori datur ex conſtitutionibus, quatuor menſium eſt, ſempérque fuit, vt conſtat ex *leg. in conſiliarius* 10. *Codice de aſſeſſoribus*. Vbi pœnæ proſcriptionis bonorum, & accuſationis publici criminis contra eos conſtituitur, qui in ſua prouincia vltra id tempus adſidere præſumpſerint. Tantùm abeſt, vt reipublicæ cauſa abeſſe intelligatur. Ratio ſanè quàm affert Accurſius, quod adſeſſor in ſua prouincia non timeretur, quia nemo propheta receptus eſt cum honore in patria ſua, omnino inepta eſt. Nec enim ob hoc adſeſſor ſumitur, vt timeatur, ſed vt ius dicenti magiſtratui conſilium præſtet. Erant namque adſeſſores omnes iuriſperiti, *leg.* 1. *ſup. de offic. adſeſſ.* vbi dixi.

38. VLPIANVS lib. 6. ad legem Iuliam & Papiam.

SI cui in prouincia ſua princeps adſidere ſpeciali beneficio permiſerit: puto eum reipublicæ cauſa abeſſe. Quòd ſi non ex permiſſu [a] hoc fecerit: conſequenter dicemus, cùm crimen admiſit [b], non habere eum priuilegia [c] eorum, qui reipublicæ cauſa abſunt.

Ad leg. Si cui 38.

Ratio dubitandi. Magiſtratus non intelligitur abeſſe reipublicæ cauſa cùm reipublicæ operam dat Romæ, *leg. vt ſunt magiſtratus* 6. iunct. *leg. præced. ſupr. hoc tit.* Ergo nec adſeſſor, qui in ſuæ prouincia aſſidet magiſtratui ius dicenti.

Ratio decidendi. Sumenda eſt ex iis quæ diximus ad *d. l.* 5. vbi vide.

a *Ex permiſſione Principis.* Rectè Accurſ. *vel præfecti prætorio, ex d. l. in conſil.* 10. *Codice de adſeſſ.* In hoc enim vt in cæteris ferè omnibus præfectus prætorio vice Principis fungitur, *l. vnic. ſup. de offic. præf. præt.*

b *Cùm crimen admiſerit.* Crimen enim eſt, ſi quid fiat contra leges, & conſtitutiones. Sed quale crimen? An ſacrilegij? vt putat Accurſ. Ita hodie eſt poſt *l. vlt. C. de crim. ſacrileg.* At olim non fuit. Videtúrque hoc crimen ad legem Iuliam de ambitu potiùs referri debuiſſe, ſed hoc non niſi per interpretationem. Lex enim Iulia de magiſtratib. tantùm locuta fuit, vt innuit, *l.* 1. *infr. ad leg. Iul. de ambit.* Sed ad inſtar legis Iuliæ puniuntur etiam ij qui non magiſtratum, ſed & aliud quodlibet officium publicum ambiunt, *l.* 1. *C. eo.*

c *Non habere eum priuilegia.* Nemo enim ex delicto ſuo auxiliũ reſtitutionis mereri aut acquirere ſibi poteſt non magis quàm ex improbitate ſua conſequi actionẽ, *l. itaque* 12. *infr. de furt.* aut ex eodẽ facto pœnam, & præmium mereri, quod multis legibus probat Accurſius.

1 ¶ Tamdiu reipublicæ cauſa abeſſe quis videbitur, quamdiu officio aliquo præeſt quod ſi finitum fuerit officium, iam deſinit abeſſe reipublicæ cauſa. Sed ad reuertendum illi tempora computabimus ſtatim, atque deſiit reipublicæ cauſa abeſſe, ea, quibus reuerti in vrbem potuit, & erit moderatum, tempora ei dare, quæ lex reuertentibus præſtitit [a].

¶ Quare ſi quò deflexerit ſuæ rei cauſa [b]: non dubitamus id tempus ei non proficere: habitáque dinumeratione temporis, quo reuerti potuit, ſtatim eum dicemus deſiiſſe reipublicæ cauſa abeſſe.

¶ Planè ſi infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis [c]: ſicuti haberi ſolet hiemis, & nauigationis, & cæterorum, quæ caſu contingunt.

Ad §. 1. Tamdiu.

Ratio dubitandi. Vbi finitum eſt officium propter quod reipubl. cauſa quis abeſſet, adhuc tamen dandum eſt tempus ad reuertendum in vrbem, vt ſequitur in hac lege, pro toto tempore quo quis domum vadit aut redit, adhuc reipublicæ cauſa abeſſe intelligitur *leg. qui mittuntur* 35. *§. vltim. ſup. eo.* Ergo non eſt, verum quod hîc Vlpianus ſcribit, ſtatim atque finitum fuerit officium deſinere, quem abeſſe reipublicæ cauſa, vel ſanè contradictio inducetur, cùm non niſi finito iam officio poſſit cogitare de reditu in vrbem.

Ratio decidendi. Deſinit quidem abeſſe reipublicæ cauſa ſtatim atque finitum officium eſt, ſed cum eo temperamento, vt dandum ei ſit tempus ad reuertendum. Eundum enim eſt in prouinciam abfuturo reipublicæ cauſa & redeundum, vt de militaturo ſcriptum eſt, in *d. l. qui mittuntur. §. penult.* Et ita locus hic accipi debet, vt probat verſic. *Habitáque dinumeratione temporis, quo reuerti potuit, ſtatim eum dicemus deſiiſſe reipub. cauſa abeſſe*, non quomodo accipit Accurſius, qui non aliud temperamentum adiicit, niſi vt dandum ei ſit tempus quo ſe præparare poſſit ad recedendum, eo quo illud etiam fit, vt quod lex ait *deſinit abeſſe*, cogatur idem Accurſius ſic interpretari quaſi ſcriptum ſit. *Deſinit habere ſpem plus remanere.* Sic enim loquitur, parum eleganter, minúſque ſubtiliter. Cur ergo, inquies, ſic loquitur Vlpianus, vt dicat deſinere hunc abeſſe reipubl. cauſa finito officio? Nempe vt appareat ex quo tempore computandum ſit tempus quod neceſſarium eſt ad redeundum.

a *Quæ lex reuertentibus præſtitit.* Scilicet vt viceni millia paſſuum dinumerentur in ſingulos dies, vt benè Accurſius notat ex *l.* 1. *ſupra ſi quis cauion. & l.* 3. *de verb. ſignific.*

b *Si quò deflexerit ſua rei cauſa.* Ita in Pand. Florent. & rectiùs quàm in vulgata editione *ſi quod tempus effluxerit*, non quòd hæc quoque lectio bona non ſit bonúmque ſenſum non habeat, ſed quoniam illatio hæc conuenientior eſt iis quæ proximè præcedunt.

c *Habebitur ratio humanitatis.* Neſcio cur Accurſius ſcribat defendi poſſe lectionem, quæ habet *humilitatis*. Eſſet enim nullius ſenſus ea lectio, legendúmque omninò eſt *humanitatis*, pro eo quod Modeſtinus dixit *memoriam humanæ conditionis* in *lege vlt. de condit. inſtit.* Ea namque humana conditio eſt, vt & aduerſæ valetudini, & itinerum periculis atque incommodis obnoxius quiſque ſit, iunge *l. non tantùm* 6. *de appellat. l. qui commeatus* 14. *infr. de re milit.*

Ratio dubitandi. Imputari huic poteſt, cur non citiùs diſceſſerit, cùm præuidere debuerit poſſe iſta per humanam conditionem facilè euenire, vt vel infirmitate, vel nauigationis, & hyemis difficultate iter continuare prohiberetur, argument. *l. ſi quis domum* 9. *§.* 1. *infr. locat. cum ſimilib.* Ergo dignus non eſt pro quo humanitatis ratio habeatur, cum ſe in eas anguſtias ipſe coniecerit, argument. *l.* 3. *§. vis fluminis verſ. ſi quis tamen ſupra ſi quis cantion.*

Ratio decidendi. Non potuit hîc recedere donec finito penitus officio. Ex eo autem die quo finitum fuit officium cœperunt ei currere tempora ad redeundum data. Si quid ergo interim acciderit, quod itineris continuationem impedierit, inculpatus eſt, cúmque tueatur ratio generalis, quod prudentiſſimi cuiuſque eſt, culpam tantùm non etiam caſum fortuitum præſtare, *leg. contractus 25. in fin. de reg. iur. cum ſimilib.*

39. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

IS, qui reipublicæ cauſa affuturus erat: ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit: in integrum volens reſtitui, non auditur.

Ad leg. Is qui reipublica. 39.

Ratio dubitandi. Etiam is qui non reipublicæ; ſed ciuitatis, & municipij cauſa abfuit reſtituitur in integrum tametſi reliquerit procuratorem, *l. ſed etſi 25. §. vlt. ſupra, hoc titulo.* Atqui abſurdum eſt meliorem eſſe conditionem eius, qui ciuitatis tantùm gratia abfuit, quàm qui reipublicæ. Ergo & ei qui reipublicæ cauſa abfuit reſtituendus eſt, etiamſi reliquerit in ciuitate procuratorem per quem defendi potuerit.

Ratio decidendi. Sumenda eſt ex iis quæ ſcripſi ad *d. leg. ſed etſi. §. 1. & vlt.* vbi vide. Cætera quæ hic Accurſ. tractat ex *l. vt perfect. 2. C. de annal. except.* & de remedio miſſionis in poſſeſſionem aduerſus eum, qui non defenditur iam explicauimus ad *leg. item ait prætor. 21. §. penultimo, ſupra eodem.* Et quidem conuenientiùs, quàm in hac lege, quæ non eſt de reſtitutione danda præſenti contra abſentem, vt malè putat idem Accurſius, & poſt eum Bartolus; ſed è contrario de reſtitutione danda abſenti contra abſentem, vt verba legis apertè probant. Nec obſtant illa *per quem defendi potuit*, quæ alterius interpretationis materiam ideò præbuerunt, quod non aduerſus alios abſentes reſtitui præſens ſoleat, quàm qui defenſi non ſunt, *d. l. 21. § pen. ſupr.* Sed nihil vetat etiam in reſtitutione abſenti contra præſentem danda hoc maximè inſpici an potuerit abſens defendi, fortaſſe ſi contra abſentem reipublicæ cauſa propoſitum ſit edictum peremptorium, quo caſu certum eſt, nullius momenti eſſe edictum ſi abſens fuerit indefenſus, *l. contra pupill. 54. de re iudic.* Sed ſi fuerit defenſus, adeóque ſi potuerit defendi per procuratorem, quem in ciuitate reliquerat, non erit audiendus, ſi velit dicere nullius momenti eſſe ſententiam, aut in integrum reſtitui aduerſus rem iudicatam, quomodo minor reſtitueretur. Planè ſi velit reſtitui ad hoc tantum, vt poſſit appellare audiendus eſt, tametſi habuerit in ciuitate legitimum procuratorem, per quem defendi potuerit, adeóque per quem legitimè defenſus ſit, *l. vlt. ſupr. de reſtit. in integ.* vbi dixi.

VLPIANVS lib. 5. Opinionum.

SI qua militi accuſatio competat tempore, quo reipublicæ operam dedit, non peremitur.

Ad leg. Si qua militi. 40.

Ratio dubitandi. Tempus quod legibus publicorum iudiciorum præſtitutum eſt ad accuſandum, putà lege Iulia de adulteriis de qua in *lege auxilium 37. ſuprà de minorum currit etiam feriatis diebus, lege miles 11. §. ſexaginta, ad leg. Iulian. de adulter.* & à die diuortij, *lege ſi cuius 14. §. penultim. eod.* Ergo continuum eſt non vtile. Alioquin dies feriati non computarentur, *leg. 2. in fin. ſupra ſi quis in ius vocat. non ier.* Conſequenter currit ipſo iure, etiam abſentibus reipublicæ cauſa, ſicut & cæteris, ac proinde perimitur ipſo iure, ſaluo iure in integrum reſtitutionis.

Ratio decidendi. Tempus illud vtile eſt non continuum, *dicto §. ſexagiata & §. quidam eiuſdem leg.* hactenus nimirum, vt non priùs cedat quàm agendi, & prætoris adeundi facultatem accuſator habuerit, vt ibi ſcriptum eſt, & in *lege ſi maritus 15. eod.* Non poteſt igitur currere abſenti reipublicæ cauſa. Hic enim prætoris adeundi facultatem non habet, *lege ſi quondam 15. lege ob commiſſa 21. Codice eod. titulo.* Sicuti nec inter reos poteſt referri qui reipublicæ operatur, idque ita cauetur eiuſdem legis Iuliæ de adulteriis capite ſeptimo, cuius verba extant, in *dict. lege ſi maritus, §. 1.* Atqui, inquies, tempus illud currit etiam minori, & quidem cum effectu, hoc eſt, ita vt nec aduerſus lapſum temporis reſtitui poſſit, *dict. leg. auxilium.* Cur ergo melior conditio eſt abſentis reipublicæ cauſa, quàm minoris? Nempe quia minor poteſt adire magiſtratum, & accuſare ſi velit, quod ſi non faciat, cenſetur iniuriam remittere voluiſſe, quo ſemel facto nullus reſtitutioni locus relinquitur, *dict. leg. auxilium*, vbi dixi. Idcóque Vlpianus bene hîc ſcribit non perimi accuſationem, quod ita eſt accipiendum, vt nec ipſo iure perimatur, nec proinde neceſſaria ſit reſtitutio, quæ ſi neceſſaria eſſet, dari tamen non poſſet, quia non videretur facta deterior conditio abſentis amiſſa accuſatione, quæ non tam ad eius rem familiarem, quàm ad vltionem pertineret, vt de ſepulchri violati actione ſcriptum eſt, in *lege ſepulchri 6. in fin. de ſepulchr. violat.* Dices, cur non ergo perimitur, perinde accuſatio competens militi aut alij cuilibet abſenti reipublicæ cauſa, ſi verum eſt, non ideò fieri deteriorem eius conditionem, vt in *dict. leg. ſepulchri.* Reſpondeo non eſſe bonam rationem illam, propter quam accuſatio militi competens perimi debeat, cuius integrum ius conſeruari æquum eſt, ſed bonam eſſe hactenus, vt non ſit audiendus miles, ſi amiſſam quoquomodo accuſationem velit repetere, ſiue per in integrum reſtitutionem, vt in *dicta lege auxilium* ſiue citra reſtitutionem, vt in *dicta lege ſepulchri.* Vbi actio amiſſa erat, non tempore, ſed propter inſtitutam ab alio actionem, perceptámque litis æſtimationem. Meliùs ab Accurſio noſtro hic locus acceptus eſt, quàm ab iis qui putant ad hanc legem pertinere, quod ſcriptum eſt in *leg. 1. ſuprà hoc titulo,* & in *leg. 2. Cod. de reſtit. milit.* In quib. locis agitur de reſtitutione in integrum, quæ militi & neceſſaria ſit, & concedenda.

1 ¶ Quod eo tempore, quo in inſula aliquis fuit [a], ex pœna ei irrogata, cuius reſtitutionem impetrauit, ab alio vſurpatum [b] ex bonis, quæ non erant adempta, probatum fuerit: ſuæ cauſæ reſtituendum eſt.

Ad §. 1. Quod eo tempore.

Ratio dubitandi. Non eſt danda reſtitutio relegato ſi quid ex bonis ſuis tempore abſentiæ ſuę amiſerit, quia potuit relinquere procuratorem in ciuitate, *l. Papin. 20. ſupr. de minor.* Ergo neque deportatio.

R. dec. Ex cauſa tamen hoc ei concedendum eſt, vt in integrū reſtituatur, *l. ſed etſi 26. § 2. ſupr. h. t.* vbi dixi. Atq;

ita

ita accipi debet, quod hîc ſcribit Vlp. *ſuæ cauſa reſtituendum eſt*. Neque enim reſtitutio hæc datur, vt neque alia vlla niſi cauſa cognita, *l. 1. ſupr. de in integr. reſtit.*

a *In inſula aliquis fuit*. Intellige tam de deportato quàm de relegato. Etſi enim relegatus non amittit bona quæ amittit deportatus, nihil tamen vetat, & relegato adimi bona, & non adimi deportato ſi ei qui relegationis vel deportationis ſententiam tulit, ita viſum ſit, *leg. relegat. 14. §. 1. & vlt. iunct. l. relegat. 7. §. ad tempus de interd. & releg.* Itaque otioſa eſt quæſtio, an hic locus intelligi debeat de relegato, an potiùs de deportato, niſi quod in deportato, maior ratio eſt, vt ei ſubueniatur, quia nullum potuit in ciuitate procuratorem relinquere ad lites tanquam qui nullam iuris ciuilis aut prætorij communionem habeat, non magis quàm ipſius ciuitatis. Sed inepta prorſus eſt interpretatio Bartoli, qui quod Vlp. ait bona non fuiſſe adempta ſic interpretatur, quaſi è contrario ſcriptum ſit adempta fuiſſe ipſo iure, ſed cùm hoc tamen temperamento, vt nondum fuerint fiſco incorporata, vt ipſe loquitur. Nulla enim æquitas eſt, dandæ ſiue deportato ſiue relegato reſtitutionis in integrum pro iis bonis, quæ ipſi adempta ſint, ſiue ipſo iure, ſiue per ſententiam, cùm ea amiſerit non per abſentiam ſuam; ſed per delictum: Præter id quod nihil ex iis vſucapi poſſet ex quo tempore fiſco delata fuiſſent, vt bene Accurſius diſputat ex *§. res fiſci, Inſtitut. de vſucap.* Neque ſanè video quomodo poſſint, dici bona non adempta deportata, quæ fiſco fuerunt delata.

b *Vſurpatum*. Oratoriè pro eo quod eſt frequenti vſu acquiſitum, non quomodo Iureconſulti ſolent accipere vſurpationis nomen pro vſucapionis interruptione, *l. 2. de vſucap.*

41. IVLIANVS lib. 35. Digeſtorum.

SI quis Titio legauerit, *ſi mortis ſuæ tempore in Italia eſſet: aut in annos ſingulos, quod in Italia eſſet*: & ei ſuccurſum fuerit, quia ob id, quòd reipublicæ cauſa abfuit, excluſus fuerit à legato, fideicommiſſum ab eo relictum præſtare cogitur. Marcellus notat: Quis enim dubitauit, ſalua legatorum, & fideicommiſſorum cauſa [a], militi reſtitui hæreditatem, quam ob id perdidit, quòd reipublicæ cauſa abfuit?

Ad leg. Si quis Titio. 41.

Ratio dubitandi. Quod præſtatur perſonæ illius qui abfuit reipublicæ cauſa, id nequaquam ad alium pertinere debet, in quo non ſit eadem cauſa fauoris, quia reipublicæ cauſa abfuerit, *leg. cùm patronus 28. in fine, de leg. 2. leg. ſordidorum 13. Cod. de excuſat. muner.* Nec enim prætori propoſitum eſt in hoc edicto, vt ea perſona abſentis faueat præſenti, ſicut neque in edicto de minoribus, vt per minores faueat maioribus, *leg. 3. §. ſed vtrùm, & leg. cùm mandat. 23. ſupr. de minor.* Atqui in hac ſpecie legatarius ſolus fuit abſens reipublicæ cauſa, non etiam fideicommiſſarius, cui legatarius rem ſibi legatam reſtituere iuſſus erat. Ergo vel dicendum eſt abſentem legatarium; vbi reſtitutus eſt non eſſe cogendum reſtituere fideicommiſſum, de quo rogatus fuit, (nec enim videretur vlla in eo fieri iniuria fideicommiſſario, qui nihil poſſet ipſe petere, ſi legatarius non imploraret reſtitutionem. Siquidem fideicommiſſum, quod à legatario relinquitur, ita demum debetur ſi legatum ad legatarium peruenerit, *leg. fideic. 78. de l. 1.*) Vel ſaltem denegandam legatario reſtitutionem, quaſi legati emolumentum ad eum non reſpiciat; ſed ad fideicommiſſarium, vt in ſpecie, *l. 3. §. item ſi quis de legat. præſt.*

Ratio decidendi. Prætor cùm dat reſtitutionem ex hoc edicto, id quidem tantùm agit, vt abſenti ſubueniat, ne quid damni ea abſentia ſua incurrat; ſed hactenus tamen, vt non velit meliorem ipſius conditionem facere, quàm eſſet hodie, ſi is reipublicæ cauſa nunquam abfuiſſet. Alioqui non reſtituerentur omnia in integrum, & abſenti ſua prodeſſet abſentia, quam tamen ſufficit non nocere, *lege videlicet 29.* vbi dixi, *ſuprà hoc titulo.* Atqui ſi non reſtitueretur legatarius ad petendum legatum à quo excluſus eſſet tempore, vel defectu conditionis, moraretur in damno quia legatum amitteret. Nec quod de eo reſtituendo rogatus ſit ad rem facit, quia ſpecies lucri eſt, etiam acquirere ſibi beneficij debitorem, *lege ſi pignore 54. §. 1. de furt.* Poteſtque beneficium hoc reſtitutionis eſſe venale, vt & in ſpecie, *lege filium 20. verſ. erit ergo venale, de legat. præſt.* Rurſum ſi legatarius, hic ita reſtitueretur; vt tamen non cogeret eum prætor fideicommiſſum præſtare, conſequeretur lucrum ea reſtitutione, quod non haberet ſi læſus non fuiſſet. Ergo & reſtituendus eſt, & fideicommiſſum præſtare cogendus eſt. Sicut & cùm miles reſtituitur ad petendam hæreditatem, quam ob id amiſit: quòd reipublicæ cauſa abfuerit, vt in ſpecie, *lege Iulianus 17. in principio*, vbi dixi, *ſuprà hoc titulo.* Vtique reſtituitur ſalua cauſa legatorum, & fideicommiſſorum ab eo relictorum, vt perinde ea præſtare teneatur, ac ſi ab initio hæreditatem ſine reſtitutionis beneficio acquiſiuiſſet. Eadem nimirum ratione, quod alioqui reſtitutio in integrum afferret hæredi non modò indemnitatem, ſed etiam lucrum: quòd certè abſurdum eſſet, quamvis non eò magis ex alieno damno lucrum captaretur. Nec enim nouum damnum vllum eſſet, etiamſi fideicommiſſario non reſtitueretur fideicommiſſum, quod per hæredis, aut legatarij excluſionem iam ipſo iure intercidiſſet. Quæ res non inelegantem dubitandi cauſam præbere poterat. Tametſi Marcellus, qui ad Iulianum notas ſcripſit, reprehendendi, vt credibile eſt, ſtudio, potiùs quàm bona mente ſupradictam Iuliani ſententiam notet quaſi de re indubitabili, cùm non poſſet eam notare quaſi falſam. Neque enim ſolent aut debent, prudentum reſponſa eſſe de re indubitabili, *lege Dominus 26. qui teſtament. facer. poſſ. leg. quod Labeo 9. de Carbon. edict.* Eſt igitur plenius beneficium prætoris in danda reſtitutione hæredi ſcripto, aut legatario ad hoc, vt poſſit vel hæreditatem amiſſam recuperare vel legatum, quàm in conſeruando legato ea illa edicti parte quæ eſt, De legatis præſtandis, *dict. leg. 3. §. item ſi quis de legat. præſtand.* Vbi dicitur non conſeruari ex illo edicto legatum, quod vni ex perſonis exceptis ita relictum eſt, vt debeat peruenire ad alium, ex fideicommiſſo. Nempe quia reſtitutionis poteſtas maior eſt, ad quam pertinet, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur. Et præterea fauorabilius eſt legatum, quod petitur ex teſtamento integro & valido, quale eſt legatum de quo in hac lege agitur, quàm quod petitur ex teſtamento rupto per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, de quo *in dict. §. item ſi quis.* Denique facilius eſt, vt reſtituatur perſona ipſa ad legati petitionem, quod fit per hoc edictum, quàm vt reſtituatur legatum ipſum ex illo edicto.

a *Salua legatorum, & fideicommiſſorum cauſa.* Ratio dubitandi. Non adita ex teſtamento hæreditate legata omnia, & fideicommiſſa corruunt, quæ relicta fuerant in eo teſtamento niſi petita ſint à legitimis hæredibus, *lege ſi nemo 9. de teſtam. tutel. leg. ea quam 16. Cod. de fideicomm ff. l. generaliter 24. §. ex teſtamento de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Atqui non poteſt adiri hæreditas ex teſtamento poſtquam hæres ſcriptus defectus eſt, conditione ſub qua fuerat

inſtitutos. Ergo neque legata, & fideicommiſſa deberi ex eo amplius poſſunt, niſi ex aliqua cauſa ſpecialiter confirmentur, & conſeruentur à prætore, vt fit in edicto. De *legat. præſt* De quo proximè diximus, & in edicto, *ſi quis omiſſa cauſ. teſtament. leg. 1. ult. titulo*. At verò edictum hoc de quo nunc agimus, nihil dixit de legatis, & fideicommiſſis conſeruandis, ſed tantùm de danda ei qui læſus ſit reſtitutione. Ergo reſtitutio quæ fit ex hoc edicto fauore ſolius militis, vt hæreditatem adire poſſit, quam per defectum conditionis propter abſentiam amiſerat, debet fieri ſimpliciter, non autem ſalua legatorum, & fideicommiſſorum cauſa. Ne alioquin eueniat contra mentem & propoſitum prætoris, vt fauor militis etiam aliis non militibus proſit contra *legem cùm patren. 28. in fin. de legat. 2.*

Ratio decidendi. In illis partibus edicti ſpecialis conſtitutio prætoris neceſſaria fuit ad conſeruanda legata, & fideicommiſſa, quæ alioqui ſiue deſtituto, ſiue rupto teſtamento interciderant, quoniam non aliter, quam per edictum poterat prætor ea conſeruare, cùm neque in danda bonorum poſſeſſione contra tabulas, per quam teſtamentum rumpitur iure prætorio, neque in retinenda ab inteſtato hæreditate, quæ ex teſtamento fuerat omiſſa, decretum vllum prætoris, & cauſæ cognitio verſetur. At in parte iſta edicti, ex qua datur reſtitutio ad hæreditatem adeundam, nil fuit neceſſe prætorem edicere de conſeruandis legatis & fideicommiſſis, quia cùm reſtitutio non detur à prætore niſi cauſa cognita, & per decretum, poteſt prætor cùm dat reſtitutionem hæredi decernere, vt ſalua ſint legata, & fideicommiſſa ob rationem illam quam in præcedentibus attulimus. Itaque decretum pro edicto eſt. Quanquam nec valdè neceſſe eſt, vt de hoc prætor quicquam ſpecialiter decernat. Qui enim ex hoc edicto reſtituitur ad hæreditatem adeundam ex teſtamento, quamvis à prætore reſtituatur, non tamen fit hæres iure prætorio tantum, ſed etiam iure ciuili, quia ſcilicet ius ipſum teſtamenti ſaluum, & integrum manet, nec niſi eius perſonæ hæredis læſum eſt per defectum conditionis, qui propter abſentiam contigit. Proinde ſoli perſonæ ſuccurrit prætor non etiam teſtamento.

42. ALFENVS lib. 5. Digeſtorum.

NOn verè dicitur, reipublicæ cauſa abeſſe eum, qui ſui priuati negotij cauſa in legatione eſt.

Ad leg. Non verè. 42.

Ratio dubitandi. Qui in legatione eſt, coactus abeſt, ideóque ex hoc edicto in integrum reſtituitur, perinde atque is qui abeſt reipublicæ cauſa, *lege ſed etſi 26. §. ultim. ſuprà, hoc titulo*. Atqui ij demum videntur reipublicæ cauſa non abeſſe, qui priuati ſui commodi cauſa ſic abſunt, vt tamen non abſint coacti, *l. respubl. 36. ſuprà, hoc tit.* Ergo qui in legatione eſt non eò minùs reipublicæ cauſa abeſſe dici debet, quod ſuum quoque priuatum negotium gerat.

Ratio decidendi. Non tractat hæc lex de eo qui cùm in legatione ſit ex neceſſitate, ſuum aliquod negotium gerit per occaſionem legationis, quod vtique fieri poteſt ſaluo auxilio, & priuilegio reſtitutionis. Sed de illo, qui non niſi priuati ſui negotij cauſa in legatione eſt, id eſt, qui legationis colorem quæſiit, vt ſub eo prætextu ſua magis, quàm ciuitatis negotia tractaret. Nihil enim ei prodeſſe tale commentum debet, vt loquitur Vlpianus in *lege ſi maritus 15. §. neceſſariò ad leg. Iulian. de adulter. facit, leg. non exiſtimo 54. in fin. de administr. tutor.* Non tam igitur quid in legatione hic fecerit inſpiciendum eſt, quàm qua mente, & quo propoſito legationem ſuſceperit. Nam nec coactus abeſt qui legationem vltro ambiit, vt priuatis ſuis commodis potiùs, quàm publicis proſpiceret. Denique attendendum ſemper eſt, id quod principaliter intenditur, non id quod fit per conſequentias, & per occaſionem, vt Accurſius probat, ex *leg. 1. caupones, infrà naut. caup. ſtabul. leg. cùm probatio 7. infr. de probat. leg. cùm aurum 29. alias leg. etſi ſint, §. pervenſiamus de aur. & argent. legat.* Iunge, *leg. 1. de author. tutor. l. 2. de ritu.*

43. AFRICANVS lib. 7. Quæſtionum.

SI quis ſtipulatus ſit in annos ſingulos, quoad in Italia eſſet vel ipſe, vel promiſſor: & alterutet reipublicæ cauſa abeſſe cœperit: officium prætoris eſt, introducere vtilem actionem. Eadem dicemus, & ſi ita concepta ſtipulatio fuerit[a]: *Si quinquennio proximo Romæ fuerit*, vel ita, *ſi Romæ non fuerit, centum dare ſpondes?*

Ad leg. Si quis ſtipulatus. 43.

Ratio dubitandi. Prætor ex hoc edicto nihil niſi reſtitutionem pollicetur, *leg. 2. & paſſ. hoc titulo*. Atqui non poteſt reſtitui actio, quæ nunquam fuit. Reſtitutio enim id tantùm reddit quod amiſſum fuerat, amitti verò non poterat actio quæ nondum fuerat nata, *lege ſi in diem 46. lege Titio vſusfructus 96. de condic. & demonſtrat.* Ergo ſi quis ſtipulatus ſit in annos ſingulos quot in Italia eſſet, vel ſtipulator, vel promiſſor, & alterutet reipublicæ cauſa abeſſe cœperit, non videtur hic caſus ad edictum iſtud pertinere. Eſt enim huiuſmodi ſtipulatio conditionalis, habétque conditionem illam, ſi in Italiam ierit ſtipulator vel promiſſor, conditio autem impedit, ne qua obligatio interim naſcatur, *l. cedere diem 213. de verb. ſign.* Ac proinde, vt neque actio.

Ratio decidendi. Non pertinet quidem hæc ſpecies ad verba edicti, quia nihil eſt quod poſſit prætor reſtituere, ſed pertinet ad mentem, & ſententiam edicti, quoniam non minùs æquum eſt, vt noua introducatur actio quæ nunquam nata fuit, & quæ nata fuiſſet ſi poſtulator hic vel promiſſor non abfuiſſet, quàm vt verus actio quæ amiſſa ſit reſtituatur: Ne ſcilicet cuiuſquam abſentia vel abſenti vel alteri noceat, quod vnum propoſitum eſt prætoris. Nam & qui poteſt facere, vt actionem habeat conditioni parendo, iam actionem habere videtur, *lege qui poteſt facere 174. de regulis iuris.* Hic autem poterat facere, vt actionem haberet, ſi non abfuiſſet, ſi quidem eo caſu conditio ſtipulationis extitiſſet. Perinde igitur dignus eſt, quem prætor adiuuet introducta, eique data noua actione, atque ſi veterem actionem amiſiſſet, quæ reſtitui hodie poſſet & deberet. Idcóque ſic Africanus hoc loco ſcribit: *Officium prætoris eſt introducere vtilem actionem.* Sed cur vtilem eam appellat, cùm non ſit reſtituta? Reſtitutoriam enim actionem ideò vtilem appellare ſolemus, quòd ſit reſtituta, vt ſæpiùs diximus in præcedentibus, cùm ſcilicet directa ſublata fuit. Verùm reſpondeo vtilem dici alio etiam reſpectu, quod detur ex mente magis, quàm ex verbis edicti, & ad exemplum reſciſſoriæ: & reſtitutoriæ actionis.

a Eadem

a *Eadem dicemus, & ſi ita concepta ſtipulatio fuerit.* Ratio dubitandi. Cùm tractatur de actione ex ſtipulatu inſpicienda ſunt præcipuè verba ſtipulationis, *lege ſemper in ſtipulationibus 34. de regulis iuris, lege quicquid adſtringenda 98. de verb. obligat.* Atqui ſtipulatio in hac ſpecie concepta eſt de quinquennio proximo, idque verbis diſertis & expreſſis. Ergo non eſt protrahenda ad aliud quinquennium non proximum. Ne quidem beneficio reſtitutionis cùm non poſſit prætor facere quod per rerum naturam fieri nequit vt quinquennium ſequens ſit proximũ; id eſt, vt recurrat heſterna dies quæ præteriit.

Ratio decidendi. Non reſtituit prætor elapſum quinquennium, ſed introducit actionem quæ propter defectum conditionis ex lapſo quinquennij nunquam nata fuerat, vt pro eo habeatur ſtipulator, ac ſi eo quinquennio non abfuiſſet. Itaque non reſtituit actionem quæ nulla potuit amitti, quia nec vlla vnquam fuit, ſed nouam introducit quaſi impleta conditione, habens nimirum abſentem pro eo ac ſi fuiſſet præſens: quomodo & actionem veterem reſtitueret ſi qua fuiſſet amiſſa.

44. PAVLVS lib. 2. ad Sabinum.

IS, qui Reipublicæ cauſa abeſt, in aliqua re læſus, non reſtituitur: In qua etiam ſi reipublicæ cauſa non abfuiſſet, damnum erat paſſurus.

Ad l. Is qui reipublicæ 44.

Ratio dubitandi. Prætoris verba pollicentur auxilium in integrum reſtitutionis ei qui reipublicæ cauſa abfuit & læſus eſt, nec adhibent diſtinctionem illam vtrum æquè paſſurus fuerat damnum ſi in ciuitate manſiſſet, an non: vt conſtat ex verbis edicti ab Vlpiano relatis, in *l. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo nec nos diſtinguere debemus, vulg. *l. de pretio 8. de publician. in rem actien. leg. in fraudem 15. in fin. de teſtam. milit.*

Ratio decidendi. Edicti ratio facit vt ex mente prætoris diſtinctionem hanc omnino adhiberi oporteat. Non enim id egit prætor aut agere debuit, vt nullo damno afficeretur abſens, ſed vt ei abſentia ſua minimè noceret, *leg. abſentia 140. de regul. iuris.* Nemo autem dixerit poſſe abſentem imputare abſentiæ ſuæ damnum quod etiam præſenti contigiſſet. Ceſſante igitur hoc caſu ratione edicti, poteſtatem quoque ipſius ceſſare neceſſe eſt, *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.*

45. SCÆVOLA lib. 1. Regularum.

MIlites omnes, qui diſcedere ſignis ſine periculo non poſſunt reipublicæ cauſa abeſſe intelliguntur.

Ad leg. Milites omnes 45.

Ratio dubitandi. Fieri facilè poteſt vt quis ſit ſub ſignis, in eo tamen loco, in quo nullam penitus operam reipublicæ nauare poſſit. Quid enim ſi in vrbe ſit aut in pacata prouincia, in qua nulli ſint hoſtes? Non ergo dici poteſt abeſſe cauſa reipublicæ, tametſi non poſſit ſine periculo & impunè diſcedere.

Ratio decidendi. Militare dicitur non tantùm qui pugnat, & decertat cum hoſtibus, ſed qui ſacramento militari ſic obſtrictus eſt vt non poſſit ſine pœna emanſoris aut deſertoris ſigna relinquere, nec proinde ſine periculo vitæ. Hæc enim pœna deſertionis eſſet, quamuis non perpetua, ſed cum variis diſtinctionibus, in *l. non omnes 5. & paſ. de re milit.* Ergo verum eſt omnem, qui à ſignis diſcedere impunè non poteſt, abeſſe cauſa reipublicæ: etiam ſi Romæ militet, *l. milites 7.* vbi dixi *ſup. hoc tit.* Quanquam hic non tam abſens eſt, quàm vice abſentis habetur, *l. ſi maritus 15. §. quòd ſi quis præſens ſit ad leg. Iul. de adult.* vbi hanc ob cauſam dicitur, non ſemper abſentis loco habendum eum eſſe. An ergo ſimiliter dicemus etiam vxores militum abeſſe reipublicæ cauſa? Ita putant nonnulli, quibus ego aſſentiri non poſſum. Fateor etiam vxores militum ex hoc edicto reſtitui poſſe & debere, *l. 1. & 2. C. de vxor. milit.* Sed non tanquam & ipſæ ſint abſentes reipublicæ cauſa, at quia cum reipublicæ cauſa abſentibus peregrinantur, vt ſcriptum eſt, in *d. l. 1. & 2.*

46. MARCIANVS lib. 2. Regularum.

QVi reipublicæ cauſa abfuit, etiam aduerſus eum qui pariter reipubiicæ cauſa abfuerit reſtituendus eſt, ſi aliquid damni iniuſtè quæritur.

Ad leg. Qui reipublicæ.

Ratio dubitandi. Priuilegiatus non ſolet vti priuilegio contra priuilegiatum, *leg. verum 11. §. pen. ſupr. de minor.* Ergo neque abſens contra abſentem reipublicæ cauſa.

Ratioq; decidendi. Nemo priuilegium habet, ideò quod abſit reipublicæ cauſa, ſed ob id tantùm, quod per abſentiam ſuam læſus probetur, *leg. ſciendum 18. & paſſ. ſupr. hoc tit.* Ergo ſi ex duobus reipublicæ cauſa abſentibus alteruter tantum læſus ſit, ſolus ille priuilegiatus dicendus eſt, & conſequenter ſolus reſtituendus aduerſus alium, tanquam non priuilegiatum, vt hîc optimè ac ſubtiliter Bartolus explicat de quo etiam diximus ad *d. l. verum §. penult.*

DE ALIENATIONE IVDICII MVTANDI CAVSA FACTA.

TITVLVS VII.

GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

OMNIBVS modis proconſul [a] id agit, ne cuius deterior cauſa fiat ex alieno facto. Et cùm intelligeret iudiciorum exitum interdum duriorem nobis conſtitui oppoſito nobis alio aduerſario: in eam quoque rem proſpexit: *vt ſi quis alienando rem, alium nobis aduerſarium ſuo loco ſubſtituerit, ídque data opera in fraudem noſtram fecerit: tanti nobis in factum actione teneatur, quanti noſtra interſit* [b], *alium aduerſarium nos non habuiſſe.*

1 ¶ Itaque ſi alterius prouinciæ hominem, aut potentiorem nobis oppoſuerit aduerſarium, tenebitur.

Ad Tit. 7. De alienat. iudic. mutand. cauſ. fact.

Ad l. Omnibus modis 1.

Ratio dubitandi. Ad hanc legem, totúmque titulum iſtum, illa eſt, quod liberum ſit cuique de bonis ſuis pro arbitrio diſponere, *l. 2. infr. ſi quis a par. man. l. in re mand.* 21. *C. mand.* nec quicquam magis naturali æquitati conueniens eſt, quàm voluntatem domini rē ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir. rer. dom.* Atqui in bonis noſtris ſunt omnia quorum nomine vel actionem habemus vel exceptionem, *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Ergo non debuit ea libertas à prætore conſtringi, quomodo tamen per hoc edictum ſanè conſtringitur. Nihil enim dolo facere videri poteſt qui iure ſuo vtitur, *l. nullus videtur 55. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Reſtringitur hæc libertas per huiuſmodi edictum hactenus tantùm ne cuius deterior fiat cauſa ex alieno facto, ne ſcilicet in aliena poteſtate ſit conditionem alterius non delinquentis deteriorem facere, quod nunquam permittendum eſt, *l. 2. infr.* quod vi aut clam, & aliis legibus pleriſque hic ab Accurſio citatis. Atqui iudiciorum exitus interdum durior nobis conſtituitur oppoſito nobis alio aduerſario, vt ex iis exemplis apparet quæ hic ſubiiciuntur. Ergo non immeritò prætor in eam quoque rem proſpexit, propoſito hoc edicto idque per ſpeciem quandam reſtitutionis in integrum. Succurrit namque iis qui facto & calliditate aduerſarij læſæ ſunt per alienationem iudicij mutandi cauſa & dolo malo factam, *l. 1. ſupr. de in integr. reſt.* Hactenus enim meliorem ſuam conditionem facere quis poteſt & debet ne alterius deteriorem faciat, *leg. 1. §. ſed & foſſas de aqua, & aquæ pluuiæ arcend.* Cúmque prætor hoc edicto eos tantùm coërceat, qui data opera & dolo malo alienant, vt vexent aduerſarium, apparet iuſtiſſimè prætorem facere qui dolis & malitiis non vult indulgere, *l. in fundo 38. de rei vindicat.* Neque tamen prætor alienationem hanc fieri prohibet, ſed tantùm poſt eam factam punit eum qui fecit dolo malo. Et fuit hoc edictum neceſſarium ob hoc ipſum quod alioqui tenet alienatio ante iudicium facta, quamvis iudicij mutandi cauſa.

a *Proconſul.* Scripſit enim Caius ex cuius libris hæc lex ſumpta eſt ad edictum prouinciale, id eſt, proconſulis, non ad vrbanum quod fuit prætoris quod Accurſius non intellexit, qui proconſulem pro prætore dictum putat. Prætoria ſanè omniúmque cæterorum qui in vrbe ſunt Magiſtratuum vice ac partibus Proconſul fungitur, *l. ſi in aliam 7. vlt. & legib. ſequent. de offic. procons.* ſicut & præſes in iis prouinciis quæ præſidem habent, non proconſulem, *leg. ex omnibus 10. & ſequent. de offic. præſid.*

b *Quanti noſtra interſit.* R. dub. Nihil poteſt intereſſe actoris, ſiue malā cauſam habuerit, quod ſanè omnes fatebuntur, ſiue bonā, quia eo caſu poſſeſſor etiam ad ſumptus litis condemnandus erit, niſi iuſtam vel potiùs probabilem habuerit cauſam litigandi, *leg. qui ſolidum 78. in princip. & §. etiam de legat. 2.* Regula enim eſt victum victori in expenſas condemnandum eſſe, *l. properandum 13. C. de iudic.* Ergo inanis & ſuperuacua eſt actio quam prætor hoc edicto pollicetur. Præſertim cùm perinde poſſit dominus rem ſuam vindicare ab alienante atque ſi alinatio nulla facta eſſet, quaſi adhuc poſſidere videatur, qui dolo deſiit poſſidere, *l. qui petitorio 39. de rei vindicat.* Siquidem dolus pro poſſeſſione eſt, *l. qui dolo 135. de reg. iur.*

R. dec. Intereſt quàm maximè actoris ne res quam petit aut petiturus eſt alienetur iudicij mutandi cauſa, ſiue quòd ferè ſemper noſtra interſit rem ipſam habere potiùs quàm ipſius æſtimationem ad quam ſolam condemnari poteſt is qui non poſſidet cùm rem ipſam reſtituere non poſſit, *l. officium 9. de rei vindicat.* Siue etiam ratione ſumptuum, nam cuius durior conditio facta eſt in re ipſa petenda quæ dolo malo alienata fuit in potentiorem aut duriorem aduerſarium, eius in ſumptibus quoque litis repetendis duriorem eſſe conditionem neceſſe eſt ſi eos à nouo non à vetere poſſeſſore repetere cogatur. Quod non videtur obſeruaſſe Accurſius qui hoc edictum reſtringit ad eos caſus in quibus victum victori in expenſas condemnari æquum non ſit, id eſt, ſi vel actor fuerit contumax, *d. l. properandum §. ſin autem;* vel probabilem litigandi colorem habuerit. Idem Accurſ. quærit, an non ſatis videatur proſpectum eſſe indemnitati actoris ex eo, quod poteſt iurare in litem contra alienantem qui dolo malo deſiit poſſidere, & reſpondet non ſatis plenam eſſe hanc indemnitatem quia iudex taxat quantitatem ad quam vſque iurari poſſit, ex *l. arbitrio 18. §. 1. ſupr. de dolo,* ſed malè. Iuratur enim hoc caſu ſine vlla taxatione, *leg. qui reſtituere 68.* vbi dicam *infrà de rei vindicat.* Debuit ergo dicere. Actoris intereſſe vt potiùs rem ipſam habeat, ſi quoquomodo habere poſſit quàm vt rei æſtimationem ſiue communem, ſiue quæ per iuſiurandum in litem facta ſit, *l. nec quaſi 70.*

infrà

infrà eod. ill. tit. ſi legas ibi cum Haloandro *iniuſto* pro *iuſto*, quomodo legendum eſſe alibi iam diximus, & ad eum præterea locum oſtendemus. Alia quæſtio eſt ab eodem Accurſio tractata, an ex edicto detur actio contra alienantem priuſquàm aliquid expenderit contra nouum poſſeſſorem. Et reſpondet dari, quaſi iam abeſſe aliquid videatur hoc ipſo, quod contra nouum poſſeſſorem agere cogitur rem ſuam conſequatur. Æquè malè. Nam cùm in facto non in iure conſiſtat quatenus cuiuſque interſit, *l. quatenus 24. de regul. iur. leg. vlt. de prætor. ſtipulat.* quomodo ſciri obſecro poteſt, quatenus interſit, quouſque actum ſit cum nouo poſſeſſore, atque ita compertum quas impenſas contra eum actor fecerit aut quam aliam incommoditatem paſſus ſit, *l. 3. [illegible]x quib. infr. hoc tit.* Poteſt ſanè ſciri ad interſit, etiam priuſquàm agatur, ſed non quanti interſit. Niſi in exemplo quod affert Accurſius, ſi res alienata iam ſit vſucapta, vt in *l. 4. infr.* quo caſu tanti ſanè intereſt quanti res eſt, aut ſaltem quanti per iuſiurandum in litem æſtimanda eſt, cùm nulla actio niſi prorſus inutiliter exerceri poſſit contra poſſeſſorem qui iam vſucepit quique non vſucepiſſet ſi reus non alienaſſet. Item in alio exemplo quod affert idem Accurſ. ex *d. l. 3. §. item ſi locum* vbi dicam. Ex iis autem quæ diximus apparet huic actioni, & edicto locum eſſe cùm reus idémque poſſeſſor rem alienauit, cuius nomine conueniebatur, aut in eo ſaltem erat vt poſſet conueniri. Nam ſi actor aut acturus alienauerit alienationem in potentiorem, alia auxilia locum habent de quibus, in *tit. C. ne liceat potentior. & in l. per diuerſas 34. C. mandat.*

2. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

AVt alium qui vexaturus ſit aduerſarium a.

Ad l. Aut alium 2.

a *Qui vexaturus ſit aduerſarium.* Per calumnias fortaſſe & tergiuerſationes quæ reorum propriæ ſunt dum agunt quantum poſſunt ne cum iis agi poſſit, *l. ſed & ad eos 24. ſupr. tit. prox.*

Ratio dubitandi, vel decidendi noua hîc nulla eſt, niſi fortè velit quis pro ratione dubitandi afferre, quod vexationem & iniuriam à nouo poſſeſſore factam iniquum ſit nocere ei qui alienauit, cuius factum nullum intercedit in in ea vexatione & iniuria. Suum enim cuique factum non alij nocere oportet, *lege factum 197. de regul. iur. leg. vltim. Cod. de actio empt. leg. ſi per imprudentiam 51. de euict.* ſed facilis reſponſio eſt alienanti factum ſuum nocere in hac ſpecie non alienum, quia ideò tenetur non quod aduerſarium alius vexet, ſed quoniam alienauit ipſe dolo malo & data opera in in hoc vt à nouo poſſeſſore aduerſarius vexaretur. Et ideò bene Accurſ. ad eam regulam exemplum ſumit ex *hoc tit.*

3. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

QVia etiam ſi cum eo, qui alterius prouinciæ ſit, experiar, in illius prouincia experiri debeo, & potentiori pares eſſe non poſſumus b.

Ad l. Quia etiamſi 3.

Ratio dubitandi. Qui ex aliena prouincia eſt non minùs conueniri poteſt in ſua prouincia, ergo nihil intereſt actoris quod in alterius prouinciæ hominem alienatio facta proponatur. Præſertim ſi de rei vindicatione tractetur, cùm is qui vindicat rem ſuam non cogatur ſequi domicilium poſſeſſoris, ſed habeat electionem vtrùm in eius territorij foro malit litigare in quo res ſita eſt, *l. vlt. C. vbi in rem act.*

Ratio decidendi. Multum intereſt actoris in qua prouincia litiget. Nemo enim neſcit quàm incommodum ſit aliena litigare ſiue ſumptuum litis qui multò maiores fiunt ſiue incommodorum & periculorum itineris ratio habeatur. Vnde eſt quod nec facilè teſtes euocandi ſint ab vna prouincia in aliam teſtimonij dicendi gratia, quamvis ad habendam veritatis probationem neceſſarium plerúmque illud ſit & publicè vtile, *l. 3. §. vltim. de teſtib. leg. ſed etſi 7. teſtam. quem. aper.* Meritò igitur placuit hoc edicto teneri eum qui in alterius prouinciæ hominem alienauerit. Niſi ponas eam rem de cuius vindicatione agitur ſitam eſſe in prouincia actoris, quo caſu eſſet quod ei poſſemus imputare cur forum & domicilium noui poſſeſſoris elegiſſet. At non ſemper id quod vindicatur, eſt in prouincia actoris, in qua tamen ſi domicilium poſſeſſor habeat, in ea vtique conueniri poteſt, *d. l. vlt.* cuius electionis commodum per alienationem in alium factam eriperetur actori, ſi non ipſi per hoc edictum ſubueniretur. Deinde quid ſi agatur de vindicanda re mobili cuius poſſeſſio per alienationem non tantùm à perſona in perſonam, ſed etiam à prouincia in prouinciam transferatur? Nulla ſanè hoc caſu poteſt electio actori ſupereſſe poſt alienationem; idque propter alienationem, quam tamen æquum non eſt nocere actori, qui vtique rei forum ſequi cogitur, *l. 2. C. de iuriſd. omn. iudic.* niſi priuilegium fori habeat, nec minùs in agendo quàm in excipiendo.

b *Et potentiori pares eſſe non poſſumus.* Ratio dubitandi. Ad Magiſtratum cuiam pertinet ne tenuioris fortunæ homines per potentiores opprimantur, *l. illicitas 6. §. ne potentiores de offi. præſid.* Ergo nihil intereſt actoris an alienatio facta ſit in potentiorem, cùm in iudicando nulla potentiorum aut tenuiorum diſtinctio habenda ſit.

Ratio dec. Poteſt quidem Magiſtratus & debet, quod per potentiorem improbè factum eſt punire, ſed ne quid tale fiat per eos qui ſolo legum & pœnarum metu coërceri non poſſunt, impedire certè nequit, multò minùs facere vt potentiori par eſſe quis poſſit. Iam enim non eſſet potentior ſi par eſſet.

1 ¶ Sed & ſi hominem, quem petebamus a, manumiſerit b: durior noſtra conditio ſit, quia prætores faueant libertatibus.

Ad §. 1. Sed & ſi hominem.

Ratio dubitandi. Certum eſt manumiſſionem nullius eſſe momenti, quæ à non domino facta inueniatur: nemo enim alienum ſeruum quamvis vt proprium manumittat perducere ad libertatem poteſt, *l. ſi non proprietatem 4. & paſſ. C. de his qui à non domin. manum. ſunt.* Ergo nihil intereſt actoris an ſeruus quem à poſſeſſore petiturus erat, fuerit ab eo manumiſſus, necne. Quod enim nullius momenti eſt, nullum poteſt effectum habere vulgat. iuribus.

Rat. dec. Intereſt actoris non manumitti ſeruum, quia

domini

domini probatio plerúmque difficillima eſt, §. *commodum Inſtit. de interd.* & in dubio ſolent prætores fauere libertatib. *l. inter pares 38. de re iudicat.* Dices cogendum actorem, vt ex hoc edicto agere poſſit contra alienationem, probare ſe in eo ſeruo dominium habuiſſe, alioqui nihil eius intereſſe videri poteſt quòd homo quem petere volebat fuerit manumiſſus. At rurſus probato dominio nihil poterit eius intereſſe cùm manumiſſio nullam vim habitura ſit, nullo igitur caſu poteſt actoris intereſſe. Reſpondeo leuiores probationes dominij poſſe ſufficere aduerſus ſerui poſſeſſorem quàm aduerſus manumiſſum. Intereſt igitur actoris, non manumitti ſeruum, ne durioris & grauioris probationis neceſſitate adſtringatur.

a *Petebamus.* Rectè Accurſius, *id eſt, petere volebamus*, aliud enim eſt petere, aliud verò velle petere, *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem hab.* Petit is demum qui litem conteſtatur, ex quo tempore cùm res fiat litigioſa, impeditur ſanè alienatio, *l. 1. & tot. tit. Cod. de litigio.* Nec proinde pertinet ad hoc edictum in quo agitur de ea tantùm alienatione quæ facta ſit iudicij futuri mutandi cauſa, *l. ex hoc edicto 8. §. 1. infr. hoc tit. ſic in l. ſi quis ſtipulatus 12. de verb. oblig.*

b *Manumiſerit.* Bene idem Accurſius, *de facto.* Nam de iure non poteſt manumittere & libertatem dare is qui dominus non eſt, *dict. tit. C. de his qui a non domin. manum. ſunt.*

2 ¶ Item ſi locum, in quo opus feceris, cuius nomine interdicto. *Quod vi aut clàm:* vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris, alienaueris: durior noſtra conditio facta intelligitur, ſi tecum ageretur, tuis impenſis id opus tollere deberes: nunc verò, cum incipiat mihi aduerſus alium conditio eſſe, quàm qui fecerit, compellor meis impenſis id tollere: quia ab alio factum poſſidet, hactenus iſtis actionibus tenebitur, vt patiatur id opus tolli.

Ad §. 2. Item ſi locum.

Ratio dubitandi. Si locum in quo opus feceris, cuius nomine interdicto, *quod vi aut clam*, vel actione aquæ pluuiæ arcendæ mihi tenebaris, alienaueris poſſum agere contra poſſeſſorem, quiſquis rem poſſidet iſtis actionibus tenetur, quamvis opus ipſe non fecerit. Ergo nihil poteſt intereſſe mea an locus ille alienatus ſit necne.

R. dec. Tenetur quidem poſſeſſor iſtis actionibus, ſed non perinde ac ille qui opus fecit. Ille enim opus tollere ſuis impenſis cogitur, qui verò non fecit nec ei qui fecit hæres extitit, ſed bonæ fidei poſſeſſor reperitur, nihil niſi patientiam præſtare cogi poteſt, *l. ſi tertius 6. §. pen. & l. ſeq. infr. de aqua & aqua pluu. arcend. leg. competit 16. §. vlt. quod vi aut clàm, leg. altius 8. & ſeq. Cod. de ſeruit. & aqua.* Fit ergo conditio mea durior per alienationem, cùm per eam fiat vt impenſis meis cogar opus tollere. Eas tamen poſtea repetiturus abs te qui opus feceras, *dict. leg. competit §. vlt. leg. denique 13. §. vlt. & leg. ſeq. eod. leg. ſed venditor 13. de aqua & aqua pluu. arcend.* Quòd cùm ita ſit non immeritò quærit Accurſius, quid igitur mea intereſſe videtur, quantum ad hoc vt mihi contra te actio ex hoc edicto detur, cùm perinde habiturus ſim actionem etiam ceſſante edicto. Reſpondet autem non malè pleniorem eſſe hanc actionem, quippe quæ datur ad pleniſſimam indemnitatem, §. *ex quib. infr.* cùm cæteræ actiones non dentur niſi ad expenſas, non etiam ad alia incommoda, inter quæ vnum etiam illud eſt, cùm cogitur quis de ſuo ſoluere quamuis poſteà ſiue ab eodem, ſiue ab alio poſſit repetere, *l. 3. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. de fideiuſſ.* Quid ergo in hanc actionem veniet, ſi velim eam exercere priùs quoque quam impenſas fecerim? Nimirum quanti faciendæ impenſæ æſtimabuntur. Poſſunt enim æſtimari, priùs etiam quàm factæ ſint. Ex quo clariùs apparet quam neceſſaria iſto caſu ſit hæc actio. Nam interdictum, quod vi aut clàm, datur tantum ad damna præterita, vt & aliæ ferè actiones omnes. Actio verò aquæ pluuiæ arcendæ ad damna tantum futura, *l. Antaeus 14. §. hoc iudicium de aqua & aquæ pluu. arcend.* Damnum autem hoc impenſarum nondum factarum, neque omnino præteritum eſt, neque omnino futurum, etſi non erraret meo iudicio qui præteritum eſſe defenderet. Nam ſtatim atque locum alienaſti in qua opus feceras, incipit mihi actio aduerſus alium eſſe, ex eóque inſtanti incipit mihi onus incumbere & neceſſitas præſtandarum impenſarum ad opus tollendum. Ex eo igitur die damnum mihi datum fuiſſe intelligitur. Sed non eò minùs vtilis eſt hæc etiam actio, quamvis alio reſpectu. Nimirum quia nec paruum incommodum eſt, ſi quis cum anteà vnum duntaxat aduerſarium haberet in plures aduerſarios diſtringatur, *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr. de pecul.* quod hîc euenit neceſſariò cum aduerſus poſſeſſorem agendum habeam vt patiatur opus tolli, contra te verò vt impenſas in eam rem præſtes. Cuius incommodi æſtimatio nulla fit in eo interdicto, quod vi aut clàm: fit verò in hac actione quæ pleniſſimam, vt dixi, tribuit indemnitatem. Alioqui ſi nihil haberet vtilitatis non daretur, *§. prox. ſeq.*

3 ¶ Opus neque nouum ſi tibi nunciauerim: túque eum alienaueris, & emptor opus fecerit: dicitur, te hoc iudicio teneri [a]: quaſi neque tecum ex operis noui nunciatione agere poſſim, quia nihil feceris: neque cum eo, cui alienaueris quia ei nunciatum non ſit.

Ad §. 3. Opus quoque nouum.

Ratio dubitandi. Operis noui nunciatio non perſonæ fit, ſed rei, id eſt, non in perſonam, ſed in rem, *l. ope 10. de oper. noui nunc.* ideoque obligat poſſeſſorem quemlibet eius loci in quem opus nouum nunciatum eſt, *leg. vlt. eod.* Ergo ſi opus nouum tibi nunciauerim, túque eum locum alienaueris & emptor opus fecerit, non eſt dicendum te hoc edicto teneri quaſi ſit neceſſe cùm ex operis noui nunciatione poſſim agere, non quidem contra te qui nihil feciſti, niſi quod rem alienaſti, ſed cum eo cui alienaueris licèt ei nunciatum non ſit. Atque ita reſpondit Iauolenus, in *d. l. vlt.*

R. dec. Non negat Caius in hoc §. poſſe agi ex noui operis nunciatione contra emptorem, in qua pugnaret certè cum Iauoleno, (nec enim vlla probabilis eſt conciliatio ex iis quas Accurſius vndique conquiſiit, quæ omnes commentitiæ ſunt, &, vt loquuntur, diuinatoriæ) ſed hoc tantùm ait. Poſſe & debere in huiuſmodi ſpecie locum huic edicto eſſe, quaſi neque tecum ex operis noui nunciatione agere poſſim, quia nimirum nihil feceris, neque cum eo cui id alienaueris, quia ei nunciatum non ſit: id eſt, quia dubitari non immeritò poteſt an aliqua contra te vel contra emptorem actio competant. Sufficit enim poſſe de illo dubitari, vt hæc actio ſi non prorſus neceſſaria, saltem vtilis eſſe poſſit: quia non leue incommodum eſt ſi quis per alium in eas anguſtias conniciatur, vt pro actione quam certam & indubitatam

bitatam

bitatam habebat, cogatur dubiæ & ancipitis actionis periculum ſubire, cui ſtatim proximum eſt damnum amiſſæ actionis competentis ſi alia electa ſit quàm quæ competebat, adeò vt ob eam cauſam fuerit neceſſarium introduci à prudentibus actionem præſcriptis verbis, *l. ſi gratuitam 17. in princ. l. Titius 34. ad fin. de praſcr. verb.* iunct. *leg. 1. commod. leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* At non poteſt dubitari quin actio competat, ſi eam eligere actor malit. Nec enim per alias quæ ordinario iure competunt excluditur tanquam extraordinaria, niſi cùm alias & competere certum eſt, & minùs habere vtilitatis vt diximus in §. *praced.* Illud planè verum dubitatum eſt quod Accurſius ex hoc §. colligit, ſi tibi ſub pœna promiſero non facere opus aliquod in ſolo meo, ſi alienem ſolum, & emptor id opus faciat, neque me, neque emptorem teneri, ex *leg. cùm filius 49. §. 1. de verb. oblig.* Non me, quia nihil feci quamvis promiſerim, non te, quia nihil promiſiſti, quamvis feceris. Sed non eſt bona collectio quæ fit ex hoc §. Nam in huius loci ſpecie verius eſt, quamvis non prorſus indubitatum poſſe agi ex noui operis nunciatione etiam contra emptorem, quamvis nunciatum ei non ſit nouum opus, quia nunciatio, vt dixi, in rem fit non in perſonam, *dict. leg. vltim.* At in ſpecie, quam Accurſius tractat nihil in rem factum eſt propter quod dici poſſit debere emptorem eſſe obligatum.

a *Te hoc iudicio teneri.* Rectè Accurſius ſic hoc explicat vt tenearis actione in factum ex hoc edicto quanti mea intereſt, hoc ipſum verò nihil aliud eſt quàm quantum ego conſequerer ſi ex noui operis nunciatione tecum agere ſine periculo poſſem, quomodo vtique poſſem ſi non alienaſſes.

4 ¶ Ex quibus apparet, quòd proconſul in integrum reſtituturum ſe pollicetur: vt hac actione officio tantùm iudicis conſequatur actor, quantum eius intereſt, alium aduerſarium non habuiſſe: fortè ſi quas impenſas fecerit, aut ſi quam aliam incommoditatem paſſus erit, alio aduerſario ſubſtituto.

Ad §. 4. Ex quibus.

Ratio dubitandi. Actio hæc neque bonæ Fidei eſt, neque arbitraria. Ergo ſtricta ſi Accurſio credimus (nam & Papinianus noſter in *leg. 3. §. in his, de vſur.* ſtricta iudicia non alio nomine vocat, quàm quæ nec arbitraria ſunt, nec bonæ Fidei.) Atqui in iudiciis ſtrictis non eſt locus officio iudicis, quia in iis iudex adſtrictus eſt formulæ, prætoris ſolúmque in actionibus bonæ Fidei & arbitrariis officio iudicis locus eſſe poteſt, *leg. quia tantundem 7. ſupr. de neg. geſt. leg. centum Capua 8. de eo quod cert. loc. leg. qui per colluſionem 49. §. de action. empt.* Ergo nihil eſt quod ex eiuſmodi actione conſequi officio iudicis actor poſſit.

Ratio decidendi. Eſt hæc actio arbitraria non quia ſuccedat, vt vult Accurſius in locum vindicationis quæ erat arbitraria, ſed quia ſic à prætore introducta eſt, vt arbitrio iudicis rei perſecutionem contineat, *leg. prox. §. vlt. infr. h. t.* Debet enim iudex ante omnia arbitrari vt priſtina iudicij cauſa reſtituantur, *leg. ex hoc edicto 8. in princ. infr.* quod niſi fiat, id eſt, ſi eiuſmodi arbitrio non pareatur, tum demum ſequitur condemnatio officio iudicis, id eſt, ex bono & æquo, quæ arbitrariarum actionum natura & definitio eſt, *§. praterea, Inſtit. de actio.* Et certè abſurdum eſt bonæ fidei vel ſtrictam actionem eam dicere, quæ non ex conuentione deſcendat. Hæc porrò non ea conuentione deſcendit, ſed ex facto eius qui dolo malo alienauit.

5 ¶ Quid ergo eſt, ſi is, aduerſus quem talis actio competit, paratus ſit vtile iudicium pati, perinde ac ſi poſſideret? rectè dicitur, denegandam eſſe aduerſus eum ex hoc edicto actionem.

Ad §. vlt. Quid ergo.

Ratio dubitandi. Qui rem meam cuius nomine videbat ſe rei vindicatione conuentum iri, dolo malo alienauit, recuſare non poteſt quominùs vtile iudicium vindicationis ſuſcipere cogatur, quia dolus pro poſſeſſione eſt, vt diximus in præcedentibus, ex *leg. qui petitorio 36. infr. de rei vindic. l. ſed etſi leg. 25. §. perinde de hared. pet. leg. parem 150. de reg. iur.* Ergo ſi verum eſt quod ſcribitur in hoc §. Quoties is aduerſus quem actio in factum ex hoc edicto alioqui competeret, paratus eſt vtile iudicium vindicationis pati acſi rem adhuc poſſideret, denegandam eſſe aduerſus eum ex hoc edicto actionem, conſequens omnino fiet, vt nunquam hæc actio locum habitura ſit: quod tamen euidenter falſum & abſurdum fuerit dicere.

Ratio decidendi. Multum intereſt an is, qui dolo malo alienaſſe dicitur, paratus ſit ſuſcipere iudicium vtile vindicationis, an verò ſuſcipiat inuitus. Nam vt ſuſcipiat inuitus cogi non poteſt niſi probetur poſſidere deſiiſſe dolo malo: quo probato indignus omnino eſt cui pareatur, quominus ex actione iſta quæ pleniſſimam indemnitatem affert, conueniatur, quia fecit duriorem aduerſarij conditionem in eo quod probandi doli neceſſitatem ei attulit, aut iure vindicationis vtilis exercendæ carendi. At ia qui paratus eſt iudicium vtile ſuſcipere hoc ipſo probat ſe nihil dolo malo feciſſe in alienanda ea re, cuius dolo malo alienandæ cauſa alia eſſe nulla poterat, quam ne eius nomine conueniretur. Et præterea indemnem ſeruat actorem, quia licèt rem quæ petitur amplius non habeat, vt poſſit eam reſtituere. Tamen nec ſi eam verè poſſideret, cogi adhuc poſſet vt inuitus reſtitueret, ſed liberaretur præſtando quanti actor ſua intereſſet iuraſſet in litem. Ex natura nimirum actio arbitrariæ vt docuimus, *lib. 16. Conſectur. & ad leg. arbitr. 18. ſupr. de dolo.* Sufficit ergo ad iudicium in eadem cauſa reſtituendum, quod vnum prætoris in hoc edicto propoſitum eſt, *leg. ex hoc edicto 8. in princ. inf. hoc tit.* vt paratus ſit pati condemnationem, niſi rem ipſam reſtituet, præſtandi quanti actor ſua intereſſe in litem iurauerit. Nulla ergo ratio eſt vt aliqua in factum actione lex hoc edicto teneatur: cum nulla in re duriorem fecerit actoris conditionem. Quod Accurſius non videtur percepiſſe. Nam quod ait non aliam huius loci rationem eſſe, quàm quia is qui ſe offert ſuſcipiendo vtili iudicio vindicationis exoneret actorem, ne cogatur probare factum fuiſſe dolo malo alienationem, falſum eſt. Non enim ideò parcendum ipſe eſt, quòd exoneret actorem, ſed quia offerendo ſe liti probat nihil à ſe dolo malo factum fuiſſe. Tantùm abeſt vt dolum aliquem fateatur, quomodo putat idem Accurſius qui ex eo hîc notat parci ſponte confitenti. Quaſi verò paria ſint, Paratum eſſe alienatorem vtile iudicium ſuſcipere, & fateri dolum. Sed fefellit Accurſium quod vidit, non alium poſſe conueniri vtili iudicio vindicationis quàm eum qui dolo malo deſierit poſſidere: Nec obſeruauit ad eum hoc pertinere, qui non niſi inuitus eo iudicio conueniatur, non etiam ad illum, qui paratus ſit iudi-

cium

cium vltro accipere. Qui inuitus accipit, neceſſe eſt vt dolum admiſiſſe probetur, quandoquidem aliter conueniri inuitus non poſſet. Qui verò ſe offert poteſt vtique iudicio iſto vtili rectè non conueniri etiamſi nihil fecerit dolo malo, cùm hoc ipſo potius probet dolum à ſe malum & abeſſe & ſemper abfuiſſe. Nec illud quoque verum eſt, quod addit ideo Accurſius, non impedire actionem ex hoc edicto ſi alienator dicat paratum ſe eſſe pati condemnationem quanti actor in litem iurauerit. Nam ſi verum eſt quod admittit ille, ſufficere ad actionem iſtam denegandam vt eadem iudicij cauſa reſtituatur, iam oſtendimus eandem omnino reſtitui etiamſi præciſa rei petitæ reſtitutio non offeratur. Denique quod addit huic actioni tum quoque locum eſſe debere, cùm nihil penitus habet vtilitatis, ridiculum eſt. Cur enim extraordinarium auxilium deferret prætor ei cui commune ſufficeret? Nam quod ait & actionem hanc in factum & iudicium illud vtile vindicationis dari ex æquitate, verum quidem eſt, ſed ad rem non pertinet, quia non eò minùs fatendum eſt ordinarium eſſe iudicium vtile vindicationis contra eum qui dolo malo deſiit poſſidere, extraordinariam verò eſſe actionem quæ competit ex hoc edicto. Dein ſupponit hæc ratiocinatio Accurſij non poſſe quem vltro ſuſcipere iudicium vtile vindicationis quin ſit in dolo adeóque dolum ſuum fateatur: quod vtrumque nos negamus. Etſi non inficiamur huius §. ſententiam ſicuti generaliter & indiſtinctè concepta eſt, ita ad eum quoque pertinere qui dolo malo alienauerit: ſed non inducit ea res hanc actionem, quæ vt locum habeat non modò interueniſſe dolum neceſſe eſt, ſed etiam probatum eſſe cùm præſumatur nunquam niſi probetur. Cuius porrò probandi nulla ſubeſt neceſſitas vel cauſa, cùm is qui dicitur dolo malo alienaſſe non conueniretur paratus eſt conueniri. Sed neque probari dolum ſufficit ſi non etiam probet actor ſua intereſſe. Nihil autem eius intereſt, cum is qui alienauit, iudicium vtile ſuſcipere paratus eſt vt oſtendimus. Quod autem adducit Accurſ. tanquam ſimile de minore qui non eò minùs reſtituitur contra eum cum quo contraxit quod habeat ordinariam actionem aduerſus tutorem ſuum vel curatorem, ex *leg. vlt. & tot. tit. C. ſi tut. vel curat. inter.* quàm diſſimile ſit quámque longè diuerſam rationem habeat, docuimus ſatis ad *tit. De minoribus.*

4. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ITem ſi res fuerint vſucaptæ ab eo, cui alienatæ ſint, nec peti ab hoc poſſint: locum habet hoc edictum.

Ad l. 4. Item ſi res.

Ratio dubitandi. Nihil intereſt an quid deperditum ſit, id eſt, in rerum natura eſſe deſierit, an verò diminutum, id eſt, vſucaptum fuerit, quia vtróque modo res perit domino. Vnde & iſta duo coniunguntur in Senatuſconſulto quod factum eſt de petitione hæreditatis, de quo in *leg. item veniunt 20. §. præter hæc & §. ait Senatus placere*, iunct. *leg. deperditum 21. de hæred. pet.* Quomodo etiam dicere ſolemus manumiſſionem morti comparari. Nempe ad ſubtrahendum domino ſeruum *leg. inter omnes 46. de furt. ſi mihi 29. de ſolut.* Atqui ſi res hæc quam ponimus dolo malo alienatam fuiſſe, periiſſet apud emptorem vtique actio hæc intercideret, *leg. prox. §. pen. infr. hoc tit.* Ergo & intercidere debet ſi res vſucapta ſit ab emptore quem ponimus bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe.

R. dec. Poteſt æquiparari vſucapta res ei quæ penitus deperdita & extincta fuit quantum ad hoc vt eius dominium priori domino eripiatur, ſed non in omnibus neque quantum ad hanc actionem. Euidens enim ratio diuerſitatis illa eſt, quod cum res alienata ſuo fato & ſine culpa emptoris, nihil poteſt intereſſe actoris penes quem res æquè fuerat peritura, aut, vt dicam meliùs penes alienatorem, ſi non fuiſſet alienata. Denique non perit propter alienationem quamvis perierit poſt alienationem. Atqui actio hæc non datur niſi ad id quod intereſt actoris, & quidem ob id quod alienatio facta ſit dolo malo. Mirum igitur non eſt ceſſare hanc actionem ſi alienata res deperdita ſit apud emptorem, *d. §. pen.* vbi dicam. At cùm alienata res fuit vſucapta ab emptore, non eò minùs verum eſt intereſſe actoris, & quidem propter alienationem, quia ſi alienatio nulla facta fuiſſet, vſucapio in perſona emptoris ſequi non potuiſſet. Non poteſt igitur vſucapio facere quominus huic actioni locus ſit, imò tantò magis quod poſt vſucapionem peti amplius nequit ea res quæ vſucapta fuit, ac proinde maneret in damno actor, ſi non ei per hoc edictum ſubueniretur. Sed nonne is qui alienauit æquè fuerat vſucapturus etiamſi non alienaſſet? Quid ergo intereſt actoris, omnimodo rem ſuam amiſſurus fuit per vſucapionem, nulla etiam facta alienatione? argument. *l. antep. ſupr. tit. prox.* An non potius imputare debet ſuæ negligentiæ, quod non interruperit vſucapionem, aut ſaltem quòd litem non fuerit conteſtatus? antequàm ea per emptorem compleretur? vt in *l. vlt. in fin. C. de his qui a non dom. manum. ſunt.* Reſpondeo poſſe multis caſibus euenire vt nihil poſſit imputari actori, cur tamen vſucapionis damnum contigerit propter alienationem quod alioqui non contigiſſet. Finge alienatam fuiſſe rem in eum qui vel potentior ſit, vel alterius prouinciæ vel tergiuerſator, vel vtiligator. Hæc enim ſunt quæ huic edicto locum facere ſolent. Quid poſſis imputare actori ſi aduerſus talem emptorem non egerit, acturus vtique contra alienatorem ſi non alienaſſet? Etſi enim cum emptore experiundi poteſtas fuit, non debet tamen ea res prodeſſe venditori qui dolum admiſit, vt in *l. 3. vi bonor. rapt.* quique ideò alienauit, vt vel nullo modo vel ſaltem non niſi cum incommodo agi aduerſus emptorem poſſet. Proinde non poteſt alienator actori taciturnitatem ſuam obiicere quomodo obiicitur, in ſpecie, *l. vlt. in fin. Cod. de his qui a non domin. manum. ſunt.* Cùm tacendi occaſionem ac pene neceſſitatem alienator ipſe dederit. Ideóque nec diſtinguendum eſt an cœpta eſſet necne vſucapio penes venditorem. Deinde quid ſi alienator malæ fidei poſſeſſor erat, ideóque vſucapere nunquam potuiſſet? Non enim conſequens ſtatim eſt, vt res ideò fiat furtiua. Siquidem furtiuam rem non facit ſola rei alienæ ſcientia, niſi etiam contrectatio accedat, iſque mobilis proponatur. Finge verò rem venditam immobilem fuiſſe, aut penes eum qui emit iam conſtitutam eius poſſeſſionem fortè ex cauſa depoſiti vel commodati ſi ponas eſſe rem mobilem, veriſſimum namque eſt, quod Accurſius defendit hoc edictum non minùs ad res mobiles, quàm ad immobiles pertinere. His igitur omnibus caſibus dicendum eſt locum eſſe huic edicto cùm interſit actoris propter alienationem ſi modò illa etiam duo concurrant, vt & dolo malo facta ſit alienatio, & iudicij mutandi cauſa. Sunt enim ſemper ſupponenda quoties de hoc edicto tractatur. At rurſus obſtare illud videtur, quòd cùm illa ſit vſucapio, quæ breuiore tempore quàm vnius anni ſpatio concludatur, hæc autem actio poſt annum non detur, *l. vel poſt annum 7. infr. eod.* non facilè dici poteſt quomodo dici poſſit dari hæc actio poſt completam vſucapionem. Neque enim negari poteſt, licèt Accur-

ſius

ſius neget, annum actionis huius currere ex die alienationis, cùm ex eo die incipiat actoris intereſſe, §. *item ſi locum l. prox. ſupr.* At nec illud dici poteſt, quod idem Accurſ. notat, conteſtatam fuiſſe litem ſuper actione ex hoc edicto competente, atque ita perpetuam. Id enim non modò commentitium eſt, ſed etiam alienum à verbis Vl. qui ponit locum eſſe huic edicto etiamſi res alienatæ iam vſucaptæ ſint, nec peti amplius poſſint. Itaque ponendum neceſſariò eſt, cœptam fuiſſe vſucapionem à venditore, vt potuerit compleri ab emptore ante finitum tempus, intra quod debet actio iſta exerceri.

a *Nec peti ab eo poſſint.* R. dub. Actio hæc ſubrogatur quodammodo in locum directæ vindicationis quæ hodie competeret aduerſus alienatorem ſi non alienaſſet. Non enim id agit prætor hoc edicto vt actionem aliquam ei det, qui nullam alioquin habiturus eſſet, ſed vt qui alium hodie aduerſarium habet, eúmque duriorem & difficilioris conuentionis, non cogatur aduerſus eum experiri tametſi poſſet ſi vellet, poſsitque eligere alienatorem quaſi non alienaſſet, *l. 1. C. hoc tit.* Atqui poſt completam ab emptore vſucapionem nulla vindicatio ſupereſt quæ ampliùs exerceri poſſit, nullus aduerſarius quem duriorem poſſis dicere, aut quem eligere, cùm inquietari amplius non poſſit. Ergo nec aliqua ex hoc edicto actio ſupereſſe poteſt, licèt antea competierit, necdum annus præterierit, qui ad eam exercẽdam datur.

Ratio decidendi. Facilius eſt vt extinguatur directa vindicatio, quæ potuit ante completam vſucapionem exerceri contra emptorem, quàm vt amittatur hæc actio quæ ex die alienationis cœpit competere aduerſus alienatorem. Emptorem enim ſua bona fides tuetur & auctoritas completæ vſucapionis, quæ non ſimiliter prodeſſe debet alienatori, qui & dolo malo alienauit, & per eam alienationem id egit ne vſucapio tam facilè poſſet interrumpi contra emptorem quàm potuiſſet interrumpi contra ipſum alienatorem, cùm videret ſe in eo eſſe vt iamiam conueniretur, ſi nòn alienaret. Tantò magis igitur eum teneri æquum eſt, vt ſarciat damnum quod vſucapio attulit, tanquam quod per alienationem quoq; contigerit, aut ſaltem propter alienationem. His ergo verbis dubitandi potiùs quàm decidendi ratio continetur. Nam quandiu res alienata peti adhuc poteſt, minùs dubitandum occurrit, quin edictum hoc locum habeat.

1 ¶ Itémque fieri poteſt, vt ſine dolo malo quidem poſſidere deſierit, verùm iudicij mutandi cauſa id fiat. Sunt & alia complura talia [a].

¶ Poteſt autem aliquis dolo malo deſinere poſſidere, nec tamen iudicij mutandi cauſa feciſſe [b], nec hoc edicto teneri: neque enim alienat [c], qui duntaxat omittit poſſeſſionem. Non tamen eius factum improbat prætor [d], qui tanti habuit re carere [e]: ne propter eam ſæpius litigaret, hæc enim verecunda cogitatio eius, qui lites exſecratur [f], non eſt vituperanda: ſed eius dumtaxat, qui cùm rem habere vult [g], litem ad alium transfert, vt moleſtum aduerſarium pro ſe ſubiiciat.

Ad §. 1. Itémque fieri poteſt.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis ſine dolo malo deſiit poſſidere, ſi tamen mutandi iudicij cauſa id faciat, non eò minùs deteriorem facit actoris conditionem, quæ ſcilicet non propter dolum ſit deterior, ſed propter alienationem quam hoc caſu ſecutam fuiſſe ponimus, & quam negari non poteſt eoſdem omnino effectus habere, quos haberet ſi dolus interueniſſet. Ergo etiam in hoc caſu dicendum eſt huic edicto locum eſſe debere. Alioqui falſum erit quod Caius dixit in *l. 1. ſupr.* omnibus modis id agere proconſulem, aut prætorem ne cuius deterior conditio fiat ex alieno facto.

Ratio decidendi. Is qui rem ſuam alienat quæ nondum litigioſa facta iure ſuo & communi vtitur, cùm permiſſa ſit ingenuo cuique, & libera rerum ſuarum alienatio, *leg. 2. ſi à parent. quis manum. ſit.* Proinde ſi dolo careat non putauit prætor contra eum dandam ex hoc edicto actionem, ex eáque cauſa doli mentionem fecit, vt ſcriptum eſt, in §. *Si quis autem infr.* Sed quid illud eſt quod ſequitur.

a *Sunt & alia complura talia.* An fortè quod vult Accurſius talia pleráque eſſe, id eſt, tales pleróſque caſus in quibus ceſſet edictum: Atquin hucúſque nullus talis caſus propoſitus eſt, ſed in omnibus præcedentibus dictum eſt edictum hoc locum habere, ſi modò excipias quod ſcriptum eſt, in §. *vltim. legis ſuperioris.* Et, quod præcipuum eſt, in ea ſpecie, quæ ex Vlpiano noſtro proponitur initio huius legis, an non diximus edictum hoc locum habere? Porrò dictio illa *itémque*, cùm ſit non modò coniunctiua, ſed etiam repetitiua, non aliam interpretationem recipere poteſt, quam id ipſum in hac ſpecie Vlpianus ſentiat, quod ſenſerat in præcedente, Edictum ſcilicet hoc locum habere. Nam in ſequentibus tantùm incipit afferre caſum, quaſi nouum quid & præcedentibus diſſimile, in quo ceſſet hoc edictum. Itaque vt quod ſentio eloquar, locum hunc valde corruptum eſſe, puto, & difficilis ſi quis tentare volet, emendationis niſi fortè noſtra placebit? Nam nec illud poſſum concoquere, quod ab Vlp. ſcriptum voluut. Poſſe fieri vt quis ſine dolo malo deſierit poſſidere, verum tamen iudicij mutandi cauſa id fiat: Nam ſtatim atque conſtat factam eſſe alienationẽ animo iudicij mutandi, quod ipſum nihil aliud eſt quàm eſſe factam iudicij mutandi cauſa, quis non videt factũ eſſe dolo malo, mala mente, & vt locutus eſt ſiue prætor ſiue Caius, in *l. 1. ſupr. h. t. data opera*, & in fraudem futuri iudicij? Nec enim alia edicti verba habemus, quibus poſſit conuenire quod ſcriptum legimus, in §. *ſi quis autem, infr.* fieri, in hoc edicto doli mentionem. Imò verò conſtat, ex *l. ex hoc edicto* 8. §. *ait prætor. infrà* contentum fuiſſe prætorem ſic edicere, *quæve alienatio iudicij mutandi cauſa facta fuerit:* Nempe, vt arbitror, quod de alienantis dolo ſatis expreſſum videretur iis verbis, *iudicij mutandi cauſa.* Vnde eſt quod in hoc titulo paſſim ea quæſtio. An huic edicto locus ſit, quaſi per æquipollentia verba ſic exprimitur. An alienatio facta ſit iudicij mutandi cauſa, vt in *d. l. ex hoc edicto* 8. §. *vltim. & l. ſeq. l. pen. & vlt. infrà.* Contendo igitur legendum eſſe in hoc §. *nunquam*, pro eo quod vulgò legitur, *itémque*, Nato, vt probabile eſt, errore ex literarum ſimilitudine quibus vtráque dictio ſcribi olim ſolebat quoties breuiùs ſcribebatur, cùm pro *nunquam*, ſcriberẽt librarij *nunque*, (hac enim poſtrema nota pro littera *m*, paſſim vtebantur) ex quo facilè potuit conflari dictio, *itémque*, ab iis præſertim qui poſtremã ſyllabam ita vt oſtendimus ſcriptam non pro *quam*, ſed pro *que*, acceperunt. Quod verò ſequitur, *ſunt & alia complura talia*, lego per parentheſim, & ſic intelligo vt his verbis ſignificare velit Vlp. multa eſſe alia huiuſmodi, quæ ſcilicet non conuertuntur. Qualia hæc ſunt de quibus agimus, *Alienare dolo malo*, & *Alienare iudic. mut. cauſa.* Nam quiſquis alienat iudicij mutandi cauſa, is quidẽ aut dubiè dolo malo alienat, ſed non contrà, iudicij mutandi cauſa alienat quiſquis alienat dolo malo. Et conſequenter ſi probetur facta eſſe alienatio iudicij mutandi cauſa, indubitatè locus eſt huic edicto, tanquam probato per hoc ipſum dolo malo. At ſi è cõtrario probatum ſit alienationem factã eſſe dolo malo, non ſtatim conſequens eſt vt locus ſit huic edicto. Niſi etiam aliud probetur, quod facta ſit iudicij mutandi cauſa. Non enim dolum quem-

libet hoc edicto coërcet prætor, ſed eum dumtaxat qui admiſſus ſit ob hoc vt iudicium mutaretur. Lego autem verba ſupradicta per parentheſim ne interrumpant contextum antitheſis in cuius medio poſita reperiuntur. Quæ antitheſis exprimitur iis verbis. *Poteſt autem* vbi dictio illa *autem* non ſtat coniunctiuè, ſed aduerſatiuè pro *tamen* vt alibi paſſim. Neque ſanè dubito quin ita Vlpianus noſter in hoc paragrapho & ſcripſerit, & ſenſerit.

b *Nec tamen iudicij mutandi cauſa feciſſe.* Ratio dubitandi. Iudicium vindicationis non datur niſi contra poſſeſſorem, *l. qui petitorio 36. de rei vindicat.* Ergo fieri nequit vt deſinat quis eſſe poſſeſſor, quin hoc ipſo iudicium mutetur, nec proinde quin habeat huic edicto locus eſſe.

Ratio decidendi. Mutatur quidem cauſa futuri iudicij vindicationis mutato poſſeſſore, etiamſi ſola poſſeſſio ſit omiſſa, non item proprietas alienata. Sed non ideò conſequens eſt vt huic edicto locus ſit, quia prætor non de ſola mutatione iudicij edixit, ſed de alienatione facta iudicij mutandi cauſa. Cùm autem omittitur tantùm poſſeſſio nulla alienatio eſt, quoniam alienatio dicitur is demum actus per quem dominium transfertur, *l. 1. C. de fun. dot.* Nihil autem commune habet dominium ſeu proprietas cum poſſeſſione, *l. naturaliter 12. §. nihil commune infra de acquir. poſſeſ.* Niſi quod regulariter dominium transfertur per poſſeſſionem, *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poſſeſſione.* At non ideò poſſis dicere transferri ſemper dominium per translationem poſſeſſionis. Nam & hoc ex eorum genere eſt, quæ non conuertuntur, de quibus ſupra dicebamus. Non poteſt transferri dominium ſine poſſeſſione, niſi certis & per paucis caſibus, de quibus in *leg. 1. §. vltimo lege ſecunda & tertia de publician. in rem action.* At poteſt facilè transferri poſſeſſio ſine dominio, vt euenit in pignore, vſuſfructus conſtitutione, aliiſque ſimilibus, *dict. leg. naturaliter in principio, lege cùm & ſortis 35. in fin. de pignor. action.*

b *Neque enim alienat.* Ratio dubitandi. Eſt etiam dominium quoddam poſſeſſionis, ſi Cuiacio credimus ita interpretanti, quod de dominio rerum hæreditariarum per bonorum poſſeſſionem acquirendo ſcriptum eſt, in *lege prima de bonorum poſſeſſione.* iuncta *lege ſi finita 15. §. Iulianus de damno infect.* Ergo is etiam alienare credendus eſt qui omittit duntaxat poſſeſſionem. Atque ita ſcriptum eſt, in *paragrapho proximo ſequenti*, ex Pedij ſententia non ſolùm ad dominij, ſed etiam ad poſſeſſionis translationem hoc edictum pertinere.

Ratio decidendi. Aliud eſt deſinere, & quod idem eſt, ſimpliciter omittere poſſeſſionem, aliud verò cedere poſſeſſione, id eſt, poſſeſſionem in alium transferre. Qui ſimpliciter deſinit poſſidere, nihil alienat, quia nec quicquam in alium transfert, ſed tantùm poſſeſſionem ſuam omittit, & amittit. Atqui poſſeſſione cedit, cùm eam in alium transferat, alienat ſcilicet poſſeſſionem: Alienationis enim appellatione in hoc edicto, omnis translatio non tantùm dominij, ſed etiam poſſeſſionis continetur, vt dicemus ad §. ſequentem. Hîc ergo incidit in edictum, ſuperior non item, & ita bene Azo hunc locum explicuit & meliùs quàm Accurſius, qui poſſeſſionem duntaxat omittit, hoc edicto non teneri ſic accipit vt directa quidem actione non teneatur, ſed vtili tamen teneatur: quod abſurdum eſt. Ita enim legem Vlpianus dixiſſet verbis non rebus. Illud tamen nolo prætermittere, quod in dubitandi ratione diximus de domino poſſeſſionis ex opinione Cuiacij commentitium eſſe, & leges in hanc rem citatas, non de poſſeſſionis, ſed vt verba clarè probant, de rei ipſius dominio accipi oportere, ſed de bonitario tantùm non etiam de quiritario, vt alibi contra virum doctiſſimum à nobis diſputatum eſt.

c *Non tamen eius factum improbat prætor.* Subobſcura eſt huius verſiculi continuatio cum præcedentibus. Videtur enim Vlpianus his verbis innuere dari à prætore actionem in præcedente caſu, in quo tamen è contrario dixit edictum hoc locum non habere. Itaque hæc verba refert Accurſius, non ad proximam & immediatè præcedentem ſententiam, ſed ad ſuperiorem, acſi ſcriptum eſſet, quamvis ſupra dictum ſit eum teneri, qui cauſa mutandi iudicij alienat, tamen quandóque ſecus eſſe. Quod tamen quale ſit, non poſſum intelligere qui video Accurſium præcedentia omnia huius §. ſic intelligere vt non ſit locus edicto. Dicendum igitur, fatendumque eſt opponi hunc caſum proximè præcedenti in quo actum eſt de eo, qui dolo malo poſſidere deſiit, non tamen iudicij mutandi cauſa, & diuerſum eſſe à præcedente, non quidem in eo quod pertinet, ad cauſam huius edicti (eſt enim hoc vtrique caſui commune, vt in neutro caſu locus ſit edicto, id eſt, ſiue quis dolo malo deſierit poſſidere, non tamen iudicij mutãdi cauſa, ſiue nullo dolo interueniẽte ob id ſolum omiſerit poſſeſſionem, quod tanti haberet re carere, ne propter eam ſæpiùs litigaret) ſed in eo quod non improbat prætor factum eius qui lites execratus verecunda cognitione ad id impellitur, vt poſſidere deſinat, improbat autem factum illius qui dolo malo deſinit poſſidere, quamvis non mutandi iudicij cauſa id faciat: quia, nunquam poteſt prætor probare factum in quo dolus interuenit, nec facilè patitur dolum impunitum remanere, & alteri nocere. Nec quod dolus ille huic edicto locum non facit, poteſt dolo ſo afferre ſecuritatem cùm huiuſmodi actione ceſſante ſuperſit famoſa actio De dolo per quam longè ſeuerius vindicari dolus poſſit, actorique indemnitas præſtari.

d *Tanti habuit re carere.* Non donandò eam rem, vt malè interpretatur Accurſius: id enim ad cauſam huius edicti ſine dubio pertineret, ſed rem ipſam derelinquendo, vt in *l. prætor ait 7. §. vnde quæritur de dam. infect. & in l. vltim. Cod. de acquir. poſſeſſ.* Etſi enim qui rem pro derelicto habet vt non minùs dominium amittit quam poſſeſſionem quia eſt ille vnus ex modis amittendi dominij, & quidem ex iure gentium, *§. qua ratione Inſtit. de rer. diuiſ.* cùm tamen de illo tractemus qui dominus non fuit verendum non eſt ne dominium amiſerit, *l. non videntur rem amittere 83. de regul. iur.* Iunge *l. illud quoque 7. §. quid tamen de tribut. action.*

e *Qui lites execratur.* Quibus nihil eſt odioſiùs bono legiſlatori vt & probo cuilibet viro, quia nec quicquam reipublicæ pernicioſius eſt, per quas omnium ciuilis concordia cuius ſolius vinculo ſolus reipublicæ continetur, ſi non prorſus extinguitur certè non parum labefactatur, familiarúmque etiam ampliſſimarum patrimonia extenuantur, profligantur, & exhauriuntur. Hinc fauor tranſactionum iuſiurandi, & rerum iudicatarum, quibus potiſſimum auxiliis litibus finis imponi ſolet, *leg. 1. & 2. de iureiur. l. fratris 10. & paſſ. Codic. de tranſact. l. ſingulis 6. infr. de except. rei iudic.* Hinc quod dici ſolet ad officium ius dicentis maximè pertinere, vt lites diminuat, *l. quidam 21. de rebus credit.* Item intereſſe litigatoris vtriuſque, id eſt, etiam illius qui vincitur vt quamprimùm lis per ſententiam iudicis terminetur, *l. 1. C. de adminiſtr. tutor.*

f *Cum rem habere vult.* Intellige cum Accurſio *aut pretium rei.* Qui enim vendit is rem quidem ipſam habere non vult, cùm aliud ſit res, aliud verò rei æſtimatio, *leg. ſi alij 42. §. 1. de vſufruct.* ſed tamen pretium rei pro ipſa re habere vult, & cùm pretio fruatur non minùs rem habere intelligitur, quàm ſi eam non vendidiſſet, *leg. quia qui precio 39. eodem leg. ſi & rem 22. de hered. petit. leg. ſed ſi quis 33. & ſeq. infr. de pecul.* Sed adde quod Accurſius non addit, *aut quid aliud ſimile quod rei loco ſit*, vt eum quoque hoc edicto comprehendi

intelli

intelligas qui mutandi iudicij cauſa rem donauit. Nam & hic lucrum aliquod ex donatione ſentit, cùm lucri ſpecies ſit acquirere ſibi beneficij debitorem, *l. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* propter obligationem naturalem, & ad ἀντίδωρα, cuius vinculo erga donatorem ſuum obſtringitur is, qui accipit donationem, *l. ſed etſi leg. 25. §. conſuluit. de petit. hered.* Denique tranſlatio omnis hoc edicto continetur, vt ſubijcitur in §. ſed quocunque tandem iure ac titulo facta ſit, nec alij excipiuntur, quàm qui poſſeſſionem ſuam ita omittunt, vt eam tamen in alium non transferant. Cæteris enim omnibus conuenit generalis ratione edicti de qua in *l. 1. ſupr.*

2 ¶ Pedius libr. 9.

NOn ſolùm ad dominij tranſlationem hoc edictum pertinere ait, verùm ad poſſeſſionis quoque: alioquin, eum quo in rem agebatur [a] (inquit) ſi poſſeſſione ceſſit, non tenebitur.

Ad §. 2. Pedius.

R. dub. Ait prætor. *Quæve alienatio iudicij mutandi cauſa facta fuerit, l. hoc edicto 8. §. 1. infrà hoc tit.* Atqui alienationis nomine is demum actus continetur, per quem dominium transferatur, *l. 1. C. de fund. dotal.* Ergo non ad poſſeſſionis, ſed ad dominij duntaxat tranſlationem hoc edictum pertinere poteſt.

Ratio decidendi. Ea quidem propria huius dictionis ſignificatio eſt. Sed tamen ſumitur interdum etiam aliter, & generaliùs pro qualibet tranſlatione quæ ab alio in alium fiat, quod & nominis etymologia oſtendit: Quo ſenſu etiam poſſeſſionis alienatio dici poteſt. Et ita ſumitur in Iuſtiniani conſtitutione quæ extat in *leg. vltim. Cod. de reb. alien. non alien.* Multò magis in hoc edicto, in quo cùm de iis maximè agatur qui rem alienam poſſidentes eam alienant ne directa rei vindicatione conueniri poſſint, vix potuit alienationis nomen niſi hoc ſenſu vſurpari, cùm alioqui non poſſit fieri vt dominium alienet is qui dominus non fuit, vt iam diximus, *leg. ex hoc edicto 8. §. alienare infr.* nec rurſus vt quicquam videatur intereſſe actoris vindicaturi, quod per hanc actionem conſequi poſſit, ſi calumniator ſit non dominus, *§. penult. infr. hac lege.* Ergo quod hic dicitur ad dominij quoque tranſlationem edictum hoc pertinere, ſic accipiendum videtur acſi ſcriptum eſſet ad eas alienationes pertinere, quæ factæ ſint per id genus contractus ex quo transferri potuiſſet dominium ſi fuiſſet penes alienatorem. Aut potiùs ad eos caſus reſtringendum, in quibus actor non fuerit rem vindicaturus iure dominij, & directo, ſed ex qua alia cauſa, vt putà iure pignoris & hypothecæ, aut ſi acturus erat ad exhibendum, ad proponendum poſtea interdum, aut denique alia qualibet actione in rem, ſiue directa, ſiue ſcripta: Nam vt his omnibus caſibus huic edicto locum eſſe putem poſt Accurſ. facit ratio generalis huius edicti, quæ omnibus actoribus fauet ſi modò ipſorum interſit. Nemo autem dubitat quin poſſit actori intereſſe etiamſi dominus non ſit, cùm poſſit eſſe creditor, aut quod aliud ius in re ipſa habere. Et hanc poſteriorem interpretationem magis probo. Iunge *legem poſt venditionem 16. de aqua & aqua pluuia arcend.*

a *Alioquin is cum quo in rem agebatur.* Senſus eſt, ſi hoc edictum de ſola dominij, non etiam de poſſeſſionis tranſlatione intelligeretur, fore vt is qui à domino directa rei vindicatione conueniretur, nunquam hoc edicto teneri poſſet, etiamſi dolo malo & mutandi iudicij cauſa rem ab eo alienatam fuiſſe conſtaret, quia ſcilicet non dominium, ſed ſolam poſſeſſionem transferre potuiſſet is, qui dominus non fuiſſet. Quod tamen abſurdum certè eſſet, cùm propter vindicationes maximè hoc edictum à prætore propoſitum eſſe videatur, *leg. vnic. Cod. hoc tit.* Ex eo autem bene ſequitur quod proximè diximus poſt Accurſium, huic edicto locum eſſe in alia quacunque actione quæ ſit vel ſcripta vel directa in rem: Alioqui nunquam eſſet locus huic edicto ex ea parte quæ pertinet ad dominij quoque tranſlationem.

a *Agebatur.* Ratio dubitandi. Hoc edictum non pertinet ad alienationem factam mutandi iudicij quod iam ſit, ſed tantùm futuri cauſa, *leg. ex hoc edicto 8. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo non eſt quòd hîc tractemus de reo cum quo iam agebatur, ſed de eo tantùm cum quo acturus quis erat. Actio ſiquidem nulla eſt niſi ex die litis conteſtatæ & iudicij accepti.

Rat. decid. Omnium actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur quæ eſt de in ius vocando, *§. omnium Inſtit. de pœn. temer. litig.* Ergo ſtatim atque reus in ius vocatus eſt verum eſt incipi cum eo agi, tametſi nondum actio data ſit à prætore nec iudicium ab eo dictatum, quod non fit niſi poſt litem apud prætorem conteſtatam.

e *Si poſſeſſione ceſſit.* Id eſt, ſi per rei alienationem tranſtulit in alium poſſeſſionem. Non autem ſi ſimpliciter poſſeſſionem ſuam omiſit, aut dereliquit. Sic enim hic locus accipiendus eſt, ne alioqui pugnet cum §. præcedente vbi dixi: quod Placentinus ab Accurſ. hîc relatus non intellexit.

3 ¶ Si quis autem ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes neceſſarias litem in alium tranſtulerit, in ea cauſa non eſt, vt hoc edicto teneatur: cùm in hoc edicto doli mali fiat mentio. Cæterùm [a] erit interdictum & per procuratores litigare, dominio in eos plerúmque ex iuſta cauſa tranſlato [b].

Ad §. 3. Si quis autem.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis ob valetudinem aut ætatem, aut occupationes neceſſarias litem in alium transfert, perinde euenire neceſſe eſt, vt iudicium mutetur, acſi facta eſſet alienatio iudicij mutandi cauſa, tantundémque damni & incommodi ex eiuſmodi alienatione actor ſentit quantum ſi alienator in dolo fuiſſet. Ergo etiam hoc caſu locus eſt edicto. Quid enim actoris intereſt an dolo an alio quolibet facto aduerſarij incidat in captionem? Neque verò prætor hoc edicto id tantùm agit ne ex dolo vnius fiat deterior conditio alterius, ſed generaliùs, ne cuius conditio deterior fiat ex alieno facto, vt ſcriptum eſt, in *l. 1. ſuprà.*

Ratio decidendi. Non datur hæc actio pœnam mutati iudicij, ſed in pœnam alienationis quæ facta ſit iudicij mutandi cauſa, id eſt, data opera in fraudem actoris, ac proinde dolo malo, id enim eſt quod ſubijcit Vlpianus in hoc edicto fieri doli mentionem, non quod de dolo quicquam prætor expreſſerit, vt conſtat ex *leg. ex hoc edicto 8. §. 1. infra.* Sed quia nunquam fieri poteſt vt ſine dolo malo deſierit poſſidere is, qui deſiit iudicij mutandi cauſa, vt dixi ad paragraphum primum huius legis. Atqui in caſibus huius paragraphi, id eſt, cùm quis ob valetu-

dinem, aut ætatem, aut occupationes neceſſarias litem in alium tranſtulit, non poteſt videri id feciſſe iudicij mutandi cauſa, ſed potiùs ex neceſſitate: quanquam probabilem fuiſſe alienationis cauſam ſatis eſt, vt huic edicto locus non ſit quamvis non fuerit neceſſaria.

a *Ceterùm* pro *ceteroquin*. Id eſt, alioqui vt Accurſ. interpretatur. Senſus eſt ſi adeò diſtrictè hoc edictum accipi deberet, vt quælibet alienatio per quam iudicium mutaretur, interdicta eſſet, etiam quæ neceſſariam, aut ſaltem iuſtam & probabilé cauſam habuiſſet, Fore vt neque per procuratorem poſſet quis litigare, cùm litis dominium in eos transferri neceſſe ſit, ns ſcilicet per conteſtationem dominis effectis, vt ſcriptum eſt, in *leg. procuratorib.* 22. *& ſeqq. C. de procurat.* ſic enim locum hunc intelligo, non vt Accurſius de procuratoribus in rem ſuam conſtitutis. Quanquam & hi proprię appellari procuratores poſſunt, repugnante licèt Accurſio, & tales procuratores non tantùm actor conſtituere poteſt, ſed etiam reus, *leg.* 3. *infr. famil. erciſc.* Nec illud rurſus nego quod vult Accurſius, etiam actorem poſſe incidere in hoc edictum, ſi fortè iudicij futuri mutandi cauſa tranſtulerit actionem in alium, vt moleſtiorem aduerſarium ei daret contra quem agere deſtinabat. Nulla enim ratio eſt hac parte minùs reo faueamus quàm actori, vt nec in aliis edictis ſolet ſi quando poſſint actori conuenire perinde ac reo, *l.* 1. §. *non ſolum ſupr. ſi quis ius dicent. non obtemp.* Vnde eſt quod pragmatici Galli notant *legem Per diuerſas* 34. *Codic. mandat.* quæ in Sabaudia viget, abrogatam eſſe in Gallia præterquam in duobus, quorum vnus eſt ſi ceſſa ſit actio in potentiorem, alius eſt ſi facta ſit ceſſio iudicij mutandi cauſa edicti partem, nihilne igitur refert an reus, an actor incidat in hoc edictum? Imò refert quàm maximè. Reus enim ſi incidat condemnatur quanti intereſt actoris, §. *vltim. infr.* Actor verò ſi incidat non ideò condemnatur, ſed hanc facti ſui pœnam patitur, vt neque ceſſionarius experiri volens, audiatur *l. vlt. in fin. infr. hoc tit.* vbi dicam.

b *Dominio in eos plerùmque ex iuſta cauſa tranſlato.* Corruptus mihi videtur hic verſiculus ab imperito aliquo interprete, qui cùm exiſtimaret, ſiue ante, ſiue poſt Accurſium, non de aliis procuratoribus locum hunc poſſe intelligi, quàm qui in rem ſuam conſtituti ſint, videret autem nihil eſſe neceſſe, vt is qui per procuratorem litigare vult, eum idcirco conſtituat procuratorem in rem ſuam, & rurſus quoties reus rem vendit aut alio contractus genere alienat aduerſus hoc edictum, fieri tamen eum, qui rem acquirit, procuratorem in rem ſuam addendam exiſtimauit dictionem, *plerùmque*, & ſubiode tanquam vice interpretationis, *ex iuſta cauſa*, quaſi vetendum alioqui eſſet, ne hoc prætexto conſtituendi paſſim procuratoris in rem ſuam, fierae fraus huic edicto niſi temperamenta illa ſubiicerentur. At non ita eſt. Generalem eam rationem affert Vlpian. voluit, cur non ſit dicendum ad edictum hoc pertinere, alienationes quaſcunque etiam ex neceſſaria vel probabili cauſa factas. quoniam (inquit) alioquin eueniet vt nec permittendum eſſet reo per procuratorem litigare, quia nunquam id fieri poteſt quin neceſſe ſit procuratorem fieri dominum litis per conteſtationem. Nec proinde niſi fruſtrà & ineptè poſſis hîc addere verba illa, *plerùmque ex iuſta cauſa*, cùm dari caſus nullus poſſit in quo id non eueniat. Atqui nemo negauerit iniquum fore ſi prohibeatur reus litigare per procuratorem. Eſt enim vſus procuratorum plerùmque neceſſarius, non minùs ad defendendum quàm ad agendum, *l.* 1. §. *pen. l. filiuſf.* 8. *verſ. ad defendendum, ſupr. de procurat.* Ergo edictum hoc prætoris neceſſariò intelligendum eſt cum illo temperamento, niſi iuſta & probabilis, ac multò magis, niſi neceſſaria cauſa ſit litis in alium transferendæ. Longéque aliud eſt transferri litem in alium quomodo transfertur in procuratorem ſimplicem quemlibet per litis conteſtationem, aliud verò transferri rem ipſam de qua lis eſt, quæ non transfertur in alium procuratorem, quàm qui in rem ſuam fuerit conſtitutus. Sicut & aliud eſt, Dominium litis, aliud autem dominium rei in litem deductæ. Procurator quilibet fit omnino dominus litis ex die conteſtationis, at non fit dominus rei & negotij, ne quidem per rem iudicatam, ob idque in executione iudicati, neque agere ipſe, neque conueniri, nec rurſum ei ſolui poteſt, *leg. hoc iure* 86. *de ſolut.* Procurator verò in rem ſuam conſtitutus æquè dominus quidem fit litis ſi litem ipſe conteſtetur, ſed fit dominus rei & negotij, priùs etiam quàm ſit litem conteſtatus. Porro edictum hoc non tam proſpicit aduerſus tranſlationem dominij, quàm aduerſus tranſlationem litis. Hæc enim tranſlatio & alienatio eſt quæ iudicij futuri cauſam mutat, non illa.

4 ¶ Ad iura etiam prædiorum hoc edictum pertinet: modò ſi dolo malo fiat alienatio [a].

Ad §. 4. *Ad iura.*

Ratio dubitandi. Is demum hoc edicto tenetur qui eius rei de qua conueniebatur, vel dominium tranſtulit in alium, vel poſſeſſionem, §. *Pedius ſupr.* Atquin ſi conſtitueris ſeruitutem, ſiue realem, ſiue perſonalé prædio, quod ego à te petere volebam, neque dominium prædij transfers, neque poſſeſſionem. Seruitus enim cùm in iure conſiſtat ſola conuentione poteſt conſtitui tantùmque abeſt vt dominij vel poſſeſſionis tranſlationem exigat, vt è contrario confuſione amittatur ſeruitus, ſi is cui debebatur cœperit eſſe dominus fundi ſeruientis, quia nemini res ſua ſeruit, *l.* & *paſſ. infr. quem. ſeruit. amitt.* Ergo quamuis ſeruitutem alij conſtitueris, ex hoc tamen edicto non teneris, cùm prætor omnimodo exigat alienationem, *l. ex hoc edicto* 8. § *ait prætor infr. hoc. tit.* quæ porro nulla poteſt eſſe quin ſit vel dominij, vel poſſeſſionis.

R. dec. Iura prædiorũ nihil aliud ſunt quam ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l. quid aliud* 86. *de verb. ſign.* Proinde quoties ſeruitus quæ ſiue realis ſit ſiue perſonalis ius prædij ſemper eſt cùm à prædio debeatur, vicino venditur aliéve conſtituitur, ipſum quoque prædium quod ſeruire incipiat, alienari ex parte intelligitur, *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* quia fit deterius ſi conſtituta ſit ſeruitus ab eo qui habuerit ius conſtituendi, quomodo conſtitutam eſſe ponendum eſt, alioquin inutilis & nullius momenti eſſet ſeruitutis conſtitutio quam à non domino factam eſſe conſtaret. Niſi quòd hoc etiam caſu negari non poteſt quin fiat deterior mea conditio, quia poſt conſtitutam à te quamvis inutiliter ſeruitutem fundo non tuo, ſed meo quem ego à te petere volebam, nouus mihi ſuboritur aduerſarius, qui vt ſeruitutem ſibi conſtitutam tueatur, neceſſe habebit ius meum negare, ſibique fundi dominium aſſerere, quæ res eadem affert mihi incommoda, quæ ipſius fundi alienatio afferre potuiſſet. Atque ita primùm Accurſius hunc locum interpretatur. Sed tamen ne hanc interpretationem omnino probare poſſim, illud facit quod etſi huiuſmodi, ſeruitutis conſtitutio per fundi poſſeſſorem facta ſiue dominus illud ſit, ſiue non ſit incommodum omni aduerſarij actori affert, non tamen efficit vt iudicium mutetur, quis non eò minus tenebitur poſſeſſor ſuſcipere iudicium vindicationis ſi conueniatur, cum nil obſtante ea ſeruitutis conſtitutione & dominus remanſerit & poſſeſſor. Erit ergo conuenientius meo iudicio, vt hunc §. intelligamus de alienatione prædij ſeruientis per eum facta cuius prædium debeat, quam dominus

nus fundi dominantis ſit eo errat, vt vindicaret. Hoc enim caſu quamuis de fundi dominio, vel poſſeſſione nulla lis moueretur, quæ dubitandi ratio eſſe poterat, non eò minùs tamen videri poteſt facta fundi alienatio iudicij mutandi cauſa, quia non magis de ſeruitute à fundo debita quàm de fundo ipſo litigari cum alio poteſt, quàm cum fundi poſſeſſore: ſiquidem ſeruitus ipſa nihil aliud eſt quàm ipſum prædium qualiter ſe habens, vt iam diximus, ex *dict. leg. quid aliud.* Neque verò poteſt alienari ſeruitus, ſiue paſſiua, ſiue actiua, quin alienetur prædium à quo vel cui ſeruitus debetur. Et hoc quoque tandem Accorſius ſentire videtur: quia nec malè addit, idem eſſe in iure emphyteutico, quod dictum eſt in ſeruitute. Nam & emphyteuſis ius prædij eſt, *l. 1. ſi ager vectig. vel emphyt. petat.* Seruitutes omnes ſunt iura prædiorum, *Inſtit. de reb. corpor. & incorpor.* Sed non è conuerſo iura omnia prædiorum ſunt ſeruitutes. Hic autem locus non tantùm ſeruitutibus, ſed etiam de iuribus omnibus prædiorum, & loquitur & intelligendus eſt. Et conſequenter etiam de ſuperficie, *l. 1. de ſuperficiebus.*

a *Modo ſi dolo malo fiat alienatio.* Id eſt, iudicij mutandi cauſa. Nam quibus caſibus non daretur actio ei qui fundum ipſum erat vindicaturus multò minùs danda eſt ei qui de ſeruitute tantùm fuerat iudicium aduerſario dictaturus.

5 ¶ Hæc actio in id, quod intereſt, competit proinde ſi res non fuit petitoris [a]: aut ſi is qui alienatus eſt, ſine culpa deceſſit [b], ceſſat iudicium: niſi ſi quid actoris præterea interfuit.

Ad §. 5. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Actione iſta vindicatur dolus eius qui alienauit in fraudem aduerſarij & iudicij mutandi cauſa, vt dictum eſt, in *§. prox. & præcedente*, ergo ne impunitus dolus remaneat dicẽdum eſt huic edicto locum eſſe debere, tametſi actor ſit calumniator, vt in *l. pen. §. 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

Ratio decidendi. Hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutionem arbitrio iudicis continet, *§. prox. infr.* Ergo neque alij competere poteſt quàm ei cuius intereſt, neque ad aliud, quàm ad id quod intereſt. Ea demum námque actio rei perſecutoria eſt, per quam, perſequimur quod nobis abeſt, ex patrimonio, *l. in honorarijs 35. de oblig. & actio.* Nihil autem habeſt ei cuius nihil intereſt, cum appellatione eius quod intereſt contineatur, & quod actori abeſt, & quod lucrari potuit, *leg. ſi commiſſa 13. rat. rem haber.* Porrò quatenus interſit in facto non in iure conſiſtit, *l. quatenus 24. de reg. iur.* fierique poteſt vt interſit ratione expenſarum duntaxat aut alienorum incommodorum, *l. 3. §. ex quib. ſupr.* Aut etiam ratione ipſius rei ſi malit actor eligere alienantem quàm eum in quem facta eſt alienatio, *l. 1. C. h. t.* Eo namque caſu ſemper tanti ſaltem intereſt quanti res eſt, plerúmque autem id quod intereſt egreditur verum rei precium, *leg. 1. de action. empt. leg. in interdicto 9. vnde vi.* putà ſi æſtimetur res per iuſiurandum in litem, *leg. 1. de in lit. iurand.* Etſi autem in huiuſmodi actione non iuratur in litem, quia in litem, quia in futurum actio eſt, *l. 1. ſup.* & conſequenter non in rem, ſed in perſonam & directa & ſcripta in quo actionum genere nunquam iuratur, niſi cùm agitur de fide rupta *leg. ei apud quem 5. infr. depoſ.* quod hîc non euenit. Attamen in hac quoque actione tanti condemnandus eſt reus, quanti ex iureiurando in litem præſtito condemnari in iudicio vindicationis potuiſſet ſi rem neque alienaſſet, neque reſtituere domino voluiſſet. Alioqui non afferret pleniſſimam indemnitatem quam tamen afferunt omnes partes edicti generalis. De in integrum reſtitutionibus. Denique generaliter definiendum eſt in eadem penitus cauſa conſtituendum eſſe actorem quæ futura eſſet ſi alienatus fundus non fuiſſet, & in ſpecie, *leg. ſi quando 109. §. 1. & l. ſi fundum 92. de leg.*

a *Proinde ſi res non fuit petitoris.* R. dub. Poteſt fieri vt res alienata non ſit petitoris, nec eò minùs tamen eius interſit, forte ſi petitori obligata fuit iure pignoris, aut ſi fundus alienus ſeruitutem debuit actori, vel prædio actoris, aut aliud ius quodlibet: quibus omnibus æquè locus eſt huic edicto, vt diximus ad *§. prox.* & ad *§. non ſolùm ſupr.* quia his omnibus caſibus poteſt alienatio fieri in fraudem actoris & iudicij mutandi cauſa. Ergo ſupernacua, & inepta eſt diſtinctio illa, an res petitoris fuerit, necne.

R. dec. Hic locus intelligendus eſt de eo petitore qui non alio quàm dominij iure fuerat rem vindicaturus. Nam & petitoris magis propriè dicitur, qui vindicat, & vindicationes ſpeciali nomine petitiones appellantur, *l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. ſignif.* Cæterùm ſi non vindicaturus actor fuit, ſed vel ad exhibendum acturus, vel quaſi Seruiana, vel confeſſoria aut negatoria actione, non illud inſpiciendum erit, an res fuerit petitoris, ſed an ius illud habuerit, cuius nomine acturus fuit. Nam ſi habuit vtique eius intereſt, quod ſufficit vt ex hoc edicto agere poſſit, dummodò illud etiam concurrat vt alienatio facta ſit iudicij mutandi cauſa. Vnóq; tantùm caſu impunitus eſt dolus poſſeſſoris etiamſi alienauerit iudicij mutandi cauſa. Nimirum ſi nullomodò actoris interſit, quod vix aliter euenire poteſt quàm ſi probetur calumniator, vt in *d. l. pen. §. 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

b *Aut ſi is qui alienatus eſt ſine culpa deceſſit.* Ratio dubit. Etiam cùm res petita perit ſine culpa poſſeſſoris, tametſi videatur æquè peritura fuiſſe penes actorem, adhuc tamen poteſt actoris intereſſe, quia potuit rem diſtrahere, atque ita precium nunc haberet, vt in *leg. item verberatum 15. in fin. infr. de rei vindicat.* Ergo non eò minùs danda eſt hæc actio, quòd ſeruus qui dolo malo, id eſt, iudicij mutandi cauſa alienatus fuit poſtmodum penes emptorem ſine culpa & facto ſuo deceſſerit.

Ratio decidendi. Superior diſtinctio, An æquè peritura nécne res fuerit penes actorem, non cadit in ſpeciem huius edicti, ſed ad illum caſum pertinet, quo actor cœperit rem vindicare, quia ſi poſſeſſor ei rem reſtituiſſet eo tempore quo petita fuit vtique potuiſſet actor rem diſtrahere, ſicque periculum in emptorem transferre, *d. l. item ſi in fin.* At nos de illo agimus qui nihildum petiit, ſed tantùm petere voluit, vt in *l. amplius 15. rat. rem haber.* ac proinde qui ſibi potiùs debet imputare cur non fuerit diligentior in agendo ſiue rei vindicatione contra poſſeſſorem, ſiue ex hoc edicto contra alienatorem, quam reo cur non rem ipſam reſtituerit priuſquam ſecum ageretur. Inculpatus enim eſt poſſeſſor ſi modo reſtituat rem petitam eo ipſo tempore quo petitur, *l. 2. infr. de vſur.* Porrò quoties nihil poteſt imputari ei qui conuenitur ſiue reali, ſiue perſonali actione teneatur, certum eſt liberari eum interitu rei citra moram aut culpam vllam contingente, *leg. ſi ex legati 23. de verb. oblig. leg. item ſi cum 14. §. quatenus*, vbi dixi *ſupr. quod met. cauſ.* Tantò magis in propoſito, quòd hæc actio ſuccedit quodammodo in locum directæ actionis, vt ait Accurſius ex *l. edicto 26. §. ſi is quem* vbi ſimilis ratio ponitur, *infr. de noxa. action.*

e *Niſi ſi quid actoris prætereà interfuit.* Rat. dubit. Cùm principalis cauſa non conſiſtit, nec ea quidem quæ ſequuntur, id eſt, acceſſiones locum habent, *leg. cùm principalis 178. de reg. iur.* Atqui id quod intereſt, nihil niſi acceſſio eſt principalis obligationis. Ergo ſi principalis, ſiue obligatio, ſiue actio extincta ſit interitu rei, quæ vel petebatur, vel peti poterat, nulla eius quod prætereà intereſt haberi poteſt.

Ratio dec. Id quod intereſt petitur hac actione, non tanquam acceſſorium quid, ſed tanquam principale, cùm hæc actio non ad aliud competat quàm ad id quod intereſt actoris, vt in hoc §. ſcriptum eſt. Poteſt autem fieri vt etiam poſt rem peremptam interſit actoris, non quidem propter fructus & acceſſiones, vt malè putat Accurſius, ex *leg. vtique 16. de rei vendicat.* quæ lex loquitur de acceſſionibus quæ poſt litem conteſtatam emerſerunt, (nos enim eum caſum tractamus quo nulladum conteſtatio facta ſit, ac proinde quo fructus rei petitæ nulli debeantur quorum præſtandorum obligatio incipit ex die litis conteſtatæ, *leg. 2. leg. videamus 18. §. ſi actionem de vſur.*) ſed ſi ex qua alia cauſa probet actor ſua intereſſe, quando varijs modis poteſt contingere, vt ex eiuſmodi alienatione facta iudicij mutandi cauſa, damnum ille aliquod & incommodum ſenſerit quod ſufficit vt huic edicto locus fiat, *leg. 3. §. opus quoque ſupr. hoc tit.* Sed & Accorſij interpretatio defendi poteſt, & actoris intereſſe propter fructus, ſi intelligas non de iis fructibus qui percepti ſint poſt litem conteſtatam, ſed de iis quos ante motam vllam controuerſiam perceperit poſſeſſor, etiam qui bonam fidem habuiſſe proponatur. Nam & illi fructus reſtituendi ſunt à bonæ fidei poſſeſſore ſi extent, *leg. certum 22. C. de rei vindicat.* aut quod idem eſt ſi ex iis locupletior factus ſit. Non enim abſumptum videtur, quod in corpore patrimonij retinetur, *leg. idem ſeruandum 72. de legat. 2.* In quo paſſim video errari in foro. Nec enim ſolent iudices condemnare bonæ fidei poſſeſſorem ad alios fructus quàm quos perceperit à die litis conteſtatæ, nec diſtinguunt an fructus antè percepti adhuc extent, quomodo diſtingui oporteret. Nam bonæ fidei poſſeſſor facit quidem fructus ſuos, ſed interim, vt ſcriptum eſt, in *leg. bona fides 48. de acquir. rer. dom.* id eſt, vt alibi explicauimus, quandiu res non euincitur. Nam cùm euincitur, etiam fructus reſtituendi ſunt, niſi qui vel conſumpti probentur, vel vſucapti.

6 ¶ Hæc actio non eſt pœnalis ſed rei perſecutionem arbitrio iudicis continet [a], quare & hæredi dabitur in hæredem autem.

Ad §. vlt. Hæc actio.

R. dub. Hæc actio datur in pœnam alienationis factæ dolo malo & iudicij mutandi cauſa, *leg. 1. ſupr.* vnde eſt quod ex delicto dari dicitur, in *l. quia pertinet 7. infr.* Ergo eſt pœnalis.

Ratio decidendi. Ex parte quidem illius qui conuenitur, pœnalis eſt, ideóque, nec in ipſius hæredem datur. nec in ipſum poſt annum, vt neque pœnales cæteræ, ſed ex parte actoris non pœnalis eſt, ſed rei perſecutoris, quoniam arbitrio iudicis rei perſecutionem continet. Ideóque & hæredi datur, cui non daretur ſi rei perſecutionem non contineret, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Nec obſtat quod ſcriptum eſt, in §. *non autem omnes Inſt. de perpet. & temp. act.* Etiam pœnales actiones ex maleficiis quæ in hæredem rei non competunt, veluti furti, vi bonorum raptorum & ſimiles, hæredi tamen dari. Id enim ad eas pertinet quæ vel mixtæ ſunt, & rei quoque perſecutionem ex parte actoris continent, vt actio vi bonorum raptorum & damni iniuriæ, §. *vi autem & ſeq. Inſt. de action.* vel ad eas quæ ex lege duodecim tabularum deſcendunt, cuiuſmodi eſt actio furti quæ licèt ſit merè pœnalis etiam ex parte actoris, quia neque in duplo, neque in quadruplo rei perſecutio continetur, §. *ex maleficiis eod. tit.* hoc ipſo tamen quòd legitima & perpetua eſt, ideóque daretur etiam in hæredem niſi commentitio iure receptum eſſet, ne pœna vnquam ad hæredem tranſeat, vt ſcriptum eſt, in *l. ſi pœna 20. inf. de pœn.* vbi eius commentitij iuris etiam ratio affertur. Iunge *l. quod diximus 18. §. vlt.* & quæ ibi dixi, *ſupr. quod met. cauſ.*

a *Sed rei perſecutionem arbitrio iudicis continet.* Iudex enim à prætore in actione iſta datus arbitrari debet priſtinam iudicij cauſam reſtitui, *l. ex hoc edicto 8. in princ. ſupr. eod.* quod ni reus faciat, tum demum ex æquo & bono condemnatur in id omne quod intereſt actoris quæ natura eſt actionis arbitrariæ, §. *præterea inſtit. de action.* Hoc enim eſt quod ſuprà diſputauimus contra Accurſ. actionem arbitrariam eſſe, talémque dici omnimodo debere, non bonæ fidei vel ſtrictam.

5. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

VEl ſimilem.

Ad leg. Vel ſimilem.

Senſus eſt, Actionem hanc ſicuti non datur in hæredem quia pœnalis eſt, ita neque dari in alium quemlibet ſucceſſorem hæredi ſimilem, id eſt, qui in vniuerſum defuncti ius ſuccedat, cuiuſmodi eſt bonæ fidei poſſeſſor itémque fideicommiſſarius cui reſtituta eſt ex Trebelliano Senatuſconſulto hæreditas. Nam & hi licèt non ſint hæredes, hæredum tamen loco ſunt in omnibus, *l. 2. & 3. de bonor. poſſ. l. prætor. 17. de reg. iur. l. a l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano, & paſſ. ad SC. Trebell.*

6. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

VEl poſt annum, non dabitur.

Ad l. Vel poſt annum 6.

Sed an continuum, vt vulgò creditum eſt, an vtilem? vt Martinus volebat. Placet communis ſententia, quia tempus aliquod cùm dicimus, continuum non vtile intelligimus, ſi non aliter expreſſim actum eſt, vt in *edicto De minoribus l. intra vtile 39. ill. tit. De minor.* itémque *in edicto, ex quib. cauſ. maior. l. 1. ſupr. titul. prox.* Iunge *l. 1. de diuerſ. temp. præſc.*

7. GAIVS li. 4. ad Edictum Prouinciale.

QVia pertinet quidem ad rei perſecutionem, videtur autem ex delicto dari.

Ad l. Quia pertinet 7.

Ratio dubitandi. Actiones quæ rei perſecutionem continent, licèt ex delicto dentur, tamen competunt in hæredem, nec tantùm de eo quod ad ipſum peruenit, ſed in ſolidum, vt videre eſt in condictione furtiua, de qua in *leg. in condictione 9. de condict. furt.* nec rurſum ob id minùs ſunt perpetuæ qualis etiam eſt haud dubiè condictio furtiua. Nam & actio furti, quæ omnino pœnalis eſt nec vlla ex parte rei perſecutionem continet, tamen

meſi perpetua eſt. Ergo mala eſt ratio quæ hîc affertur à Iureconſulto propter quam hæc actio, neque in hæredem, neque poſt annum danda ſit, quòd ex delicto detur.

Ratio decidendi. Hæc actio pertinet quidem ad rei perſecutioné, ſed non tam ſui natura quam arbitrio iudicis, vt ſcriptum eſt, in *leg.3.§.vltim.ſuprà*. Ac proinde priuſquàm arbitrio iudicis locus eſſe poſſit, hoc eſt, ante litem conteſtatam, datúmque iudicem, non poteſt dici rei perſecutoria, ſed pœnalis ex vtraque parte conſequenter, neque poſt annum, neque in hæredem danda eſt, non in hæredem ex regula, & conſtitutione ciuili, de qua in *l.1. de priuat.delict.* Non poſt annum, ex regula iuris prætorij, de qua in *leg.in honorariis 35. de oblig.& action.* Eſt enim hæc regula iuris prætorij non ciuilis, ſiquidem actiones ciuiles omnes ſunt perpetuæ, nullæ temporales, ne quidem eæ quæ omnino, & merè pœnales ſunt, *dict.tit.de perpet.& temp.action.* Cætera quæ ad hunc locum pertinent petenda ſunt ex iis quæ ſcripſimus, *lib.4.Coniect.c.1.*

8. PAVLVS lib.12. ad Edictum.

EX hoc edicto tenetur, qui rem exhibet, ſi arbitratu iudicis priſtinam iudicij cauſam non reſtituit.

Ad legem Ex hoc edicto 8.

Ratio dubitandi. Huic edicto locum facit alienatio facta iudicij mutandi cauſa, *leg.1.ſuprà,& paſſ.hoc titul.* Ergo ſi is qui ex hoc edicto conuenitur rem quam alienauerat, exhibeat, abſoluendus eſt, quia nec teneretur, ſi non alienaſſet. Nam & ſic dicimus non teneri eum qui alienauit ſi paratus ſit vtile iudicium accipere, perinde ac ſi poſſideret, *leg.3.§.vltim.ſuprà.* Atqui plus facit, qui rem exhibet, quàm qui offert ſe ad vtile iudicium accipiendum. Hic enim rem ipſam reſtituere, quam non habet, non poteſt, tametſi maximè velit, ille verò poteſt, *l.officium 9.de rei vindicat.*

Ratio decidendi. Actio hæc datur à prætore per ſpeciem, & vt loquuntur, per modum reſtitutionis in integrum. Omnia igitur in integrum reſtituta eſſe neceſſe eſt, vt actio hæc deſinat locum habere. Atqui cùm is qui alienauerat iudicij mutandi cauſa rem exhibet non ideò tamen omnia reponit in priſtinum ſtatum, niſi etiam reſtituat priſtinam iudicij cauſam, quæ per alienationem fuerat immutata. Poteſt enim facilè fieri, vt res ipſa exhibeatur, nec tamen priſtina iudicij cauſa reſtituatur: quid enim ſi rem quidem exhibeat ſed vſucaptam, aut obligatam, aut aliter factam deteriorem? vt in *lege ſi poſt acceptum 18. de rei vindicat. lege Iulianus 9. §.ſed ſi quis rem infra ad exhib.* Porrò hæc lex optimè probat actionem hanc eſſe arbitrariam, & in ea fieri condemnationem ex bono & æquo, ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur, *§.præterea, Inſt.de act.*

1 ¶ Ait Prætor, *Quæve alienatio iudicij mutandi cauſa facta erit.* Id eſt, ſi futuri iudicij cauſa, non eius quod iam ſit.

Ad §.1. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Verba illa edicti *iudicij mutandi cauſa*, ſunt generalia & indefinita, nec minùs ad præſens, quàm ad futurum iudicium referri propriè poſſunt: nam & magis propriè iudicium dici poteſt, quod iam præſens, quàm quod futurum eſt, cùm nec reuera ſit, quod nondum eſt, *lege in falcidia 9. §.1. ad leg. falc.* Et non minùs interdictæ ſunt alienationes, quæ fiunt poſt iudicium acceptum, *lege alienationes 13.famil.erciſc.* Vbi eæ tantùm excipiuntur, quæ cauſam habent neceſſariam. Ergo edictum hoc generaliter, & diſtinctè debet intelligi de alienatione facta cuiuſlibet iudicij mutandi cauſa, ſiue præſentis, ſiue futuri, argument. *leg.1. generaliter de leg. præſt. leg.ſi quis ita 30.de aur.& arg. leg. cum ſimilibus.*

Ratio decidendi. Edictum hoc eſſet ſuperuacuum, ſi intelligeretur de alienatione iudicij mutandi cauſa facta; nec tantummodò ſuperuacuum, ſed etiam ridiculum, quia iudicij præſentis, & iam conſtituti cauſa non poteſt mutari per alienationem poſt receptum iudicium factam, cùm eiuſmodi alienationes interdictæ ſint, niſi quæ neceſſariæ, *dict. leg. alienationes.* Hæc enim vera meo iudicio huius loci ratio eſt, non quam Accurſius, Bar. & alij vulgò deſumunt ex vitio litigioſi, quaſi aduerſus alienationes, quæ fiunt poſt iudicium acceptum, ſatis prouiderit prætor data exceptione litigioſi, ex *l.1. tot.tit. de litigioſ. D.& C.* Quod certè falſum eſt. Quid enim ſi res non ſit litigioſa, putà de cuius dominio non diſputetur? *auth.litigioſa, Codice eod.titulo.* An fortè dicemus eum Accurſio locum idcirco fore huic edicto? Minimè. Nam neque neceſſe eſt, quandoquidem ſufficit actori, quòd condemnato tandem eo aduerſus quem iudicium acceperat habiturus ſit, iudicati executionem contra eum in quem facta eſt alienatio, quamvis inauditum; nec condemnatum, nempe quia non potuerit eiuſmodi alienatio fieri in fraudem iam conſtituti iudicij, futuríque iudicati, cùm in iudicio quaſi contrahatur; nec alienari res potuerit, niſi cum ſua cauſa, *lege ſi poſtea quàm 43.infrà de pecul.* iunct.*leg.alienat.67.de contr. empt.* Adeò vt nec poſſit ſocius partem ſuam quam in re communi habet alienare poſt litem conteſtatam. Iudiciúmque acceptum, *leg.1.in fin. Codice commun. diuid.* Sed & cùm res litigioſa ac de cuius dominio contenditur inter petitorem, & poſſeſſorem alienatur per poſſeſſore lite pendente, abſurdum eſt dicere locum eſſe edicto De litigioſis, cùm prætor non niſi exceptionem induxerit, quæ ſola litigioſi pœna olim fuit, *dict.leg.1.§.1. & leg.2.eod.titulo.* Vbi tamen videtur Tribonianus repoſuiſſe verba illa *pœna litigioſi*, cùm Vlpianus, vt credibile eſt, ſcripſiſſet *exceptio competit*, vt in lege præcedente. Nimirum propter conſtitutiones Imperatorum, quæ hoc ius valdè auxerunt, & litigioſi vitium grauioribus pœnis coërcendum putauerunt, vt conſtat ex *leg.1.3. & 4.Codice, eod.* Quod ſi exceptio nunquam datur actori contra reum; ſed replicatio, neque dari poterit contra illum qui à reo, eodémque poſſeſſore comparauit. Non igitur attinet de vitio litigioſi tractare, cùm agitur de hoc edicto, quippe quod maximè ac præcipuè pertinet ad alienationes, non per actorem, ſed per poſſeſſorem factas, in quas non cadit vitium litigioſi. Nec mirandum eſt, hoc edictum pertinere ad alienationes factas mutandi futuri iudicij cauſa, non etiam ad eas quæ præſentis iudicij mutandi cauſa factæ eſſent. Illæ enim cùm ex iuris ratione interdictæ non eſſent, fuerunt hoc edicto coërcendæ: non etiam iſtæ, *dicta leg.alienationes.* Iudicium enim ſemel acceptum nunquam mutatur, cùm vbi cœptum eſt, ibi finem accipere debeat, *l.vbi cœptum 30.de iudic.*

2 ¶ Alienare intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit.

¶ Sed hæredem inſtituendo[a], vel legando, ſi quis alienet, huic edicto locus non erit.

Ad §.2. Alienare.

Ratio dubitandi. Alienationis appellatione is demum actus continetur, per quem dominium transfertur, *leg.1. Codice de fund.dotal.leg.alienationis 28. de verb. ſign.* Atqui dominium transferre non poteſt, is qui alienam rem vendit, quia nemo plus iuris transferre in alium poteſt, quàm ipſe habeat, *lege nemo plus iuris 74. de reg.iur.* Tametſi alienæ rei venditio, valeat hactenus, vt venditor de euictione obligetur, *lege rem alienam 28. de contr.empt.* Ergo non poteſt dici alienare, is qui alienam rem vendidit.

Ratio decidendi. In hoc edicto appellatione alienationis tranſlationem quamlibet intelligit prætor, nec tantùm dominij, ſed etiam poſſeſſionis, *leg.4. §. non ſolum*, vbi dixi, ſuprà. Poſſeſſionem autem transferre poteſt etiam, is qui dominus non eſt, ſi modò ſit poſſeſſor, vnde eſt quod venditor non ad dandum obligatus eſt actione ex empto, ſed ad tradendum, *leg.ex empto 11.de action.empt.*

a *Sed hæredem instituendo.* Ratio dubitandi. Tam qui hæredem inſtituit quam qui legat, dominium transfert, quia legatum facit legatarij rem legatam, ſicut hæreditas hæredis res ſingulas, *leg. legatum 80.de legat.2.* adeò vt ex legato acquiratur dominium etiam ignoranti, *leg. cùm pater 77.§. ſur do eod.tit.* & quaſi nunquam factum hæredis, *leg. à Titio 64. in fin. de fur.* Ergo alienat ſiue alienationis nomen ſumas propriè, vt in *leg.1. Codice de fund. dotal.* ſiue quomodo accipitur, in hoc edicto, *dicta leg.4.§.non ſolùm ſuprà eod.* Proinde fatendum eſt, teneri eum hoc edicto. Nam & hinc eſt, quod interpretibus noſtris vulgò placet. Prohibita rei alienatione in extraneum prohibitam cenſeri extranei hæredis inſtitutionem, *lege peto 69.§.fratre de legat.2.leg.ſi quis 8.§.certum, Codice de ſecund.nupt.leg.pater 38. §. Iulius Agrippa, & ſequentib. de legat.3. not. ad leg. filiusfamilias 114. §. Diui.de legat.1.*

Ratio decidendi. Alienatio quidem fieri intelligitur etiam per hæredis inſtitutionem & legatum; ſed non quantum ad cauſam huius edicti, quia prætor edicti verbis notauit factum, & malum propoſitum, id eſt, dolum alienantis, *§.proxim. & leg.1.ſuprà.* Quæ autem per hæredis inſtitutionem aut per legatum fit alienatio ea non tam ab homine fieri intelligitur quàm à lege, quia teſtator; neque dominium transferre poteſt cùm vult, id eſt, poſt mortem ſuam, *leg.1.qui teſtam.facer.poſ.* Quia eo tempore iam nullus eſt, nec proinde dominium amplius vllum habet, quod transferre poſſit; neque rurſus vult cùm poteſt, id eſt, quandiu viuit, quia teſtamentum non niſi morte confirmatur, éſtque hominis vltima voluntas ambulatoria vſque ad mortem, *leg. 4. de adim. legat. 1. cùm hic ſtatus 32. §.pœnitentiam de donat. int. vir. & vxor.* Denique is qui teſtatur diſponit quidem de rebus ſuis; ſed in id tempus quo non erit, ipſe amplius earum dominus, quod certè non niſi inutiliter fieri poteſt, *lege Stichus 39. de manumiſſ. teſtam. lege ſi ego 9. §.ſi res de iur. dot. leg.4. Codice de donat. ant. nupt. iunct.leg.conficiuntur 8.§.ſi poſt factum, infrà de iur.codic.* Proinde nulla fieret alienatio, ſi non fieret per legem, quæ ſupremam defuncti hominis voluntatem confirmat, eamque pro iure ac lege habet, *leg.verbis legis 120. leg.lege obuenire 130.de verb.ſignif.* Præterea nullum fraudis propoſitum eſſe poteſt in teſtatore, non ſolùm quòd teſtamentum fieri nequeat, quin cogitetur de morte, quàm qui ante oculos habet vix eſt, vt eo tempore ſit immemor ſalutis æternæ, *leg. vltim. Codice ad leg. Iulian. repetund.* Sed etiam, quia eius duntaxat malum propoſitum hoc edicto prætor coërcet, qui cùm rem habere velit, litem nihilominus ad alium transfert, vt moleſtum aduerſarium pro ſe ſubiiciat, *leg.4.§.1.in fin.ſupr.* Qui autem alienat, ſiue hæredem inſtituendo, ſiue legando vtique rem habere non vult, quam nec ſi vellet habere poſſet eo tempore quo iam in alium tranſlata erit, id eſt, quo mortuus fuerit. Denique huiuſmodi alienatio, quæ fit in hæredem aut legatarium non modò probabilis honeſta & licita eſt, ſed etiam neceſſaria, quia tametſi interdicta eſſet à prætore factio teſtamenti, quàm è contrario adiuuare prætor ſolet, quantum poteſt, non eò minùs fieret alienatio per legem in hæredem legitimum, vt proinde teſtator cùm hæredem inſtituit, aut legat, non magis alienet, quàm ſi inteſtatus moreretur, niſi quod perſonam eligit aliam plerumque, quàm cui fuerat lex datura hæreditatem ſi teſtamentum factum non fuiſſet. Quæ libertas eligendi hæredis, cum ex lege ſit, nunquam teſtatori auferenda eſt, *leg.1.Codice de ſacroſ.eccleſ.* nec cuiquam imputandum cur inteſtatus non deceſſerit, *lege poſthumus 6.infrà de inoff.teſtam.* Ergo ad edictum huiuſmodi alienatio non pertinet, vt nec alia vlla quæ ſit neceſſaria, *leg.4.§.ſi quis autem, ſupr.l.alienationes 13.infr.famil.erciſc.l.1.de fund.dotal.*

3 ¶ Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.

Ad §.3. Si quis alienauerit.

Ratio dubitandi. Hæc actio licèt rei perſecutionem contineat, tamen ex delicto datur, *leg.prox.ſuprà.* Atqui in delictis nemo per ſolam pœnitentiam nocens eſſe deſinit, *lege qui ea mente 65.de furt. leg. penultim. vi bonor. rapt.* Ergo et qui propter alienationem dolo malo, id eſt mutandi iudicij cauſa factam ſemel incidit in hoc edictum nihil prodeſſe debet, quòd eam ipſam rem quam alienauit poſtmodum receperit.

Ratio decidendi. In actionibus quæ ſunt merè pœnales, id obtinet, vt vbi ſemel ex delicto competere cœperunt per ſolam pœnitentiam delinquentis non amittantur: quia pertinent ad publicam vindictam. Reipublicæ autem intereſt, delicta non manere impunita, *lege ita vulneratus 51.ad finem, ad leg. Aquil. leg. Stichum aut Pamphilum 95.§.1.de ſolut.leg.ſi à reo 70.§.vltim.de fideiuſſ.* At aliud eſt in actionibus, quæ rei perſecutionem continent, nec niſi ad id quod intereſt dantur, qualis iſta eſt, *leg.4.§.penultim.& vltim.ſuprà.* Nec enim fieri poteſt, vt eiuſmodi actiones non deſinant competere cùm deſinit actoris intereſſe, *dict. §.penult.* Iam verò nihil intereſt actoris in cuius fraudem poſſeſſor rem alienauerat, quamvis mutandi iudicij cauſa ſi modò poſtea rem poſſeſſor recipiat, cùm exinde fiat, vt perinde iudicio directo conueniri poſſit ac ſi nunquam alienaſſet. Atqui ſufficeret ei ad excludendam hanc actionem, quod paratus eſſet vtile iudicium accipere quaſi poſſideret, *leg.3. §.vltim.ſuprà eod.* Nempe quia nec eo caſu quicquam actoris intereſſet. Nimirum ſi non tantum res ipſa, quæ recepta eſt exhibeatur, ſed etiam priſtina iudicij cauſa reſtituatur. Hoc enim omnino requiritur, vt conſtat ex initio huius legis, vbi dixi Acc. ridiculè diſtinguit, peccata ordinaria ab extraordinariis, magiſq; id ſapit theologum, quàm Iureconſultum.

4 ¶ Qui venditori ſuo redhibet non videtur iudicij mutandi cauſa abalienare.

Ad §.vlt. Qui venditori.

Ratio dubitandi. Per redhibitionem fit alienatio ab emptore in venditorem, quia redhibere nihil aliud eſt, quàm facere vt habeat rurſum venditor, quod antè iam habuit, *leg. redhibere 21. de ædilit. edict.* Indéque eſt, quod per redhibitionem omnia retroaguntur, vt ex Paulo ſubiicitur, in *leg.ſequent.leg.ſi ex plagis 52.§.penult.ad leg.*

leg. Aquil. leg. bonem 43. §. ſi quis ſeruum de adilit. edict. Proinde negari non poteſt, quin per redhibitionem mutetur futuri iudicij cauſa, quia iudicium, quod alioquin accipere volebam cum emptore, neceſſariò accipiendum mihi erit, cum venditore. Ergo & qui venditori ſuo redhibet incidit in hoc edictum.

Ratio decidendi. Redhibitione facta ſic retroaguntur omnia, vt res redhibita nunquam emptoris fuiſſe videatur. Ita fit, vt non videatur emptor potuiſſe vnquam conueniri, ne quidem tanquam poſſeſſor, quia nec emiſſe, nec proinde poſſediſſe vnquam intelligitur. Et conſequenter nec alienaſſe intelligi poteſt id quod, nec vnquam habuiſſe creditur. Tantùm abeſt, vt iudicij mutandi cauſa, id feciſſe credendus ſit, quod tamen neceſſarium eſt, vt huic edicto locus fiat. Quid enim dolo facit, qui iure ſuo vtitur? *leg. nullus videtur 55. de reg. iuris.* Aut quid iniquius dici poteſt, quàm ſi prohibeatur emptor, vti iure ſuo in redhibenda ea re quam emit, ob hoc ſolùm ne in alterius fraudem id feciſſe exiſtimetur? Planè ſi probetur ob hoc ipſum redhibuiſſe, vt iudicij futuri cauſam mutaret, cùm aliàs redhibiturus non eſſet, tametſi fortaſſe iuſtam redhibendi cauſam haberet aliud erit, quoniam hoc caſu vtrumque concurrit, quod prætor in edicto exigit, nempe vt & alienatio facta ſit, & iudicij mutandi cauſa, vt ſubijcitur, in *leg. ſeq.*

9. PAVLVS lib. 12. ad Edictum ædilium curulium.

QVia, redhibito homine, omnia retrò aguntur [a]. Et ideò non videtur iudicij mutandi cauſa alienare; qui redhibet, niſi ſi propter hoc ipſum redhibet, non redhibiturus aliàs [b].

Ad leg. Quia redhibitio. 9.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§. vltim. leg. præced.*

a *Omnia retrò aguntur.* Ratio dubitandi. Si per ſuum poſtea redhibitum emptor iniuriam paſſus ſit, & iniuriæ nomine egerit, ex eàque cauſa aliquid conſecutus ſit, id non reddit venditori, *leg. bonem 43. §. ſi quis ſeruum de ædilit. edict.* Ergo non omnia per redhibitionem retroaguntur.

Ratio decidendi. Retroaguntur omnia quantum ad ſeruum ipſum pertinet qui venditus, & redhibitus fuit, ſed non quod pertinet ad actionem iniuriarum, quæ ſcilicet domino competit proprio ſuo non ſerui nomine, quia dominus ipſe per ſeruum iniuriam paſſus intelligitur, vt ſcriptum eſt, in *dict. §. ſi quis.* Nec enim ſeruis vlla iniuria fieri poſſe creditur, ſed domino per ſeruum, ſi quid atrociùs commiſſum ſit, & quod apertè ad contumeliam domini reſpiciat, alioqui nec domino iniuriarum actio danda eſt, *§. ſeruis autem Inſtitut. de iniur.*

b *Non redhibiturus aliàs.* Ratio dubitandi. Hæc verba oſtendũt tractari in hac lege de emptore, qui ius redhibendi ex ædilitio edicto habuerit etiam inuito venditore: Alioquin fruſtrà & ineptè quæreretur an aliàs redhibiturus eſſet, nécne, ſi ius redhibendi nullum haberet tametſi maximè vellet: Atqui cùm emptor ius redhibendi habens rem redhibet, vtique ſuo iure vtitur, nec proinde dici ei poteſt, cur ita faciat, argument. *leg. 4. ad Senatuſconſultum Trebell.* Tantùm abeſt, vt dolo malo, quicquam facere videatur, *l. nullus videtur 55. de reg. iur. l. flumin. 24. §. vlt. & l. Procul. 26. de damn. infect.* Ergo etiamſi non aliàs redhibiturus fuit, non poteſt incidere in hoc edictum.

Ratio decidendi. Euenit in hoc caſu quod aliàs perſæpe, vt non iam quid fiat inſpiciendum ſit, quàm qua mente. Itaque licèt factum ipſum redhibitionis dolum in ſe nullum habeat, improbatur tamen à prætore ob malum propoſitum redhibentis, qui redhibendo id egerit, non tam vt ſuo iure vteretur, ſibique proſpiceret quàm vt alij noceret, quod nunquam ferendum eſt, ne malitiis indulgeatur, *leg. in fundo 38. de rei vindicat.* Præſertim cùm de hoc edicto agitur, in quo prætor nihil aliud requirit, niſi vt & alienatio facta ſit, & iudicij mutandi cauſa, *§. 1. l. prox. ſupr.* Meliùs igitur in hanc legem Placentinus apud Accurſium, quàm Ioannes.

10. VLPIANVS lib. 1. ad Edictum.

NAm & ſi obligatus ſoluero, quod à me petere velles, huic edicto locus non erit.

Ad leg. Nam & ſi. 10.

Ratio dubitandi. Solutione fit alienatio eius rei quæ ſoluitur, alioqui non acquireretur liberatio per ſolutionem ſi dominium rei ſolutæ non transferretur in accipientem, *leg. is qui alienum 60. & ſequent. l. ſi hominem 69. iuncta leg. qui ſic ſoluit 55. de ſolut.* Ergo ſi cùm vellem à te petere Stichum quem Titio ex ſtipulatu debebas, idque tu ſcires, eum Titio ſolueris incidis in hoc edictum, cùm ea ratione facias, vt iudicij futuri cauſa mutetur, cogárque poſtea contra Titium agere qui contra te acturus eram.

Ratio decidendi. Nihil eſt quod poſſit prætor ei imputare qui ſoluit quod debuit, quem & ipſe ſoluere coëgiſſet ſi creditor ſolutionem voluiſſet. Iniquum enim eſt, non poſſe impunè ſoluere, illum quem prætor ad ſoluendum poſſit cogere, *leg. quod autem 7. §. apud Labeonem, infrà quæ in fraud. cred.* Ergo non poteſt in hac ſpecie locus eſſe huic edicto, quaſi alienatio neceſſaria ſit, quæ fit ex neceſſitate præcedentis obligationis, cùm obligatio definiatur iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ. Apud *Iuſtinian. tit. de oblig.* Sed an diſtinguemus, quomodo in ſpecie legis præcedentis diſtinximus. An tu non fueris aliàs ſoluturus? Et non puto. Eſt enim hac parte diuerſa longè ratio redhibitionis & ſolutionis. Redhibere inuitus nemo cogitur etiamſi maximè poſſit ſi velit, quoniã ad ſolius emptoris fauorem reſpicit redhibitio non ad fauorem venditoris. Proinde imputari ei poteſt, cur in alterius fraudem redhibuerit, & iudicij mutandi cauſa, cùm nec redhibere cogeretur, nec aliàs fuiſſet redhibiturus. At ſolutio debiti quamvis ad ſoluentis quoque commodum reſpiciat, quia locupletior fit is qui ſoluit cùm à debito liberetur, *lege ſi pupilli 66. in fin. de ſolut. l. ſpecies 11. de acceptilat.* Attamen fit potiſſimum in gratiam eius cui ſoluitur, & ab inuito fieri intelligitur, tum quoque cùm vltrò fit, & citra interpellationem, quoniam metu futuræ actionis id fieri intelligitur, & à ſeipſo exigere debet quiſquis bonam fidem agnoſcere vult, non expectare vt conueniatur, *leg. quoniam* [illegible] *§. ſicut de adminiſtr. tutor.* Neque enim actiones contra alios comparatæ ſunt, quàm contra perfidos homines & iuris gentium violatores, *leg. cùm amplius 84. §. in natura debet de regulis iuris.* Iuncto eo quod Theophylus ſcribit initio ſit. *De action.* Inhumanus ergo ſit prætor ſi debitorem cogat perfidum eſſe ne doloſus videatur. Quod tamen futurum eſt, ſi eius factum improbet, qui rem à ſe debitam ſoluit ſuo creditori, tametſi ſoluerit debitor iudicij mutandi cauſa, nec aliàs fuerit ſoluturus.

1 ¶ Si tutor pupilli vel agnatus furioſi alienauerint: vtilis actio competit, quia conſilium huius fraudis inire non poſſunt.

Ad §. 1. Si tutor.

Ratio dubitandi. Neque furioſus neque pupillus conſilium fraudis inire poſſunt. Loquimur enim de eo pupillo qui doli capax nondum ſit, nec proximus pubertati de quo in *lege heredibus 13. §. primo ſuprà de dolo*. Ergo etiamſi tutor pupilli, vel agnatus furioſi rem aliquam alienauerit iudicij mutandi cauſa, non idcò tamen actio danda eſt, contra furioſum vel pupillum. Ne alioqui eueniat, vt dolus tutoris vel curatoris noceat pupillo vel furioſo, quod eſſe non debet, *lege tertia & quarta, infrà quand. ex fact. tutor.* ſuus enim cuique dolus nocere debet nō alteri, ſicut & factum cuique ſuum, *lege factum 155. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Hæc ratio concludit optimè non poſſe directam actionem ex hoc edicto competere aduerſus pupillum vel furioſum, ſed non concludit, quin vtilis actio in iſtos dari debeat, quia ſcilicet perſona pupilli repræſentatur per tutorem, & perſona furioſi per agnatum eundémque curatorem, ita vt factum tutoris habeatur pro facto pupilli, & factum agnati pro facto furioſi. Non enim ſimilis eſt, hic curator cæteris, qui rebus non perſonæ dantur, quia perſonæ datur principaliter, *leg. 1. de curator. furioſ.* Tenentur ergo hoc caſu pupillus, & furioſus ex facto, & dolo tutoris, vel curatoris. An verò ita demum ſi ex eo facti ſint locupletiores? vt in *leg. ſed & ex dolo 15. ſuprà de dolo. lege tertia, § ſi ſeruus, & §. vltim. de tribut. action.* An & ſi non ſint facti locupletiores? vt in *leg. 1. quand. ex fact. tutor.* Vix enim eſt, vt ex alienatione iudicij mutandi cauſa facta locupletior quiſquam fiat. Itaque poſtremum hoc magis placet. Nec enim nouum eſt, vt tutoris dolus noceat pupillo, præſertim ſi rem à tutore ſeruare pupillus poſſit. Nempe ſi tutoris dolus interueniat in contractu, vel in quaſi contractu. De quo ſcripſi latè, *dict. leg. ſed & ex dolo*, vbi vide.

11. Idem lib. 5. Reſponſorum.

CVm miles poſtulabat ſuo nomine litigare de poſſeſſionibus, quas ſibi donatas eſſe dicebat: reſponſum eſt, ſi iudicij mutandi cauſa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere: vt rem magis, quàm litem in militem tranſtuliſſe credatur.

Ad leg. Cùm miles. 11.

Ratio dubitandi. Cùm alicuius rei donatio militi facta eſt, & quidē vtiliter, ita vt valeat, certum eſt, nihil iuris penes donatorem remanere, quandoquidem is per donationem non modo rei ſuæ dominium amiſit, ſed etiam per conſequens actiones omnes eo nomine competentes. Atqui nemo poteſt agere, & experiri ſine actione, *lege ſi pupilli 6. §. vltimo, ſuprà de negot. geſt.* Ergo non poteſt verum eſſe, quod hæc lex ait de poſſeſſionibus donatis militi, donatorem ipſum eundémque priorem dominum experiri oportere. Nec quod donatio iudicij mutandi cauſa proponatur facta eſſe, meliorem donatoris conditionē debet reddere, vt eò magis poſſit ipſe experiri, qui tantò minùs dignus eſt, cui faueatur, Niſi ponas cum Accurſio donatarium militem eandem rem donatori ſuo non donaſſe, quod tamen lex reponit. Sed & cùm ceſſio facta in militem, vtique facta ſit in potentiorem: dubitandum non videtur, quin hoc ipſo actionem ſuam amiſerit, is qui ceſſit, *leg. 1. & 2. Codice, ne liceat potent.* Non ergo audiendus eſt, ſi poſt ceſſionem velit agere, vt neque in ſpecie, *legis proxim. verſ. ſed & ipſo infrà.* Multóque eſſe tolerabiliùs, vt ipſi militi agere permitteretur, ſicut & alij cuilibet donatario agere permittitur, cùm actionis ceſſio valeat, quæ facta eſt ex cauſa donationis, *leg. per diuerſas 34. §. vltim. & leg. ſeq. Codic. mandat.* Nec quicquam referre videtur, an qui agere volebat, an verò poſſeſſor militi donauerit. Vtróque enim caſu ea ipſa, quæ diximus locum habent, niſi quod titul. *ne liceat potentior.* Non ad reos pertinet, ſed tantùm ad actores.

Ratio decidendi. Intelligenda eſt, lex hæc de donatione facta militi per eum qui acturus erat, id eſt earum rerum quas alius poſſidebat, non autem de donatione facta per poſſeſſorem, vt oſtendunt verba illa, *priorem dominum experiri oportere.* Nec enim reus experiri dicitur, ſed actor, *lege prima, ſupra de in ius vocand.* Non igitur potuit fieri hæc donatio quin actiones militi mandarentur. Quod ipſum tamen non aliter iure permiſſum eſt, quam ſi honeſta, & verecunda præcedente cauſa id fiat, vt loquitur Imperator in *leg. qui ſtipendia 9. Cod. de procuratoribus.* Qualis porrò iſta videri non poteſt, de qua hoc loco agitur, id eſt, iudicij mutandi: quæ ſcilicet dolum adnexum habet idcóque prætoris edicto improbatur. Cùm itaque non valeat hæc ceſſio quantum ad litem transferendam in militem, omnino conſequens eſt, vt perinde ac ſi facta non eſſet, liceat donatori de priſtino iure ſuo experiri. Quod enim tranſlatum non eſt in donatarium, id neceſſe eſt, vt manſerit penes donatorem. Nam & quod poſterioribus Imperatoribus placuit vt qui actionem ſibi competentem transferre vult in potentiorem, totius iuris ſui iactura mulctetur, *dicta lege prima & ſecunda, Codice ne liceat potentior.* Præter id quod Vlpiani veterúmque prudentum temporibus non obtinebat, cùm à Claudio ſecundo, id primùm fuerit conſtitutum, vt Diocletianus & Maximianus referunt, in *dict. leg.* Ad eas demum ceſſiones reſtringendum eſt, quæ alioquin valerent, non etiam ad eas, quæ iam antea erant interdictæ. Nulla ſiquidem pœna imponenda fuit contractibus, qui nullum ex ſe iuris effectum habere poſſent, cùm ſufficiat pœna, vt ita dixerim, militis. Sicut è contrario non poteſt irrogari pœna ei, qui non fecit, quod facere promiſit, ſi tale illud ſit, quod ipſo iure pro facto habeatur, quamvis inuito eo qui facere debuit, *leg. penultim. & vltim. Codice ſi mancip. ita fuer. alienat.* Ob eamque cauſam loquitur hæc lex de milite, non quia ſit ille fauorabilior cæteris, cùm alienatio in ipſum facta eſt iudicij mutandi cauſa, ſed è contrario quia peioris conditionis in eo eſt, quàm paganus, quod mandata ſibi ab alio actiones exercere inoffenſa diſciplina militari non poteſt, *leg. milites 31. Codice de locat.* Niſi in eius perſona duo concurrant, nimirum vt, & in rem ſuam procurator factus ſit, & ex iuſta honeſtáque cauſa præcedente *dict. leg. qui ſtipendia.* Quod poſtremum deficiebat in ſpecie huius legis, cum non niſi iudicij mutandi cauſa donatio militi facta proponeretur. Eſt enim illa turpis & inhoneſta actionum mandatarum cauſa, vt iam diximus. Ideóque nec ſi pagano talis donatio facta hodie eſſet poſt prohibitas generali Anaſtaſij lege ceſſiones in dicta lege per diuerſas, putarem valere donationem. Quia quod eadem lege donationes exceptæ ſunt, ciuili & probabili interpretatione reſtringi debet ad eas, quæ honeſta de cauſa fiant, non ad eas quoque extendi, quæ iudicij mutandi gratia: quas iam olim prætor improbabat

bat ſiue ab actore ſiue à reo factæ eſſent. Nec enim Anaſtaſius cùm donationes excepit, id egit vt eas confirmaret, quæ antea improbabantur. Sed è contrario ne videretur generali conſtitutione illas improbaſſe, quæ alioqui valuiſſent. An ergo dicemus in propoſita ſpecie donationem militi factam nullomodo valuiſſe? Imò valebit, ſed duntaxat quantum ad dominium rei donatæ, non etiam quod pertinet ad actionem ipſam eius rei nomine exercendam, quia non eſt interdictum militibus ne accipiant donationem etiam rerum penes alios conſtitutarum; ſed tantùm ne actionum exercendarum mandatum ſuſcipiant, *dicta leg. qui ſtipendia.* Idque eſt, quod Vlpianus ait credendum eſſe donatorem rem magis, quàm litem in militem tranſtuliſſe: vt quod licitè fieri potuit factum remaneat, quod verò niſi illicitè fieri non potuit, ne quidem pro facto habeatur. Aptiſſimus autem huic interpretationi locus ideò relinquitur, quod non actiones ſpecialiter militi mandatæ proponebantur, vt in *dict. leg. milites & dict. leg. qui ſtipendia*, ſed donatæ poſſeſſiones, quo nomine magis res ipſæ donatæ ſignificantur, quàm lites & actiones earum cauſa exercendæ.

12. MARCIANVS lib. 14. Inſtitutionum.

SI quis iudicij communi diuidundo euitandi cauſa rem alienauerit: ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi diuidundo iudicio experiatur: verbi gratia, vt potentior emptor per licitationem viliùs eam accipiat, & per hoc iterum ipſe recipiat. Sed ipſe quidem [a], qui partem alienauerit, communi diuidundo iudicio ſi agere velit, non audietur. Is verò, qui emit [b], ſi experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cauetur, ne qua alienatio iudicij mutandi cauſa fiat.

Ad leg. Si quis iudicij. 12.

Ratio dubitandi. Non alius poteſt iudicio Communi diuidondo, vel agere vel conueniri, quàm qui rei communis partem aliquam habet, *leg. 1. leg. in hoc indic. 14. §. 1. leg. communi 24. §. 1. & paſſim. infrà commun. diuidun.* Ergo fruſtrà lex Licinia interdixit ne communi diuidundo agere poſſit, is qui eius iudicij euitandi cauſa rem alienauit, cùm etiamſi maximè vellet, agere tamen eo iudicio non poſſet.

Ratio decidendi. Legis Liciniæ ſententia non illa fuit, vt communi diuidundo iudicio agere non poſſet ille qui eius iudicij euitandi gratia ſuam in re communi partem alienaſſet, quandiu duraret alienatio. Sed vt ſi quando poſtea rem ipſe reciperet à potentiore in quem alienauerat, vt ille per licitationem viliùs eam acquireret: Quo caſu ſi lex Licinia non eſſet, nihil vtique obſtaret quominus ageret communi diuidundo venditor, qui portionem à ſe venditam recuperaſſet partémque rei etiamnum communis hodie haberet. Id enim eſt quod in hac lege ſequitur in illis verbis. *Verbi gratia vt potentior emptor,* &c. Ita námque ferè ſolet euenire quoties mutandi iudicij cauſa fit alienatio, vt qui alienauit poſtea rem ſuam recipiat, quam ſcilicet tenere voluerit ſibi retinere, vt ſcriptum eſt, in *leg. 4. §. 1. in fin. ſupra hoc tit.* Sed & ſublata communione adhuc poſſet ſupereſſe iudicium communi diuidondo propter fructus & impenſas, ſi lex Licinia non obſtaret, vt bene Accurſius tractat ex *l. in ſumma 11. comm. diuid.*

a *Sed & ipſe quidem.* Ratio dubitandi. Etiam poſt ſublatam communionem adeóque poſt interitum rei communis supereſt interdum vtile iudicium communi diuidundo, purà propter impenſas in rem communem factas, vel propter fructus ex re communi perceptos, *dict. leg. in ſumma 11. communi diuid.* Ergo nihil vetat etiam illum, qui alienauit partem ſuam euitandi quoque iudicij cauſa, vtili nihilominùs iudicio illa experiri.

Ratio decidendi, Lex Licinia quæ interdicit ne poſſit hic alienator agere communi diuidundo, etiam poſteà quam rem recepit, multò magis interdicit ne poſſit durante alienatione experiri vtili iudicio, quod datur propter impenſas, & fructus duntaxat. Eſt enim fauorabilius, & potentius directum iudicium, quod datur durante communione, quàm vtile quod contra iuris rationem datur ex ſola æquitate poſt finitam communionem. Legis enim ratio illa fuit, quòd indignus ſit cui permittatur agere communi diuidundo is qui partem ſuam in fraudem ſocij alienando id egit, ne ſecum eo iudicio agi poſſet. Quo nomine dubitandum non eſt, quin & ipſe prætoria actione ex hoc edicto teneatur. *d. leg. communi 24. §. 1. communi diuid.* in id omne ſcilicet quod ſocius ſua intereſſe probauerit. Planè vt is qui partem ſuam iudicij mutandi cauſa alienauit in potentiorem necdum eam recepit, non poſſit interim experiri iudicio communi diuidondo directo, & quod pro re communi diuidenda competit, non ex lege Licinia fit, neque ex hoc edicto, ſed ex ſola vi & poteſtate alienationis, quia is cum quo res communis eſſe deſijt eo iudicio directo agere nunquam poteſt vt ſuprà diximus. Quod non videtur bene obſeruaſſe Accurſius, qui quod ſcriptum eſt in hoc verſic. audiendum non eſſe alienatorem ſi communi diuidundo agere velit, ſoli legi Liciniæ acceptum refert.

b *Is verò qui emit.* Ratio dubitandi, Is qui emit quamuis ab eo qui dolo malo nec niſi mutandi iudicij cauſa vendidit, factus eſt per eam emptionem dominus & ſocius. Nec enim alienationes iſtæ interdictæ ſunt per legem Liciniam, aut per hoc edictum: quomodo interdictæ ſunt eæ, quæ fiunt poſt litem conteſtatam iudiciúmque diuiſionis iam acceptum, *leg. alienationes 13. infra fam. erc. leg. 1. C. commun. diuidund.* Atqui iudicium communi diuiduodo datur inter eos omnes quibus res eſt communis ex alia cauſa quàm hereditaria, quo caſo proditum eſt ſpecialius iudicium familiæ erciſcundæ. Ergo ſi hic de quo agimus qui emit partem venditam iudicij mutandi cauſa, iudicio communi diuidundo experiri velit, non eſt prohibendus. Alioqui cogetur inuitus manere in communione, quod non magis ferendum eſt quàm vt inuitus incidat in communionem. *leg. vltim. Cod. commun. diuidund. leg. ſi non ſortem 16. §. ſi centum. de condictione indebit.* nimirum propter diſcordias quas communionis matéria excitare ſolet. *leg. cùm pater 77. §. dulciſſimis. de legat. 2.*

Ratio decidendi. Non poteſt quis vendere iudicij mutandi cauſa, & ea mente vt cùm rem ipſe habere velit, litem tamen in alium transferat, quin doli huius fraudiſque conſcius ſit emptor, quaſi nudum nomen, & miniſterium venditori præſtet in necem eius qui fraudatur per huiuſmodi alienationem. Æquum eſt igitur etiam emptorem hoc edicto teneri, hactenus ſaltem ne agere ipſi permittatur. Nec enim nouum eſt, vt is etiam qui rei communis partem habet, agere tamen communi diuidundo non poſſit, vt cernere eſt in pupillo, & minore quolibet, qui ſocios ad diuiſionem prouocare non poteſt, *leg. ſi pupillorum 7. de rebus eorum qui ſub tutel.* Actio quidem emptori competit ipſo iure, nec facere prætor poteſt, vt non competat, cùm ſit ex iure ciuili non prætorio. Sed agere tamen ideò non poteſt, quia vt poſſit quis agere neceſſe eſt, vt non ſolùm competat ei actio; ſed etiam vt eam à prætore impetrauerit,

cuius

cuios eſt actiones omnes etiam quæ ex iore ciuili competunt, vel concedere vel denegare. Prætor autem nunquam conceſſurus eſt actionem ex ea conuentione & alienatione qnæ adoerſua edictum ſuum facta ſit. Nec ſi poneres emptorem ignarum fuiſſe fraudis, qnia edicti verba generaliter & in rem concepta ſunt non io perſonam alicoantis, *l. ex hoc edicto* 8. §. *primo ſupra eodem.* Quæ res facit, vt non mioùs contra actorem, quàm contra reum habet locum hoc edictum, hactenus ſcilicet, vt actio ei vel penitus deneganda ſit, ſi prætori liqueat de fraude, vel ſaltem non niſi ſub ea exceptione concedenda, *ſi non mutandi iudicij cauſa facta erit alienatio.* Nam vt qui emit teneatur præterea io id omne quod poteſt aduerſarij intereſſe, quod Accurſius noſter tentat dicere, nullomodo videtur mihi probabile: quia nec quicquam intereſſe poteſt, eius in cuius fraudem facta fuit alienatio ad agendum, ſi modò ipſe non conueniatur. Vnde eſt, quod neque in alienarorem vllam hoc caſu haber actionem, adeóque nec exceptionem; qnia neque is qui alienauit contra eum agere amplius poteſt. Alia ratio eſt fraudis quam poſſeſſor fecerit, alienaodo rem iodicij mutandi cauſa ne ipſe cooueniretur. Hoc enim caſu intereſt actoris, quòd eum in quem facta eſt alienatio, non æquè facilè aut commodè conuenire poſſit: ideóque datur ei actio ea hoc edicto non contra emptorem aduerſus quem poſſet ſi vellet agere iure communi tanqnam contra quemlibet alium poſſeſſorem; ſed aduerſus alienatorem, vt quanti actoris intereſt, præſtare teneatur. Si enim actor agere vellat contra emptorem ad conſeqnendum quanti ſua intereſſet, hoc ipſo probaret nihil ſua intereſſe cùm æquè facilè poſſet ille priſtina actione atque noua iſta aduerſus nouum aduerſarium experiri. Quod non ſimiliter imputari poteſt ei contra quem facta eſt alienatio ſi ab emptore conueniatur. Non enim eſt io ipſius poteſtate à quo conueniatur, noo magis quàm de qua re aut quãdo, *lege purè* 5. §. *vltimo de doli exceptione, leg. petendo* 6. *Codice de temper. in integrum reſtitut.* Succnti ergo ei neceſſe eſt contra emptorem, ídque non tam per exceptionem, vt vult Accnrſins malè io hanc rem afferens tanqnam ſimile qood ſcriptum eſt in *leg. necnon* 18. §. *exemplo ſuprà tit.* 1. Quàm denegata emptori actione, vt hæc lex ait. Nam contra venditorem non eget magno auailio, cùo per ipſam alienationem ſatis agere prohibeatur is qui alienauit. Niſi de fructibus & impenſis. Quam in rem lea Licinia ſufficit cùm tractatur de actione. Communi diuidundo, oeque hoc edictum in id neceſſarium eſt. Hoc igitnr caſu emptor inuitus cogitur manere in communione. Nempe in pœnam fraudis quam participauit, & oe alioqui impunita ſit alienatio aduerſus hoc edictum facta in fraudem poſſeſſoris.

DE RECEPTIS QVI ARBITRIVM RECEPERVNT, vt ſententiam dicant.

TITVLVS VIII.

PAVLVS lib. 2. ad Edictum.

COMPROMISSVM ad ſimilitudinem iudiciorum redigitur: & ad finiendas lites pertinet.

Ad Tit. 8. *De recept. qui arbitr. receper. vt ſentent. dic.*

Ad leg. Compromiſſum. 1.

Ratio dubitandi. Moltæ ſunt inter iudicia & compromiſſa differentiæ. Nam cùm à ſententia iudicis appelletur, à ſententia tamen arbitri oon appellatur, *leg.* 1. *Codice, hoc titulo.* Item cautio de proſequenda lite, & de reſtituendis expenſis non præſtatur coram arbitro, quomodo præſtatur coram indice, quia ſufficit pœnam cõmitti, *Nouell.* 112. *de litigioſis*, §. *ad excludendas, in fin.* Denique ex compromiſſo, id eſt, ex ſententia per compromiſſom reddita non naſcitur exceptio rei iudicatæ, quæ tamen naſceretur ex ſententia iudicis, *leg. prox. infr.* iunct. *leg.* 1. *& tot. tit. de except. rei indic.* Ergo non poſſunt compromiſſa dici redacta ad inſtar iudiciorum. Et verò differentiarum iſtarum ratio euidens illa eſt, quod iuriſdictionem priuati dare non poſſnnt, quam ipſi non habent, *leg. priuatorum* 3. *Codice de iuriſdict.* Nec proinde dare cuiquam iudicandi poteſtatem, cùm iudicis dandi licentia ſit iuriſdictionis, *leg.* 1. *ſuprà eod. ill. tit. De iuriſdict.* cúmque qui iudicare iubet, magiſtratum eſſe oporteat, *leg. eum qui* 13. *eod. tit.*

Ratio decidendi. Compromiſſa oon ſunt quidem iudicia; ſed redacta ſunt ad ioſtar, & ſimilitudinem iudiciorum, non ſanè io omnibus, ſed in quamplurimis, & maiori ex parte, vt in citatione, & libelli oblatione in productione teſtium dandíſque dilationibus denique in fereoda ipſa ſententia, vt conſtat ex *leg. penultim.* §. *ſin autem & §. altera, Codice hoc tit. leg. rem non nouam* 14. §. 1. *Codice de iudic.* Alioqoi ſi nolla eſſet differentia inter compromiſſa & iodicia, diceodum eſſet vnam eandémque rem eſſe non ſimilem. Conſtat autem veriſſimum eſſe, quod vulgò iactatnr nullum ſimile eſſe idem.

a *Et ad finiendas lites pertinet.* Ratio dubitandi. Exceptio rei iudicatæ illa eſt, quæ litibus finem imponit, *l. ſingulis* 6. *& paſſ. de except. rei iudic.* Niſi ſi quod aliud ſit quod rei indicatæ vim obtineat, cuinſmodi eſt tranſactio, *l. non minorem* 20. *Cod. de tranſact.* itémque *iuſiurandum l.* 1. *&* 2. *de iureiur.* Atqui ea compromiſſo non naſcitur exceptio rei iudicatæ, vt ſcriptum eſt, in *leg. prox. ſequent.* Neque rurſus compromiſſum tranſactio eſt, vt nec eſt iuſiurandum, tametſi ponas iuratum eſſe. Eſt enim iuſiurandum qnod in compromiſſis adhiberi ſolet, promiſſorium duntaxat non deciſoriom, quale tamen neceſſe eſt illud eſſe, quod rei iodicatæ comparari poſſit, *d. l.* 1. *&* 2. *de iureiur.* Ergo compromiſſum non poteſt dici pertinere ad finiendas lites.

Rario decidendi. Compromiſſum non equidem finit litem quomodo res indicata, tranſactio, & iuſiurandum, litem fioinnt; ſed tamen pertinet ad litem finieodam, qnia poſt ſententiam ex compromiſſo redditam plerumque fioitnr lis, & io tranſactionem deducitur, non tam propter auctoritatem ſenteotiæ arbitri, quam vnlgò arbitramentalem vocant, quàm metu pœnæ in compromiſſo additæ, qnam peodi ſoluíque omnimodo neceſſe eſt, ſi ſententiæ noo pareatur, quaotumvis ioi-

qua

qua ſit, *l. diem proferre 27. §. ſtari autem infr. hoc tit.* Quid ergo ſi pœna nulla promiſſa ſit? Adhuc pertinet compromiſſum ad finiendam litem, quia vbi pœna nulla in compromiſſo dicta fuit datur actio ad id quod intereſt contra eum qui arbitri ſententiæ non paruit, *d. l. diem proferre §. vlt. cum leg. ſeq.*

2. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

Ex compromiſſo placet exceptionem non naſci, ſed pœnæ petitionem.

Ad l. 2. Ex compromiſſo.

Ratio dubit. Cui damus actionem multò magis damus exceptionem, *l. 1. §. ſi autem de ſuperf. l. annitus 156. §. cui domus de regul. iur.* Atqui ex compromiſſo datur actio & petitio, non ſolùm pœnæ vt ſcriptum eſt in hac lege, ſed etiam eius quod intereſt, vt proximè diximus, ex *l. diem proferre 27. §. vlt. cum l. ſeq. infr. hoc tit.* Ergo multò magis dicendum eſt dandam eſſe ex compromiſſo exceptionem, præſertim cum etiam nulla ſtipulatione interueniente, ſed nudo pacto, pacti exceptio locum habere poſſit, *l. litigatores 11. §. interdum. l. Pomponius 13. §. 1. infr. hoc tit.*

Ratio decid. Intelligendus eſt hoc loco Vlpianus de exceptione rei iudicatæ, quæ non magis dari poteſt ex ſententia arbitri, quàm actio iudicati, *l. 1. Cod. hoc titul.* quia non poteſt arbitri ſententia rei iudicatæ vim habere, vt diximus ad legem præcedentem. An ergo ex compromiſſo dabimus exceptionem pacti? Dicam ad *dict. §. interdum, & ad l. 13. §. 1. infr.* Affert Accurſius tres caſus in quibus poſſit ſententia arbitri parere exceptionem rei iudicatæ. Si partes ſubſcripſerint, non compromiſſo, ſed ſententiæ arbitri. Si per decem dies à die arbitrij numerãdos tacuerint. Si denique iuratum ſit, ex *l. 4. & l. penult. Cod. hoc tit.* Sed ſunt iſta omnia ex nouo iure quod à Iuſtiniano inductum eſt, in *l. ne in arbitris 4. & l. penult. C. hoc tit.* à quo etiam quod in *dict. leg. 4.* conſtituerat de compromiſſo iurato correctum fuit per *Nouell. 82. de iudicib. §. quia verò cap. 11.* Ius vetus aliud fuit. Tale ſcilicet vt nulla exceptio daretur ex compromiſſo vt neque actio iudicati aut alia vlla ad effectum arbitrij conſequendum, ſed tantùm actio ad pœnam perſequendam aut exceptio pacti ad eam retinendam. Iuſtinianus primus & actionem & exceptionem dedit quoties arbitri ſententia conſenſu vel expreſſo vel tacito litigatorum roborata eſt, *dict. l. pen.* Ac ſi neque expreſſus neque tacitus conſenſus litigatorum ſententiam arbitri ſubſecutus ſit, non puto etiam hodie dandam ex compromiſſo pacti exceptionem, vt hoc nunc dicam obiter, niſi in caſu, *dict. leg. 11. paragraph. interdum & d. l. 13. §. 1. infr. vbi dicam.* Eſſétque facilius vt etiam ſi nullo iure arbiter pronunciaſſet daretur pacti exceptio ſi ſententiam malè prolatam litigatores approbaſſent, vt quæ defendi non poſſet iure ſententiæ defenderetur ſaltem in vim pacti, *l. 2. C. comm. vtriuſque iudic.*

3. IOAN. lib. 13. ad Edictum.

Labeo ait, ſi compromiſſo facto ſententia dicta eſt, *quo quis à minore vigintiquinque annis tutelæ abſolueretur*, ratum id à prætore non habendum: neque pœnæ eo nomine commiſſæ petitio dabitur.

Ad leg. Labeo. 3.

Ratio dubitandi. Puberes ſiue curatorem aliquem habeant, ſiue non habeant, ſine curatoribus rectè obligantur, *l. puberes 101. de verb. oblig.* Ergo ſi compromiſſo per minorem quamvis ſine curatore facto ſententia dicta ſit qua tutor à minore iudicio tutelæ abſolueretur ratum, id à prætore habendum eſt, & pœnæ eo nomine commiſſæ petitio dari debet, ſaluo minori in integrum reſtitutionis beneficio ſi illud implorare velit, *l. ſi minor 34. §. 1. ſupra de minor.*

R. dec. Quod minor promittit ſine curatore, valet quidem ipſo iure, vt ex ea promiſſione competat actio, ſed ſi minor læſum ſe conqueratur, quòd fuerit condemnatus, aut eius aduerſarius abſolutus non debet prætor id ratum habere, ſed minorem hoc petentem in integrum reſtituere non data ei exceptione, vt Accurſius notat. Sed denegata aduerſarium actione, vt & in *leg. patris 27. §. ſi pecuniam. eod. titul. de minor.* Atque ita hunc locum accipi debere ex eo conſtat, quod ait Vlpian. commiſſam eſſe pœnam ipſo iure ſi minor nolit ſtare ſententiæ arbitri, & conſequenter pœnæ petitionem competere, negat tamen eiuſmodi petitionem, & actionem dandam eſſe, quia nimirum prætoris eſt, actionem vel dare vel denegare. Prætor autem ratũ habere non debet quod à minore inconſulto geſtum eſſe videt: quod ipſum, *Ratum id à pratore non haberi*, nihil aliud eſt, quàm quod volumus dandam à prætore reſtitutionem, vt in *lege mulier 21. §. 1. quod met. cauſ.* Dices cum Accurſio, Si lis inſtituta ſit contra minorem ſine curatoris auctoritate nullius momenti eſſe quicquid geſtum eſt, tanquam geſtum aduerſus indefenſum, *leg. acta 45. §. vltim. leg. contra 54. de re iudic. leg. cùm & minores 4. Cod. ſi aduerſus rem iud.* Adeò vt nulla minori in eam rem ſit opus reſtitutione, quaſi qui ſatis munitus ſit ipſo iure, *leg. in cauſa 16. in princ. de minor.* Idem igitur admittendum eſſe in compromiſſo, quod minor fecerit ſine curatoris auctoritate: præſertim cùm ſupra diximus compromiſſa ad ſimilitudinem iudiciorum redacta eſſe. Reſpondeo diuerſam eſſe hac parte rationem compromiſſi & iudicij, non quia iudicium maius ſit, proindéque maiori auctoritate firmandum, vt putat Accurſ. ſed quia iudicium redditur in inuitum, *leg. inter ſtipul. 83. §. 1. de verb. oblig.* Compromiſſum verò fit ex voluntate compromittentium. Faciliùs autem eſt, vt minor ſibi ipſi noceat voluntaria promiſſione, quàm vt ei non defenſo auctoritatem iudicij nocere patiatur iudex, aut etiam lex quæ ſola iudiciis tribuit auctoritatem. Legis enim eſt illæſum minorem ſeruare in iis, quæ ex poteſtate legis dependẽt, cuius eſſet eidem minori læſo ſubuenire, arg. *l. vlt. C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. integr. reſtitut.* At non poteſt lex prouidere ac impedire ne minor ſeipſum lædat ſi velit, niſi in iis quæ minori ſunt interdicta, vt ſi velit prædium alienare ſine decreto, aut ſi curatorem habens velit ſine curatore aliquid gerere, quod pertineat ad rerum ſuarum adminiſtrationem, vt in *l. 3. C. de in integr. reſtit. minor.* In quo num. non eſt permiſſio per ſtipulationem facta, *d. l. puberes.* Nec igitur compromiſſum, quippe quod nihil aliud eſt, quàm promiſſio ſimul per plures facta interueniente vt plurimum ſtipulat. *leg. litigat. 11. §. interdum, & ſequent. infr. hoc titul.* quæ & promiſſione nomine plerúmque ſignificatur, *leg. 1. Codic de contr. & commit. ſtipul. Diſtinct. quæ hic ab Accurſ. refertur, ridicula eſt.*

a *Abſolueretur.* Ratio dubitandi. Nemo audiendus eſt, id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum poſtulaturus, *leg. penultim. Cod. de ſolutio. leg. ſi pater puellæ 12. Cod. de inoffic. teſtam.* Atqui ſi

pro minore pronunciatum fuiſſet, vtique valuiſſet ſententia etiam per iudicem lata nullo etiam curatore interueniente, *leg. non eò minus 14. C. de procur.* Nec voluiſſet minor de eiuſmodi ſententiæ nullitate conqueri. Ergo ſi contra eum pronunciatum ſit, non debet audiri petens reſtitutionem ob id ſolùm quòd non adhibuerit curatorem.

Ratio decidendi. Minorum ætas in damno ſubuenire, non rebus proſperè geſtis obeſſe conſueuit, *dict. l. non eò minus.* Igitur non ob id minùs reſtituendus eſt minor contra quem iudicatum fuit, quod ſi obtinuiſſet, ſententiæ ſiue iudicis ſiue arbitrio ſtare voluiſſet. Ratióque diuerſitatis euidens in eo eſt, quod minor qui vincit, ſiue apud iudicem, ſiue apud arbitrum, non læditur, nec proinde reſtitui poteſt aut debet. Qui verò vincitur, læditur ſi non appareat iuſtiſſimè id factum fuiſſe. Sed & qui compromittit hoc ipſo læſus intelligitur, quia ſe obligat vt arbitri ſententiæ quantumuis iniquæ ſtare teneatur. *leg. diem proferre 27. §. ſtari autem. de recept.* Vnde eſt quod Seneca quodam loco ſcribit. Meliorem eſſe conditionem bonæ cauſæ ſi ad iudicem, quàm ſi ad arbitrum remittatur. Ideóque procurator nec ſi generale mandatum habeat, compromittere tamen poſſe creditur, vt neque tranſigere poteſt, *l. mandato 66. de procurat.*

1 ¶ Tametſi neminem prætor cogat arbitrium recipere b (quoniam hæc res libera & ſoluta eſt, & extra neceſſitatem iuriſdictionis poſita:) attamen, vbi ſemel quis in ſe receperit arbitrium, ad curam & ſolicitudinem ſuam hanc rem pertinere prætor putat: non tantùm quòd ſtuderet lites finiri c: verùm quoniam non deberent decipi, qui eum, quaſi virum bonum d, diſceptatorem inter ſe elegerunt. Finge enim, poſt cauſam iam ſemel atque iterum tractatam, poſt nudata vtriuſque intima e: & ſecreta negotij aperta, arbitrum vel gratiæ dantem, vel ſordibus corruptum f, vel alia qua ex cauſa nolle ſententiam dicere quiſquámne poteſt negare, æquiſſimum fore, prætorem interponere ſe debuiſſe, vt officium quod in ſe recepit, impleret.

Ad § 1. Tametſi.

b *Neminem cogit prætor arbitrium recipere.* Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum & ad finiendas lites pertinent, *l. 1. ſup.* & conſequenter ad totius reipub. vtilitatem, cuius maximè intereſt quàm citò lites finiri, *l. quidam 21. de reb. cred. leg. litibus 10. C de agric. & cenſit. lib. 11.* Atqui poteſt quis cogi vt ſit iudex, quia iudicandi munus publicum eſt, *l. quippe 78. inf. de iud.* quod ideò ſine iuſta cauſa detrectare nemo poteſt, ſi modò is qui iudicem dedit eius ius habuit, *l. cum prætor 12 §. 1. & ſeq. eod. tit.* Ergo poterit etiam quis cogi vt ſit arbiter, quia ſemper inſpiciendum eſt quod publicè interſit, non quid priuatim, *l. ita vulneratus 51. in fin. ad l. Aquil. Auth. res, C. comm. de legat.*

Ratio decidendi. Res libera & ſoluta eſt, vt arbitrium recipiat & extra neceſſitatem iuriſdictionis poſita, mandato proximè accedit, cùm arbiter compromiſſarius intelligatur mandatum habere à litigatoribus, vt de controuerſia in qua electus fuit pronunciet. Mandatum porrò ſuſcipere vel non ſuſcipere ab initio cuique liberum eſt, *l. ſi mandauero 22. §. vlt. mand.* Nemo igitur arbitrium ſuſcipere cogendus eſt, ſcilicet ex compromiſſo. Aliud enim quoddam arbitrium eſt quod nõ malè quodammodo iudiciale poſſis dicere, cùm ex decreto prætoris datur arbiter ad aliquid faciendum, putà ad tribuendas res peculiares, vt in *l. illud 7. §. 1. de tribut. act.* vel ad probandos fideiuſſores, vt in *l. arbitro 9. & ſeq. qui ſatiſd. cog.* aut denique aliud quidpiam ſimile, vt in *leg. ſancimus 6. C. de aduoc. diuerſ. iud.* Et hi arbitri non multum à iudicibus diſtant, ideóque ab iis ſicut & à iudicibus appellari poteſt, *dict. leg arbitro.* videntúrque officio publico fungi vt & iudices, cùm tamen arbitri compromiſſarij non fungantur niſi priuato. Nempe quia mandatum habent à priuatis litigatoribus, non vt alij à prætore iuriſdictionem ſuam exercente. In quo maximè differunt à iudicibus, quia iuriſdictionis eſt dare iudicem, & magiſtratum eſſe oportet, aut ſaltem magiſtratus officio fungi eum, qui iubere velit iudicare, vt ſuprà dixi, ex *leg. 3. in fin. leg. cum quis 13. de iuriſdict.* Planè vbi ſemel quis in ſe recepit arbitrium, ad curam & ſolicitudinem ſuam hoc quoque pertinere putat prætor, vt eum cogat ſententiam dicere, non tantùm quod ſtudeat lites finiri, verùm etiam quia non debent decipi, qui eum tanquam virum bonum elegerunt, vt ſequitur in textu.

c *Quòd ſtudeat lites finiri.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad finem, *legis primæ, ſuprà hoc tit.*

d *Quaſi virum bonum.* Ratio dubitandi. Si arbiter compromiſſarius eligeretur à litigatoribus, vt pronunciaret tanquam vir bonus, non aliter ſtandum eſſet ipſius ſententiæ, quam ſi id ipſum pronunciaret quod alioqui vir bonus quilibet pronunciare deberet. Atque ita redigendum eſſet arbitrium eius ad arbitrium boni viri, etſi nominatim perſona eius expreſſa eſſet, *leg. ſocietatem mecum 76. infr. pro ſocio, leg. hac vendit. 7. infr. de contrah. empt.* Atqui hoc falſum eſt. Standum enim omnimodo eſt ſententiæ arbitri ad quem ex compromiſſo itum eſt, ſiue æquum ſit ſiue iniquum quod ille pronũciauit, *d. l. ſociet. verſ. arbitror. l. diem proferre 27. §. ſtari autem, infrà hoc tit.* Ergo cùm litigatores compromittunt in aliquem nominatim, putà in Titium, dicendum eſt, electum ab iis Titium quaſi Titium, non quaſi virum bonum.

Ratio decidendi. Habuerunt quidem litigatores reſpectum ad perſonam certam, id eſt, Titij, non ad perſonam incertam cuiuſlibet boni viri, ob idque; nec poteſt peti reductio ad arbitrium boni viri ſi Titius aliquid iniuſtè pronunciauerit. Sed tamen negari non poteſt quin Titius ipſe electus ſit tanquam vir bonus, & quem veriſimiliter litigatores nunquam elegiſſent, niſi eum pro viro bono habuiſſent. Ad bonitatem viri officium illud etiam pertinet, vt fidem datam ſeruet, *leg. 1. ſupr. de pact. leg. 1. de conſt. pecun.* Meritò igitur prætor eum, qui arbitrium recepit cogit ferre ſententiam. Ne alioqui decipiantur, qui eum quaſi virum bonum diſceptatorem inter ſe elegerunt. Cætera quæ ſequuntur in textu non ſunt obſcura.

e *Poſt nudata vtriuſq; intima.* Ratio dubit. Etiamſi nudata ſint, & aperta arbitro compromiſſario vtriuſq; partis intima & ſecreta, nulli tamen iniuriam facit arbiter ſi ſententiam nolit dicere, quia neutrius litigatoris ius in eo læditur. Non igitur bona eſt, ratio propter quam cogendus ſit ſententiam dicere: præſertim cùm etiam aliquando permittatur, quod multò iniquiùs eſt, vt quis poſt nudata ſibi, & aperta vnius partis intima & ſecreta, poſſit tamen etiam aduerſæ partis aduocatus eſſe, vt in ſpecie, *l. vlt. ſupr. de poſtul.*

Ratio dec. Non poteſt doli ſuſpicione carere is, qui arbitrium in ſe recepit, ideo tantùm, vt vtriuſque partis intima, & ſecreta negotij inueſtigaret, ſi poſtea didiſcita ſententiam ferre recuſet. Quid enim ad eum pertinebat illa ſcire ſi nollet poſtea ſententiam dicere? Quod verò obiicitur ex *d. l. vlt. de poſtul.* alienum eſt, & ſpecialem rationem habet, quam ibi diximus.

f *Vel*

f *Vel ſordibus corruptum.* Ratio dubitandi. Non eſt cogendus arbiter ſententiam dicere ſi eum vel ſordibus vel qua alia ratione turpiter corruptum eſſe appareat, *lege ſed ſi 9. §. ſunt & alij infrà hoc tit.* Sunt enim iſti prohibendi potius ne iudicent, quàm cogendi ve iudicent qui ſe corrumpi patiuntur. Ergo non eſt bona ratiocinatio quæ in hoc loco fit ab Vlpiano.

Ratio decidendi. Multum intereſt an quis ideò corruptus ſit vt malè pronunciet, an verò vt non pronunciet is, quem certum eſt ſi pronunciare cogatur benè ac iuſtè pronunciaturum. Priore caſu arbiter ſententiam dicere non ſolùm cogendus non eſt, ſed etiam prohibendus eſt. Nam etſi pronunciaret, neque arbitrio ipſius pareretur, non tamen poſſet pœna efficaciter peti, ſed eius petitio doli mali exceptione ſubmoueretur, *lege non diſtinguemus 32. §. cùm quidam infrà.* Poſteriore verò caſu nihil vetat cogi arbitrium ſententiam dicere, quam bene dicturus ſit. Et ita iam olim Ioannes ab Accurſio hìc relatus diſtinguebat.

2 ¶ Ait prætor: *Qui arbitrium pecunia compromiſſa g receperit.*

Ad §. 2. Ait prætor.

g *Pœna compromiſſa.* Ratio dubitandi. Etiam cùm pœna nulla promiſſa eſt, datur tamen ex compromiſſo petitio eius quod intereſt, *l. diem proferre 27. §. vlt. & leg. ſeq. infrà.* Ergo fruſtrà prætor in edicto adiecit verba iſta, *pœna compromiſſa.*

Ratio decidendi. Non eſt quidem neceſſaria pœnæ adiectio vt ex compromiſſo detur actio incerti ad id quod intereſt, ſed eſt neceſſaria ad hoc vt arbiter cogatur ſententiam dicere, *lege litigatores 11. §. quod ait, & ſequentibus.* Vſque ad finem, *legis infrà eodem.* Eſt enim longè facilius vt ex compromiſſo etiam nulla pœna promiſſa obligentur litigatores qui inuicem ſtipulati ſunt, quàm arbiter qui nihil per ſtipulationem promiſit, ſed tantùm in ſe arbitrium recepit. Sunt autem hæc prima verba edicti, ſed manca, niſi cum Accurſio ſuppleas, *eum arbitrium & ſententiam ferre cogam.*

3 ¶ Tractemus de perſonis arbitrantium. Et quidem arbitrium cuiuſcunque dignitatis [h] coget officio, quod ſuſceperit, perfungi: etiam ſi ſit conſularis niſi fortè ſit in aliquo magiſtratu poſitus [i] vel poteſtate, conſul fortè, vel prætor: quoniam in hoc imperium non habet [k].

Ad §. 3. Tractemus.

h *Cuiuſcumque dignitatis.* Ratio dubitandi. Non patitur ciuilis legiſlator vt quiſquam ciuis Romanus cogatur præciſè ad factum, quia non poſſet id fieri citra vim & impreſſionem, quæ ciuis Romani libertatem imminueret. Quod cùm in cuiuſque perſona indignum eſſet, tum in illius maximè qui clara dignitate aliqua præfulgeret, arg. *leg. 2. ſupr. de in ius vocand.* Indéque eſt quod generaliter placuit in omnibus faciendi obligationibus ſi non fiat quod promiſſum eſt ſuccedere in locum facti præſtationem eius quod intereſt, *lege ſi quis ab alio 13. §. vlt. de re iud. leg. quoties quis alium 81. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. in fine principij de verb. oblig.* Atqui pronunciare & ſententiam ferre facti eſt. Ideóque iudex eſſe prohibetur natura is qui mutus eſt, quia pronunciare non poteſt, *lege cùm prætor 12. §. penult. infra de iudic.* Ergo inciuile eſt cogi à prætore clarum hominem & alta dignitate præditum, putà virum conſularem vt pronunciet. Idémque multò magis tractari poteſt, de quolibet magiſtratu, quamuis ſit minor & inferior prætore. Vix enim eſt vt poſſit cogi pronunciare ſalua dignitate ac veneratione, quæ magiſtratui debetur.

Ratio decidendi. Cum dicimus cogi quem à prætore vt ſententiam ferat, non ſic intelligimus vt præciſè cogatur ad pronunciandum, ſed vt cogatur pignoribus captis vel aliqua mulctæ comminatione, quomodo Senatores olim ire in Senatum cogebantur. Et quomodo etiam ſolet prætor eos cogere qui tenentur cauere quod æquè facti eſt, ſiue de damno infecto cauendum ſit, ſiue legatorum aut fidei commiſſorum ſeruandorum cauſa, *lege ſi cui 5. infr. vt in poſſ. legat.* Nam & hæc remedia prætoris appellantur in *leg. 1. §. quid ergo ſi non reſponderit de inſpic. ventr.* In quo fit nulla iniuria dignitati quantacunque dignitas ſit. Quinimò quo maior dignitas eſt eius qui arbitrium in ſe recepit, tantò magis cauendum eſt ne litigatores per eum decepti videantur.

i *Niſi fortè in aliquo magiſtratu poſitus.* Ratio dubitandi. Arbitri officium priuatum eſt non publicum, vt diximus ad §. 1. *huius legis.* Ergo quamuis Conſul vel prætor ſit is qui arbitrium in ſe recepit, perinde tamen dicendum eſt cogi eum poſſe à prætore, atque alium quemlibet, quia non quaſi Conſul vel prætor cogatur, ſed tanquam priuatus quilibet, arg. *lege ſi paterfamilias 15. de adopt.* Et quemadmodum ſolemus dicere filiumfamilias in iis quæ ad publicum ius pertinent non ſequi ius patriæ poteſtatis, *lege nam quod 14. ad SC. Trebell.* Itémque etiamſi prætor ſit is qui alienam iuriſdictionem exercet, non tamen pro ſuo imperio id agere, ſed fungi partibus eius qui mandauit, *leg. 3. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Ita è contrario dicere poſſumus Conſulem vel prætorem in iis quæ ad priuatum ipſius ſtatum & officium pertinent, non tam Conſulis aut prætoris quam priuati cuiuſlibet iure cenſendum eſſe: ac proinde vt alium quemlibet etiam à prætore ad ferendam ſententiam cogi poſſe.

Ratio decidendi. Magiſtratus qui ſuperiore aut pari ſunt imperio, nullo modo cogi poſſunt: non ſolùm quia neque par in parem, neque minor magiſtratus in maiorem vllum habet imperium, *lege ille à quo 13. §. tempeſtiuum, ad SC. Treb.* Sed etiam quia ei qui magiſtratum & dignitatem publicam gerit permittendum non eſt vt ſiue arbitrium ſuſcipiendo, ſiue quid aliud faciendo ſe obliget ad ea perpetienda, quæ dignitatem ipſius lædere vel minimùm poſſint, quippe quam non à ſeipſo habeat, ſed à republica. Nam ſi verum eſt, vt eſt, neminem eſſe dominum membrorum ſuorum, *leg. liber homo 13. ad leg. Aquil.* multò magis verum eſt neminem eſſe dominum ſuæ dignitatis, vt tanquam dominus lædendæ ipſius ius habeat vel imminuendæ. Niſi quod ſe inferioris etiam magiſtratus iuriſdictioni ſubiicere poteſt, *lege eſt receptum 14. de iuriſdict.* Nemo autem non videt lædi maximè dignitatem Conſulis vel prætoris ſi cogatur à pari vel à minore magiſtratu vt quid inuitus faciat, quamuis non quaſi Conſul vel Prætor cogatur, ſed quaſi priuatus. Non idem eſt in Conſulari viro vel Prætorio, id eſt, qui conſularem dignitatem, vel prætoriam aliquando geſſit. Hic enim dignitatem quidem retinet, ſed non auctoritatem, id eſt, dignitatis imperium & maieſtatem, quæ ſola facit ne pari minoriue imperio cogi poſſit.

k *Quoniam in hos imperium non habet.* Id eſt, in horum perſonas, quia non tantùm dignitas, ſed etiam perſona ſuperioris magiſtratus exempta eſt à iuriſdictione inferioris: adeò difficile eſt vt in iis quæ contra dignitatem fierent, perſonæ dignitas à perſona ipſa ſeparetur.

4. PAVLVS lib.13.ad Edictum.

NAm magiſtratus ſuperiore [a],aut pari imperio,nullomodo poſſunt cogi. Nec intereſt antè [b],an ipſo magiſtratu arbitrium ſuſceperint. Inferiores poſſunt cogi [c].

Ad leg. Nam magiſtratus. 4.

a *Superiores.* Hoc malo, quàm vt in Pand. Flor. *ſuperiore*, ne quis fortè putet Pauli ſenſum hoc loco eum eſſe, vt magiſtratus non poſſint cogi ſuperiore imperio, vt neque pari poſſunt: quod certè falſum eſſet. Neque enim ob id minùs cogi magiſtratus poteſt, ſi modò ſuperiore non pari aut inferiore imperio cogatur. Itaque rectè Accurſius quod ſequitur *pari imperio*, refert ad præcedentem dictionem *magiſtratus*, non ad ſubſequentem *cogi*, ac ſi ſcriptum eſſet apertiùs magiſtratus, qui ſuperiore aut pari imperio præditi ſunt, non poſſe cogi ab inferioris aut paris imperij magiſtratu. Atque ita Florentina lectio explicanda eſt, ſi legere malis *ſuperiore*, quàm *ſuperiores*, ponendáque virgula eſt poſt dictionem *imperio*, vt appareat ablatiuos iſtos regi à verbis præcedentibus, non à ſequentibus.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem eſt quæ ad §. *vlt. legis praeced.* Iunge, *leg. præcipimus* 32. §. *penult. C. de appell.* & quod hîc ſcriptum eſt intellige, niſi is qui maior vel æqualis, & par eſt. Subiiciat ſe alterius iuriſdictioni, *d. l. eſt receptum* 14. *ſupr. de iuriſdict.*

b *Nec intereſt ante.* Ratio dubitandi. Cùm quis ante magiſtratum ſuſcepit in ſe arbitrium, ius quæſitum eſt litigatoribus, vt arbitrum ex hoc edicto poſſint cogere, §. *aut prætor.* & §. *præcedent. lex. proxim. ſuprà.* Ergo ſuperueniens dignitas magiſtratus hoc ius eis quæſitum tollere non debet, nec poteſt. Quid enim poſſis ideò litigatoribus imputare?

Ratio decidendi. Honori perſonarum hoc debetur, & dignitati, argument. *leg. non diſtinguemus* 32. §. *ſacerdotio obueniente, infrà hoc tit.* Eſt enim ſemper antiquius ius reipublicæ quàm priuatorum, *leg.* 1. §. & *generaliter de ventr. in poſſ. mil. leg. poſtliminium* 19. §. *filius vnoque. de captiu. & poſtlim.*

c *Inferiores poſſunt cogi.* Ratio dubitandi. Inferiores quoque magiſtratus operam ſuam reipublicæ debent, non priuatis litigatoribus. Ergo cùm non tantùm honori perſonarum, ſed etiam vtilitati reipublicæ hoc debeatur, ne magiſtratus cogatur ſententiam dicere, quia eos vacare reipublicæ oportet, *dict.* §. *ſacerdotio, leg.* 32. *infrà, hoc tit.* Non videntur inferiores magiſtratus à ſuperioribus diſtinguendi.

Ratio decidendi. Non eſt alienum à reipublicæ vtilitate, vt arbiter quamvis magiſtratus ſit cogatur ferre ſententiam, cùm non eò minùs futurum ſit, vt cætera etiam quæ ad magiſtratus officium pertinent exequatur. Nam nec credendum eſt, vſque adeò præcisè coactum iri magiſtratum inferiorem à prætore, vt ea quæ ex officio primùm facere debeat, cogatur negligere aut in aliud tempus differre. Sanè is quoque cui ſacerdotium obuenit, ſi arbitrium ſiue antè, ſiue poſt receperit, cogi poteſt vt pronunciet, adeóque multò magis ſi poſt ſuſceptum arbitrium, quàm ſi ante obuenerit, *d.* §. *ſacerdot.* Faciliùs enim eſt, vt ſuperueniens dignitas afferat excuſationem, vt & cætera quæ arbitrium excuſare ſolent, de quibus in *l. licet* 15. *infr. h. tit.* Quia poteſt arbiter probabiliùs cauſari, non fuiſſe ſe arbitrium recepturum ſi de ſuſcipiendo magiſtratu cogitaſſet, nec minùs ſuæ promiſſioni, quàm cæteris priuatorum conuentionibus tacitam illam conditionem ineſſe, *ſi res in eodem ſtatu manſerint*, arg. *l. cùm quis* 38. *l. ſi cùm Cornel.* 82. *de ſolut.* Iunge, *l. iudicium ſoluitur* 58. *infr. de iudic.*

5. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

SEd & filiusfamiliàs compelletur.

Ad leg. Sed & filiusfamilias. 5.

Ratio dubitandi. Coactio quæ fit ex hoc edicto non præcisè fit, ſed pignoribus captis, & mulctæ alicuius comminatione, vt ſcripſi ad *vlt. l. 3. ſuprà.* Atqui filiusfamilias iure iſto Pandectarum bona nulla habebat, quæ capi poſſent pignori, aut in quæ fieri poſſet executio iudicati ad exigendam mulctam irrogatam, quia omnia acquirebat patri, *leg. lex Cornelia* 28. *ante finem de vulg. & pupill. ſubſtit. leg. placet* 79. *de acquir. hered. leg.* 1. *ſi quis à parent. manumiſ. ſit.* Ergo fruſtrà eſt ſi prætor velit filiumfamilias qui arbitrium in ſe recepit, ad ſententiam ferendam compellere, quippe cùm futurum ſit, vt imperium prætoris propter ſuam egeſtatem poſſit eludere, vt in *leg. ſi quis* 35. *de iniur.* quod tamen multò magis alienum fuerit à maieſtate prætoris. Multum enim de magiſtratus dignitate, & auctoritate diminuitur, ſi ea imperet quæ ſubinde non poſſit mandare executioni eo inuito qui parêre nolit.

Ratio decidendi. Poteſt, coactio hæc fieri non tantùm captis pignoribus, ſed aliis quoque variis modis. Nec inutile erit aut eluſorium imperium prætoris, tametſi eo tempore filiusfamilias nulla dum bona habebat cùm futurum ſit, vt habeat aliquando, poſſitque iudicati executio in id tempus differri. Quomodo aliàs dicere ſolemus non eſſe inutilem fideiuſſionem ſi filiusfamilias pro patre fideiubeat, *l. ſi dubitet* 10. §. *filiusfam. de fideiuſſ.* Quia, vt eo loco ait Vlp. & poterit conueniri ea ex fideiuſſione cùm ſui iuris effectus fuerit, & interim poteſt condemnari.

6. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

QVinetiam de re patris dicitur filiumfamiliàs arbitrum eſſe: nam & iudicem eum eſſe poſſe [a], pleriſque placet.

Ad leg. Quinetiam. 6.

R. dubit. Qui iuriſdictioni præeſt, neque ſibi neq; ſuis ius dicere debet, *l. qui iuriſd.* 10. *ſupr. de iuriſd.* Ergo de re patris arbiter eſſe filiusfam. non debet, tantum abeſt, vt ſi eſſe noluerit cogendus ſit à prætore ſententiam ferre. Sic enim fiet, vt de re ſua quodammodo arbiter eſſe videatur, cum etiam viuo patre filiosfamil. rerum paternarum dominus quodammodo exiſtimetur, *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſt. l.* 1. §. *largius de ſucceſſ. edict.*

R. dec. Arbitrium ſuſcipere & ex compromiſſo ſententiam ferre eſt, extra cauſam iuriſdictionis, *leg.* 3. §. *tametſi, ſupr.* Quia id priuati potius officij eſt, ſibique debet imputare qui talem arbitrum elegit, quique cum patre litigaturus filium eius habere iudicem vltro voluit, *l. diem proferre* 27. §. *ſtari autem, inf. hoc tit.*

a *Nam & iudicem eum eſſe poſſe.* Ratio dubitandi. Cùm multæ ſint inter iudicem & arbitrum, vt diximus ad *l.* 1. *ſupr.* tum illa maximè quantum ad rem noſtram pertinet, quod iudicãdi munus, & officium publicum eſt, *leg. quippe* 78.

quippe 78. de re iudic. Arbitrium verò ſuſcipere priuati officij eſt, vt proximè diximus. Item iudex à magiſtratu datus adſtrictus eſt formulæ, ex cuius præſcripto iudicare omnimodo cogitur, quæ res facit vt filiusfamilias, qui in cauſa patris ius dicere non poteſt, *d. l. qui iuriſd.* vbi dixi, iudicare tamen, & iudex eſſe poſſit, *l. in priu. 77. infrà de iud.* Arbiter verò nulli formulæ obſtrictus eſt, & pro arbitrio poteſt pronunciare, ſiue æquum ſiue iniquum pronunciet, *d. l. diem proferre. 27. §. ſtari autem infrà, hoc tit.* Non eſt igitur bona ratiocinatio Iuriſconſulti inferentis, Poſſe filium eſſe arbitrum in cauſa patris, ex eo quod pleriſque placeat, iudicem illum etiam in cauſa patris eſſe poſſe. Nam in iis quæ ad publicum ius pertinent, certum eſt filiumfamil. non ſequi ius poteſtatis, *leg. nam quod 14. ad SC. Trebell.* quæ tamen priuatis omnibus officiis potior eſſe debet.

R. dec. Bona eſt hac parte æquiparatio iudicij & arbitrij. Non ob id ſolùm, quòd redacta ſint compromiſſa ad inſtar iudiciorum, *leg. 1.* ſed etiam quia multò maior ratio eſt, propter quam permitti debeat filio, vt ſit arbiter in cauſa patris, quam vt ſit iudex. Quamvis enim non ſicut iudex, ita arbiter adſtrictus ſit formulæ, publicóque munere fungatur, hoc tamen ampliùs eſt, in arbitro quàm in iudice, quod arbitrum litigatores eligunt, iudicem verò non item: ideóque poteſt imputari litigatori qui filiumfamil. elegit arbitrum cur talem elegerit, itémque cur compromiſerit: quod non ſimiliter imputari poteſt, ei qui & iudicium, & iudicem accepit, cùm iudicium reddatur in inuitum, *leg. inter ſtipulantem 83. §. de verbor. oblig.* Nemo autem compromittit inuitus. Ergo ſi poteſt filiusfamil. iudex eſſe in cauſa patris, multò magis poteſt arbiter.

7. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

PEdius libro nono, & Pomponius libro trigeſimo tertio ſcribunt, parui referre: ingenuus quis, an libertinus ſit: integræ famæ quis ſit arbiter, an ignominioſus a.

Ad leg. Pedius. 7.

Ratio dubitandi. Non eſt permittendum homini libertino: vt ingenuorum officia peragat. Publicè námque intereſt non confundi hominum conditiones, *leg. vnic. C. ad l. Viſel.* Ea verò maximè libertinis interdicta ſunt, per quæ fiat, vt ab operis patrono præſtandis libertus reuocetur, quia eas natura debet, *leg. ſi non ſortem 26. § libertus, in fin. de condict. indeb.* Vnde eſt, quod nec militiæ nomen dare libertus poteſt ſine iniuria patroni, ſi non patronus ipſe conſentiat. Nempe cùm libertus talis eſt, qui ad operas præſtandas ſit obligatus, *leg. operis obligat. 45. de oper. libert.* Atqui tale quippiam eſt arbitrium ſuſcipere, quoniam arbiter de cauſa neque cognoſcere, neque pronunciare poteſt, quin operam ſuam in eam rem præſtet. Vix autem eſt, vt eodem tempore eadem perſona diuerſis perſonis operas diuerſas præſtet extra caſum, *leg. duorum 49. eod.* Ergo non eſt, permittendum libertino, vt arbitrium in ſe recipiat, niſi ſub ea ſaltem exceptione. Ni patronus conſentiat.

Ratio decidendi. Non magis ingenui, quàm libertini hominis eſt arbitrium ſuſcipere; neque in eo fit vlla iniuria patrono, quia neque ius patronatus, neque operas per hoc amittit. Quid enim vetat libertum, & operas præſtare patrono, & nihilominùs ferre ſententiam? Taceo quod ingenuitatis, & libertinitatis iura ſunt penè conſonantia hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in *§. ſed noſtra, Inſt. de ſucceſſ. libert.* Iunge *l. cùm hi 8. §. nihil autem, ſuprà de tranſact. l. 2. C. de poſtul.*

a *An ignominioſus.* Ratio dubitandi. Etiamſi nulla lex ſit quæ prohibeat infamem perſonam arbitrium in ſe recipere, honeſtatis tamen ratio hoc ſuadere videtur, vt qui infamis, & ignominioſus eſt, non magis arbiter eſſe poſſit quàm iudex, *leg. cùm prætor. 12. §. penultim. infrà de iudic. iunct. leg. 2. ſuprà de Senator.* Quomodo de adſeſſore ſcriptum legimus, in *leg. 2. ſuprà de offic. adſeſſ.* Quam enim ſatis probam iuſtámque ſententiam ab eo expectare poſſit prætor quem famoſum eſſe videat, & ignominioſum? Maximè verò cùm quiſquis arbiter eligitur, quaſi vir bonus eligatur, *§. eamet ſi leg. 3. ſuprà.* Quia enim tam contrarium, vt qui propter ſuam turpitudinem infamis eſt, vir bonus exiſtimetur?

R. dec. Famoſis & notatis, id eſt, quos ſcelus aut vitæ turpitudo inquinat, & quos infamia ab honeſtorũ cœtu ſegregat, dignitatis quidẽ portæ patẽre non debent, *l. 2. C. de dignit. lib. 12.* Sed dignitas non eſt, Eſſe arbitrum, vt eſt, Eſſe iudicem, vel ius dicentem, vel ius dicenti aſſidentem, vel etiam aduocatum, *l. 1. §. hoc edicto. ſupr. de poſtul.* Pertinet enim, id potius ad priuatum officium, quod vltro quis velit, litigatoribus exhibere, à quibus electus fuit, & qui proinde ſibi debent imputare cur talem elegerint, *d. l. diem profer. 27. ſtari autẽ, inf. h. t.* Itaq; non ſunt ſimilia iudiciis hac parte compromiſſa. Facilè tamen admitto, quod vult Accurſ. Excõmunicatum non poſſe arbitrum eſſe, nec ſi arbitrium in ſe receperit, ſententiã tamen ferre cogendum. An verò ſimiliter admittendum eſt quod vult idem Accurſ. infamem poſſe procur. eſſe? Ita vulgò noſtri putant ex *§ vlt. Inſt. de except.* Vnde ſolent etiã inferre, quod multò grauius, & pernicioſiùs eſt, procuratores eſſe infames. Omnino malè, vt equidem exiſtimo. Quod enim Iuſt. in *d. §. vlt.* iubet cõquieſcere exceptiones, quæ olim ſolebant opponi propter infamiã vel dantis, vel ipſius procuratoris, non eam rationem habẽt quid etiam infamis poſſit eſſe procurator. Alioqui ſi ex iuris ratione ita eſſet, nonniſi fruſtrà ſtultéque exceptio de infamia procuratoris obiiceretur, ſed vt Iuſtin. ipſe ait; ne dum de huiuſmodi exceptionibus altercatur, ipſius negotij diſceptatio protelatur. Ex quo apparet; nec hodie admitti poſſe infamem, vt ſit procurator ſi de ipſius infamia clarè ac liquidò conſtet, ita vt de eo diſceptari non oporteat, nec dubitari amplius poſſit.

5 ¶ In ſeruum Labeo compromitti non poſſe libro vndecimo ſcribit: & eſt verum.
¶ Vnde Iulianus ait, ſi in Titium & ſeruum compromiſſum ſit, nec Titium cogendum ſententiam dicere b, quia cum alio receperit: quamvis ſerui (inquit) arbitrium nullum ſit. Quid tamen, ſi dixerit ſententiam Titius? pœna non committitur c: quia non, vt receperit, dixit ſententiam.

Ad §. In ſeruum. 1.

Ratio dubitandi. Seruus non eſt incapax eorum quæ ſunt ex iure, & æquitate naturali, quia eo iure omnes homines ſunt pares, *l. quod attin. 32. de reg. iur.* nec item eorum, quæ ſunt facti, *l. qui hered. 44. de condic. & demonſtr.* Atqui ius naturale non repugnat quominus, is qui ſeruus eſt, & vir bonus ſit, & eo ingenio præditus, quo facilè poſſit æquum ab iniquo diſcernere, quod faciũt etiam plerique iuris noſtri, & bonorum omnium literarum ignari, & ſolo naturali lumine edocti. Quidni ergo poterit etiam ſeruus eſſe arbiter? Præſertim cùm hoc quoque caſu poſſit ratio illa vſurpari, quam nos iam toties vſurpauimus, quod imputare ſibi debeant qui tamen elegerunt.

Ratio decid. Seruus omnino incognitus eſt, nec tantùm

cùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, nec vllam iuris ſine ciuilis, ſiue prætorij communionem habet, *leg. qui teſtamento 20.§. ſeruus quoque qui teſtam. facer. poſſ.* Adeò vt neque extra ordinem compellitur, *leg. nullo modo 7. infr. de leg. Cornel. de falſ.* Atqui ſiue arbitrij ſiue arbitratus nomen à litigatoribus vſurpetur ius ſignificat non factum, *leg. illa verba 68. de verb. ſignific.* Ergo in ſeruum non cadit. Nec poteſt ſeruus à prætore cogi, vt ſententiam dicat, cùm tamen neceſſe ſit poſſe eum cogi ſi permittatur ei, vt arbitrium in ſe recipiat. Ne alioqui melioris conditionis ſit quàm liberi, adeóque quàm ipſi magiſtratus, quos ſuprà diximus ſi prætore inferiores ſint à prætore cogi poſſe. Sed nec ſi vltro ſeruus ſententiam dixerit, fieri tamen poteſt, vt valeat effectúmque vllum habeat, cùm neque actionem parere poſſit ad pœnæ petitionem; neque exceptionem. Prætoris ſiquidem eſt, & actionem, & exceptionem dare, quarum neutrum dare poteſt ex ſententia per ſeruum dicta, quin hoc ipſo ſeruum adſciſcat ad iuris prætorij communionem.

b *Nec Titium cogendum ſententiam dicere.* Ratio dubitandi. Vtile per inutile non vitiatur, *lege proprium 5. infrà comm. prædiſtinas.* Ergo ſi in Titium, & ſeruum compromiſſum ſit, melius eſt dicere ſerui adiectionem pro ſupervacuo habendam eſſe, vt in *dict. leg. proprium, & in leg. fundus ille 64. de contr. empt. leg. placuit. 29. de vſufru.* Quàm vt eorum compromiſſum pereat. Nam & in dubio ea interpretatio, & ſententia capienda eſt, per quam actus confirmetur, non per quam deſtituatur, *leg. quoties 12. de rebus dubit. leg. quoties 89. de verbor. oblig.* Neque poteſt de eo conqueri, Titius cùm iam inde ab initio ſciuerit aut ſcire debuerit, ſerui arbitrium nullum eſſe. Exemplo eius ratiocinationis, quæ fit à Papiniano in *l. ſi Titius 48. de fideiuſſ.*

R. dec. In iis quæ diuidi, & ſeparari commodè poſſunt, vtile per inutile non vitiatur in *ll. ſuprad.* Sed in iiſque indiuidua ſunt aliud eſt, *l. cùm hi 8. §. ſi præt. ſup. de tranſ.* Eiuſmodi verò eſt cōpromiſſum, quod in plures factū eſt. Nec enim id litigatores egerunt, vt quod vnus ea iis cōſtituiſſet ratum haberent, ſed vt quod præſentibus, & deliberantibus omnib. maior pars ſtatuendum exiſtimaſſet, *l. item ſi vnus 17. §. item ſi. & §. vlt. l. quid tamen 21. §. penult. h. tit.* Ergo cùm in perſona ſerui ſit inutile cōpromiſſum, quod in Titium, & ſeruum factum eſt, non debet cogi Titius, vt ſententiam dicat ſolus, qui arbitrium in ſe cum alio recepit, non aliter, vt credibile eſt, recepturus.

c *Pœna non committetur.* Ratio dubitandi. Arbitrium ſerui nullum eſt, vt proximè diximus. Ergo etiamſi ſolus Titius ſententiam dixerit, cùm in eum & in ſeruum eſſet compromiſſum, perinde dicendum eſt, committi pœnam ac ſi Titius, & ſeruus ſimul ſententiam dixiſſent. Quid enim nocere debeat, quòd is defuerit quem adeſſe nihil profuiſſet?

Ratio decidendi. Ideò nimirum nullius momenti eſt, huiuſmodi compromiſſum, quia neque cum ſeruo Titius ſententiam dicere poteſt, cùm ea res ſit iuris, quæ proinde in ſeruum cadere non poteſt, vt diximus, ex *lege illa verba 68. de verbor. ſignificat.* Neque ſine ſeruo, quoniam ita fieret, vt non eo modo ſententiam diceret, quo recepiſſet. Quod non malè trahit, Accurſius ad iudices delegatos, vt à reſcripti verbis non magis debeant recedere, quàm arbitri à verbis compromiſſi, *dict. leg. item ſi vnus 17. §. item ſi plures, leg. Celſ. 23. §. idem ait, infrà hoc titulo, leg. 1. §. igitur præpoſitio. de exercit. action.*

PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd ſi ita compromiſſum ſit, vt vel alterutrius ſententia valeat, Titium cogendum.

Ad leg. Sed ſi ita. 8.

Ratio dubit. Etiam cùm quis compromiſit in Titium & in ſeruum, ita tamen vt vel alterutrius ſententia valeat, verum eſt de ſeruo non minùs, quàm de Titio actum eſſe, vt is ſententiam diceret. Alioqui de ſolo Titio tractandum erat non de alterutro, quo nomine ſignificatur quædam electio & alternatio, quæ porrò cadere non poteſt inter Titium & ſeruum, quia ſerui arbitrium, vt diximus nullum eſt. Ergo neque hoc compromiſſum valere poteſt. Nec enim cadit electio inter duo quorum alterum, vel nullomodo ſit, vel tale quid ſit quod nemo vnquam fuerit electurus, vt Bartolus docet ad *leg. ſæpè de verb. ſignif. leg. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc. leg. Stichum aut Pamphilum 95. de ſolution.*

R. dec. In alternatiuis vtraque res in obligatione eſt, quamvis disiunctiuè & alternatiuè, ideóque alterutrum perire omnimodo poteſt, licet alterum in obligatione eſſe vel nunquam potuerit, vel deſierit, *dict. leg. Stichum.* Vbi bene notant promiſſionem alternatiuam reſolui in ſimplicem per interitum vnius extremorum, ex *leg. ſi in emptione 34. §. ſi emptio. de contrahenda emptione, lege cùm pater 29. de iur. dot.* Ergo & in propoſito compromiſſum factum in Titium vel in ſeruum alternatiuè, aut, quod idem eſt, in vtrumque quidem coniunctim; ſed ita tamen vt alterutrius ſententia valeat, ſic accipi debet ac ſi ſolius Titij mentio facta eſſet, quia ſerui perſona iam inde ab initio inutiliter adiecta fuit, quæ tamen etiamſi vtiliter adiecta fuiſſet, non eò minùs dicendum eſſet ſolius Titij ſententiam valere, & quidem ex forma ipſius compromiſſi: & conſequenter ſolum Titium cogi poſſe, *leg. non diſtinguemus 32. §. cùm in plures, infrà hoc tit.*

9. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

SEd ſi in ſeruum compromittatur, & liber ſententiam dixerit: puto, ſi liber factus fecerit conſentientibus partibus, valere.

Ad l. Sed & ſi in ſeruum. 9.

Ratio dubitandi. Vniuſcuiuſque conuentionis, & rei initium ſpectandum eſt, *leg. 3. §. ſocio, ſupr. de minor. l. ſi procuratorem 8. infrà mandat. leg. 1. §. ſi ſeruus depoſuit, infr. depoſiti. l. ſi tantùm 12. infr. de SC. Maced.* Atqui compromiſſum ab initio fuit inutile, factum ſcil. in ſeruum cuius arbitrium nullum eſt, *leg. Pedius 7. §. 1. ſuprà.* Ergo neque ſententia ea eo dicta valere poteſt, quamvis dicta ſit à libero conſentientib. partibus. Nec enim ratio & auctoritas iuris eſt, in poteſtate contrahentium, vt ex eorum voluntate & arbitrio debeat pendere.

Ratio decidendi. Conſenſus litigatorum, qui poſt arbitri libertatem ſupervenit, efficit vt eo tempore ex integro compromiſſum videatur, argument. *lege vnic. in fin. Codic. ſi rect. promnc. vel ad eum pertin. ſponſalit. deder.* Valet ergo ſententia quaſi ea nouo compromiſſo reddita. Malè hîc vulgò, *ſi liber factus receperit.* Legendum enim eſt *fecerit*, vt Flor. non *receperit. Fecerit*, inquam, id eſt, ſententiam dixerit.

1 ¶ Sed neque in pupillum, neque in furioſum, aut ſurdum, aut mutum compromittetur, vt Pomponius libro trigeſimo tertio ſcribit.

Ad

Ad §.1. Sed neque in pupillum.

Ratio dubitandi. Cùm quis in pupillum, vel in furioſum, vel in ſurdum aut mutum compromittitur, imputari poteſt litigatoribus qui talem arbitrum elegerunt, *l. diem proferre 27. §. ſtari autem infr. hoc tit.* Ergo ſi in huiuſmodi perſonas compromiſſum ſit, perinde valere debet compromiſſum ſit, atque ſi in alium arbitrum quemlibet factum eſſet.

Rat. dec. Enim arbitrum eligi oporteret qui controuerſiæ finem imponere arbitrio & iudicio ſuo poſſit: cùm compromiſſa non niſi ad finiendas lites pertineant, *l. 1. l. 3. §. tametſi ſupr.* Hoc verò neque pupillus, neque furioſus, neque ſurdus & mutus præſtare poſſunt, quia non tantùm iudicio, ſed etiam ſenſu penè omnino carent, *l. ſi tibi 8. §. vnius de oper. leg. l. 1. C. de falſ. monet.* Non magis quàm ſi iudices eſſe velint, quod neque iis permittitur, cùm etiam minori 25. annis interdictum ſit lege Iulia ne iudicare poſſit, *l. cùm l. Iulia 41. infr. hoc tit.* Nam cùm redacta ſint compromiſſa ad mitar iudiciorum ſi quæratur an quis poſſit eſſe arbiter, illud maximè inſpiciendum eſt an poſſit eſſe iudex. Eadem igitur ratio facit vt neque minor arbitrium ſuſcipere poſſit, neque mulier, *d. l. cùm lege & l. vlt. C. eod.*

2 ¶ Si quis iudex ſit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex eſt, ſive ſe compromitti iubere prohibetur lege Iulia: &, ſi ſententiam dixerit, non eſt danda pœnæ perſecutio [a].

Ad §.2. Si quis iudex.

Ratio dubitandi. Per compromiſſa faciliùs & breviùs quàm per ſolemnem iudiciorum ordinem lites expediuntur & terminantur. Inde namque compromiſſorum vſus & vtilitas deſcendit, *l. 1. ſupr. l. quandiu 37. inf.* Atqui officium boni iudicis eſt & eſſe debet, vt ſtudeat lites diminuere, citóque expedire quantum facere poteſt, *l. quidam 21. de reb. cred. l. 1. C. de adminiſt. tut.* Ergo non eſt prohibendus iudex ordinarius vt arbitrium in ſe recipiat. Nec rurſum vt iubeat in ſe compromitti, cùm ea ratione futurum videt vt citiùs lis terminetur. Neque enim verendum eſt ne iuriſdictioni ordinariæ præiudicium fiat, cùm non ad aliud iuriſdictio ordinaria ſit comparata, quàm vt controuerſiæ dirimantur, à quibus ſi per compromiſſum recedere litigatores maluerint, quidni ratum illud habendum eſt? *l. 1. §. inde quæritur, de oper. noui nunciat.* Nec poſſunt conqueri litigatores, quod inuitos eos iuſſerit iudex in ſe compromittere iniuncta iis neceſſitate recipiendi iudicem in arbitrum, quem tanquam iudicem recuſare non poſſunt. Et verò cùm plus ſit eſſe iudicem quàm arbitrum, cur non cui licet quod plus eſt, non licebit etiam quod eſt minus? ex reg. *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Rat. dec. Optimè lex Iulia prouidit ne poſſit quis eſſe arbiter in ea cauſa in qua eſt iudex. Ne ita fiat vt eximat ſe à iudicandi neceſſitate qua tenetur. Vbi enim ſemel dixiſſet ſententiam tanquam arbiter, non ei liceret poſtea iudicare, tanquam qui ei contra quem pronunciaſſet hoc ipſo nimis ſuſpectus factus eſſet, cùm iam votum emiſiſſet. Nam ſi ne quidem arbitrium valet, in quo libera facultas arbitri ſententiæ non eſt futura, *leg. item ſi vnus 17. § inde Pomponius infr. hoc titul.* Quantò magis neceſſe eſt liberum eſſe votum eius qui tanquam iudex ſit pronunciaturus? Atqui non eſſet liberum ei qui iam ſemel tanquam arbiter pronunciaſſet. Qua enim fronte in contrariam ſententiam pronunciaret, nbique ipſi contradiceret? Alterutrum ergo neceſſe eſt vt vel arbiter vel iudex eſſe prohibeatur. At verò non poteſt recuſare quominùs ſit iudex, cùm iudicandi non modò poteſtatem, ſed etiam neceſſitatem habeat ab eo cui iudicis dandi ius fuit. Interdici ergo ei debuit ne in ſe arbitrium reciperet, quod priuati officij eſt, & à litigatorum ſola voluntate non à iure publico proficiſcitur. Neque exiſtimandum eſt ius hoc aut lege aliqua aut conſuetudine aut etiam iure põtificio correctum eſſe. Illud planè verum eſt etiam ordinarium iudicem arbitratoris officio fungi poſſe, *cap. cùm tempore. Extr. hoc tit. cap. cauſam. Extr. de elect.* Nec aliud iure ciuili obtinere credendum eſt, ex quo etiam certum eſt multum referre an quis ſit arbiter, an verò arbitrator, *leg. ſocietatem 76. verſ. arbitrariorum enim infr. pro ſocio.* Arbiter enim ille eſt qui iudicis partes ſuſcipit, non qui hactenus interuenit vt experiatur an conſilio ſuo vel auctoritate diſcuti litem patiatur, *leg. Pomponius 13. §. recepiſſe, infr.* Arbiter eo prorſus modo iudicat quo iudicare deberet ſi iudex eſſet, idcóque verum emittit vt poſtea iudex amplius eſſe non poſſit. Arbitrator verò longè aliter, quem ideò amicabilem compoſitorem Bartolus & alij vulgò appellant. Nec proinde alienum illud eſt à dignitate & officio iudicis ordinarij. Sed & Galliæ legibus præclarè conſtitutum eſt, vt qui conſanguinitatis aut cognationis vinculo aliquo coniuncti ſint, non priùs audiantur ſi litigare velint apud iudicem quàm experti fuerint an ex compromiſſio & per arbitros ſine lite finiri controuerſia poſſit. Alius tamen in arbitrium compromiſſarum eligendus eſt, quàm qui in ea lite iudex ordinarius ſit futurus.

a *Non eſt danda pœna perſecutio.* Ratio dubitandi. Ipſo iure pœna committitur, quia verum eſt ſtipulationis conditionem extitiſſe, *leg. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. obligat.* Ergo actio ex ſtipulatu danda eſt, potiúſque ſuccurrendum eſſet per doli exceptionem aut aliam ei qui conueniretur vt in ſpecie, *leg. non diſtinguemus 32. §. cùm quidam infr. hoc tit. l. 2. §. circa de doli mal. except.*

Ratio decidendi. Compromiſſum quidem valet ipſo iure inter litigatores, quia non litigatoribus interdictum eſt per legem Iuliam ne tale compromiſſum faciant, ſed iudici ne arbitrium in ſe recipiat néve in ſe iubeat compromitti. Et ideò ſi iudex contra legem Iuliam ſententiam dixerit, cui parêre nolit vnus ex litigatoribus, pœna ipſo iure cõmittitur: & conſequenter pœnæ petitio cõpetit ipſo iure, ſed prætor cuius eſt actionem dare vel denegare perſecutionem pœnæ dare non debet, ac alioqui probare videatur quod lex Iulia improbauit. Nam & eatenus actionem dare poteſt, quatenus id ei per leges licet, *l. necnon 28. §. quod eius ſupr. ex quibus cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res de public. in rem act.*

3 ¶ Sunt & alij, qui non coguntur ſententiam dicere: vt putà ſi ſordes, aut turpitudo arbitri manifeſta ſit [a].

Ad §.3. Sunt & alij.

a *Si ſordes, aut turpitudo arbitri manifeſta ſit.* Ratio dubitandi. Etiam ſordibus vel gratia corruptus arbiter ſententiam tamen dicere cogitur, *l. 3. §. tametſi ſup. h. tit.* Ergo non eſt hæc iuſta cauſa non cogendi arbitri, ne alioqui melioris conditionis turpes & probroſi quàm probi viri.

Ratio decidendi. Sententiam dicere cogitur is qui ſordibus corruptus eſt, ne diceret non etiam is qui ideò

 corruptus

corruptus fuit vt malè & iniquè diceret quemadmodum ſcripſimus, ad *d. §. tametſi.* Cui addendum eſt quòd hîc notat Accurſius, ſi tamen arbiter hic ſordibus corruptus etiam vt malè & iniquè pronunciaret ſententiam dixerit non eò minùs & valere ſententiam, & pœnæ petitionem eſſe ipſo iure ſed doli mali exceptione ſummouendam, ex *l. 3. C. hoc tit. l. non diſtinguemus 32. §. cùm quid. tum infr. eod.* Aliud verò eſſe in ſententia iudicis pretio corrupti, ex *l. venales 7. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ.* Nempe quia pœna compromiſſa non petitur ex ſententia quæ ipſo iure non tenet, ſed ex compromiſſo, quod tenet: Hincque petenda eſt ratio diuerſitatis non inter ſententiam iudicis & ſententiam arbitri (nulla enim hac parte differentia eſt,) ſed inter actionem iudicati, & pœnæ petitionem. In quo videtur erraſſe Accurſius: ſicut & in eo quod addit, referre an iudex malè iudicauerit per ſordes an per gratiam. Quaſi poſteriore caſu ſententia ipſo iure teneat, ex *leg. ſeruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell.* Video enim iſta paſſim coniungi, nec quicquam referre an pretio corruptus quiſquam ſit an gratia, *dict. leg. 3. §. tametſi ſupr. leg. 2. Cod. de pœn. iudic. qui malè iudic.* Nec me mouet quod ſcriptum eſt, in *d. §. cùm prætor.* Ibi enim non de iudice agitur, ſed de prætore, cuius ſicut magna dignitas eſt, ita & maior rerum ab eo iudicatarum auctoritas, hactenus ſaltem vt appellationis auxilium ſit neceſſarium ei qui contra prætorem auſit allegare ſordes vel gratiam. Nam à prætore poterat olim appellari præfectus vrbi, *l. Æmilius 38. de minor.*

4 ¶ Iulianus ait, ſi eum infamauerunt litigatores, non omnimodo prætorem debere eum excuſare, ſed cauſa cognita.

Ad §. 4. Iulianus.

Rat. dub. Inter cæteras cauſas ex quibus placet excuſari poſſe & debere à prætore arbitrum ne cogatur ſententiam dicere vna illa eſt ſi fuerit à litigatoribus infamatus, *l. licet autem 14. inf. h. t.* Nam & ſufficeret ſpretum eum fuiſſe per hoc ſolum, quod ad aliũ litigatores iuiſſent, *§. vlt. & l. ſeq. infr.* Multò autem grauior iniuria eſt ſi fuerit à litigatoribus infamatus, quàm ſi ſpreta tãtùm eius authoritas proponatur. Vno enim caſu fit ei iniuria tanquam Titio, Alio autem non niſi tanquam arbitro. Solent verò non magis afficere illa quæ perſonam noſtram, quàm quæ officium duntaxat contingunt.

Ratio decidendi. Poteſt quidem ea res iuſtam non cogendi arbitri cauſam præbere ſi à litigatoribus infamatum ſe dicat, probétque: At cauſa cognita nec omnimodo, ſed interdum, vt ſcriptum eſt, in *d. l. licèt.* Poteſt námque infamatio tam leuis eſſe, aut tam vetus & per diſſimulationem fortaſſis abolita, vt nullam eius rationem haberi oporteat.

5 ¶ Idem & ſi ſpreta auctoritate eius ad iudicium.

10. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

VEl alium arbitrium.

11. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LItigatores ierint, mox ad eundem arbitrum redierint: prætorem non debere eum cogere inter eos diſceptare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, vt eum ſpernerent, & ad alium irent.

Ad §. idem & ſi ſpreta, & ad l. 10. & 11.

Ratio dubitandi. Minus eſt ſpernere auctoritatem arbitri quod fit cum ea neglecta litigatores eunt ad iudicem vel ad alium arbitrum, quàm arbitrum infamare. Atqui cùm litigatores arbitrum infamârunt, non ideò tamen omnimodo excuſandus eſt arbiter ne ſententiam dicere cogatur, ſed tantùm cauſa cognita vt proximè diximus. Ergo multò minùs admittenda eſt eius excuſatio qui ſuam auctoritatem à litigatoribus ſpretam eſſe conqueritur. Niſi ea ſaltem adiectio ſubiungatur, *cauſa cognita.*

Rat. decid. Ita nimirum hic locus accipi debet, vt hæc quoque excuſatio admittatur cauſa cognita, vt oſtendit ea dictio *idem & ſi*, quæ & continuatiua eſt & ampliatiua, vt noſtri loquuntur. Sed tamen facilius eſſe puto vt excuſatio hæc quàm vt ſuperior admitti debeat, quia quod ad hoc edictum attinet iniuria quæ fit Titio arbitro tanquã arbitro, grauior eſt quàm quæ fit ei tanquam Titio. Fit autem arbitro iniuria & contumelia tanquam arbitro, cùm ſpreta eius auctoritate iuerunt litigatores ad alium arbitrum aut etiam ad iudicem, ita vt ex eo videri poſſint à compromiſſo etiam quodammodo receſſiſſe. Vnde fit meritò, vt non debeant audiri ab eo quem ſpreuerunt, vt Accurſius ait ex *§. penultim. Nouell. 117. vt liceat matr. & auiæ §. penultim. verſic. non n. debent.* Cui ſimile illud eſt quod iactari ſolet, Eum qui in ſpretum & contumeliam iudicis attentaſſe probatur, non priùs audiendum eſſe, quàm attentata purgauerit, & contempti iudicis pœnam ſoluerit. Sed hoc ita debet accipi ſi ambo litigatores arbitrum contempſerint, & ad alium iuerint, non etiam ſi vnus tantùm ex litigatoribus. Ne alioqui in poteſtate ſit eius quem pœnitet compromiſiſſe, compromiſſum eludere, *l. ſi quis rem 30. infr. hoc tit.*

1 ¶ Arbitrum autem cogendum non eſſe ſententiam dicere, niſi compromiſſum interuenerit.

Ad §. 1. Arbitrum.

Ratio dubitandi. Etiamſi pœna nulla promiſſa ſit, non eò minùs tamen datur ex compromiſſo actio incerti ad id quod intereſt contra eum qui arbitri ſententiæ parêre non vult, *l. diem proferre 27. §. vltim. infr. hoc titul.* Ergo cùm non ſine effectu futura ſit arbitri ſententia, æquè cogendus eſt ille per prætorem vt ſententiam dicat, atqui ſi pœna promiſſa eſſet.

Ratio decidendi. Actio illa ſicut incerti eſt, quia datur ad incertam quantitatem, id eſt, ad id quod intereſt, ita & valdè incerta eſt, nec ſemper effectum habitura, quia cùm in facto non in iure conſiſtat, quatenus cuiuſque interſit, *l. quatenus 24. de reg. iur.* euenit plerúmque vt inopia probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam adeóque interdum ad nullam deducatur, *l. vltim. de prætor. ſtipulation.* At cùm pœna certæ quantitatis

promiſſa

promiſſa eſt, omnimodo committitur, quia non quærimus hoc caſu an aut quantum interſit, ſed ſolùm quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis, *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligatio.* Et hæc quidem ita dicenda ſunt ſi cum Accurſio ſic intelligas verba illa huius §. *niſi compromiſſum interuenerit*, ac ſi ſcriptum eſſet *niſi pœna promiſſa ſit*, ex *leg. non diſtinguemus 32. §. ſumma rei eſt, infr. hoc tit.* Sed tamen vix eſſe puto vt defendi poſſit hæc interpretatio cùm poſſit valere & effectum habere compromiſſum etiamſi neque pœna, neque aliquid quicquam pœnæ nomine promiſſum ſit, ſed ſimpliciter, *ſtari ſententiæ arbitri*, cùm ex eiuſmodi compromiſſo detur actio incerti, vt diximus ex *dict. lege diem proferre 27. §. vltim. infra hoc titulo.* Quomodo enim poſſet ea dari actio ex compromiſſo, quod eſſet inutile? Quòd vtile compromiſſum eſt, conſequens ſit vt ex eo quoque arbiter ſententiam dicere cogendus ſit. Aliud ergo eſt dicere, *niſi compromiſſum interuenerit*, aliud verò dicere, *niſi compromiſſum ſit pœnale.* Quanquam vix vllum ſit compromiſſum quod non ſit pœnale, & in quo certa quantitas non comprehendatur, ne probandum habeat qui vincet, ſua intereſſe, & quanti interſit. Ideóque cùm de compromiſſo tractant Iureconſulti, ferè ſemper ſubiiciunt pœnæ mentionem, vt in *dict. paragraph. vltim. & leg. 27. & leg. ſequent. infr.*

2 ¶ Quod ait prætor, *pecuniam compromiſſam*: accipere nos debere, non ſi vtrímque pœna numeraria, ſed ſi & alia res vice pœnæ, ſi quis arbitri ſententia non ſteterit promiſſa ſit: & ita Pomponius ſcribit. Quid ergo, ſi res apud arbitrum depoſitæ ſunt eo pacto[a], *vt ei daret qui vicerit*: vel *vt eam rem daret, ſi non pareatur ſententiæ*: an cogendus ſit ſententiam dicere? & puto cogendum. Tantundem, & ſi quantitas certa ad hoc apud eum deponatur, proinde & ſi alter rem[b], alter pecuniam ſtipulanti promiſerit: plenum compromiſſum eſt, & cogetur ſententiam dicere.

Ad §. 2. Quod ait prætor.

Ratio dubitandi. Verba illa edicti, *pecuniam compromiſſam*, loquuntur de promiſſione vtrimque facta, & quidem pecuniæ. Ergo de pœna nummaria vtrimque promiſſa.

Ratio decidendi. Pecuniæ appellatio tam in lege duodecim tabularum quàm in edicto prætoris patet latiſſimè, vt non modò nummos, ſed etiam res alias omnes quæ nummis æſtimari poſſunt comprehendat, *lege pecunia verbum 178. leg. pecuniæ nomine 122. de verborum ſignificat.* Iunge *leg. quæro 60. de iure dotium.* Nihil ergo intereſt an pœna nummaria promiſſa ſit, an quid aliud vice pecuniæ. Atque ita malo hîc legere, quàm vt vulgò *vice pœnæ.* Nam & cùm aliquid vice pecuniæ promittitur in pœnam, verum eſt dicere promiſſam eſſe pœnam. Non ergo vice pœnæ ea res promiſſa dici poteſt, ſed vice pecuniæ. Niſi ſuppleas & intelligas, *vice pœnæ nummariæ.* Promiſſionem tamen inter litigatores factam neceſſe eſt, non arbitro. Nec enim compromiſſum ſit inter arbitrum & litigatores, ſed inter litigatores ſolos, nec ea mente vt ipſi arbitro aliqua actio acquiratur, quæ ſubinde poſſit victori cedere, quomodo poſt Ioannem & Azonem putat Accurſ. ſed vt litigatori qui vicerit actio ea compromiſſo detur ſiue ad pœnam certam, ſiue ad id quod intereſt, vt proximè diximus. Ex quo ſequitur in hoc §. de rebus per litigatores arbitro datis eo pacto vt ei daret qui viciſſet, vel vt eam rem daret ſi non pareretur ſententiæ, non de pacto intelligi debet, quod litigatores inierint cum arbitro, ſed quod inter ſe.

a *Si res apud arbitrum depoſitæ ſunt eo pacto.* Ratio dubitandi. Non poteſt fieri compromiſſum pacto nudo, niſi prorſus inutiliter, quia ex pacto nudo agi nunquam poteſt. Proinde nulla pœnæ petitio competere poſſet ex eiuſmodi compromiſſo, niſi poneres pactum tale eſſe quod effectum habere poſſet per viam retentionis vt in ſpecie, §. *prox. ſeq.* Ergo non poteſt in hac ſpecie plenum videri compromiſſum propter quod arbiter cogendus ſit ſententiam dicere.

Ratio decid. Pactum hoc non eſt nudum quod in rei traditione interpoſitum fuit. Nam in traditionibus rerum quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtiſſimum eſt, *l. in traditionib. 48. ſupr. de pact.* Nec quod res arbitro ipſi traditæ ſint ad rem facit. Tantò enim facilior & certior eſt pœnæ perſecutio quæ ſit in ipſius arbitri manu & poteſtate. Nec præterea valde refert, an litigator colligatori rem tradat per ſe, an per manus arbitri, cùm ſufficiat tradi eam ex domini voluntate, vt dominium accipienti acquiratur, *l. 3. §. ſi debitorem de don. int. vir. & vxor. l. ſi ſeruus 61. §. locaui de fur.* Tantò magis igitur hoc caſu ſententiam dicere arbiter cogendus eſt, qui paratam videt pœnæ non tam perſecutionem quàm conſecutionem aduerſus eum qui ſententiæ parêre nolet, quamvis ſtipulatio nulla interuenerit. Etſi nec quicquam vetat hunc §. ſic intelligere vt inter litigatores adhibita fuerit ſtipulatio. Id enim conuenientius eſt iis quæ in hoc §. ſequuntur.

b *Proinde etſi alter rem.* R. dub. Compromiſſi nomen oſtendit mutuam promiſſionem vtrímque factam vt litigatoris vtriuſque par ratio conſtituatur. Ergo ſi ex litigatoribus alter rem, alter pecuniam ſtipulanti promiſerit, non poteſt dici plenum compromiſſum, ſed inſufficiens ex parte illius qui minus promiſit.

Ratio dec. Mutuam quidem promiſſionem à litigatoribus compromittentibus fieri neceſſe eſt, ſed vt eiuſdem rei vel quantitatis fiat, neceſſe non eſt, cùm quiſque ex litigatoribus tanti æſtimaſſe videatur id quod ſua intereſt, quãti eſt id quod deduxit in ſtipulationem. Cúmque non diſtinguamus in compromiſſis minóine an maior ſit pœna quàm res de qua agitur, *l. non diſtinguemus 32. in princ. inf. h. t.* Multò minùs diſtinguendum eſt an maiorem pœnam alius ex litigatoribus promiſerit alius verò minorem, an vterque eandem aut parem. Sufficit enim vt dixi in præcedentibus, præceſſiſſe compromiſſum ex quo poſſit competere vel petitio pœnæ vel retentio.

3 ¶ Interdum (vt Pomponius ſcribit) rectè nullo pacto fiet compromiſſum: vt putà ſi ambo debitores fuerunt[a], & pacti ſunt, ne petat, quòd ſibi debetur, qui ſententiæ arbitri non paruit.

Ad §. 3. Interdum.

Rat. dub. Ex compromiſſo nulla exceptio naſcitur, ſed pœnæ tantùm petitio, *l. 2. ſupr. hoc tit.* Atqui cùm pacto nudo ſit compromiſſum exceptio naſcitur ex pacto, non actio. Nec enim vnquam ex pacto nudo agitur, *l. iuris gentium 7. §. igitur nuda, ſupra de pact. l. Titius 34. infr. de præſc. verb.* Ergo compromiſſum pacto nudo fieri non poteſt, ſed omnimodo neceſſaria eſt ſtipulatio, quam & præſefert compromiſſi nomen. Promiſſionem

enim

enim cùm ſimpliciter dicimus eum intelligimus, quæ facta ſit per ſtipulationem, *l.1.Cod. de contr. ſtipul.* Neque verò ſufficit exceptionem habere, vt arbiter ſententiam dicere cogatur, *l. Pomponius* 13.§.1.*infr.*

Ratio decidendi. Stipulatio in compromiſſis ideò ſolet exigi, vt pœnæ perſecutio eſſe poſſit quæ alioqui ex pacto nulla eſſe poſſet. Quæ res faceret inutile compromiſſum, in quo nulla ſtipulatio interueniſſet. Ergo ſi quando contingat, vt nudo pacto interueniente compromiſſum poſſit habere effectum ad pœnam ex eo conſequendam iure exceptionis, perinde valere illud debet ac ſi vinculo ſtipulationis munitum eſſet. Id verò contingit in propoſita ſpecie, cùm ambo litigatores debitores fuerunt, & pacti ſunt ne petat quod ſibi debetur is, qui ſententiæ arbitri non paruerit. Hoc enim caſu dabitur non ex compromiſſo, ſed ex pacto exceptio non rei iudicatæ, ſed pacti: nec proinde aduerſus actionem, quam contra ſententiam arbitri exercet, is qui non vult parere ſententiæ, ſed aduerſus eam actionem per quam petatur id de quo non petendo conuenit pœnæ nomine, vt dixi ad *dict.leg.2.ſupr.* Tantum igitur poteſt hoc caſu pactum nudum quantum ſtipulatio vt compromiſſum non ſit ſine effectu, nec ſine pœna. Neque repugnat compromiſſi nomen. Nam & promiſſum non malè dicitur quod nudo pacto promiſſum fuit, *l.7.§.quod ferè ſupr.de pact.*

a *Si ambo debitores fuerunt.* Si enim vnus tantùm fuiſſet debitor, non poſſet in alterius perſona efficax eſſe compromiſſum, nec proinde cogendus eſſet arbiter ſententiam dicere, tanquam pœna ab altero ſolo promiſſa, vt in *§.prox.ſeq.* vbi vide rationem dubitandi, & decidendi.

4 ¶ Item Iulianus ſcribit, non cogendum arbitrum ſententiam dicere, ſi alter promiſerit, alter non.

Ad §.4. Item Iulianus.

Ratio dubit. Etiam cùm alter tantùm pœnam promiſit ſi modò reus ille ſit qui promiſit dici poteſt plenum eſſe compromiſſum, quia is qui conuenitur tutus eſt veluti pacti exceptione. Is verò qui conuenit ſi arbitrio non pareatur habet pœnæ petitionem ex ſtipulatione, *l. Pomponius* 13.§.1.*infr.* Ergo non eò minùs cogendus eſt arbiter ſententiam dicere, quòd alter tantùm pœnam promiſerit.

Ratio decidendi. Vt arbiter ſententiam dicere cogatur non ſufficit exceptionem habere ex compromiſſo, ſed neceſſe eſt vt aliqua actione teneatur is qui non vult parere ſententiæ arbitri, aut ad pœnam, aut ſaltem ad id quod aduerſarij intereſt vice pœnæ, *dict.§.1.* Niſi per exceptionem pacti pœnam conſequi poſſit is qui ſtipulatus non eſt vt in ſpecie, *§.prox.præced.* Alioqui claudicaret compromiſſum, quod non magis fieri poteſt quam vt iuſſum arbitri in perſona vnius ex litigatoribus ratum ſit, in perſona verò alterius non ſit, *leg. quid tamen* 21.*§.pen.infr.l.vlt.verſ.* quoniam non eſt ferendum, *C. de fructib.& lit.expenſ.*

5 ¶ Idem dicit, & ſi ſub conditione fuerit pœna compromiſſa: veluti ſi nauis ex Aſia venerit, tot millia: non enim priùs arbitrum cogendum ſententiam dicere, quàm conditio extiterit: ne ſit inefficax, deficiente conditione: & ita Pomponius libro trigeſimo tertio ad Edictum ſcribit.

Ad §.vlt. Idem dicit.

R.dub. Poteſt hoc caſu efficax eſſe ſententia arbitri etiamſi feratur antequàm extiterit conditio. Nimirum ſi conditionem poſteà exiſtere contingat, quo caſu pœna iam inde ab initio purè promiſſa intelligetur, *l.potior* 11.*§.cùm enim infr. qui potior. in pign. hab.* Ergo perinde cogendus eſt arbiter ſententiam dicere, cùm ſufficere debeat vt caſum aliquem vtilem habeat ſtipulatio, ne fruſtrà interpoſita eſſe dici poſſit, *l.Stichus* 29.*in fin.de man. teſt.l.heres* 21.*§.cùm tu & Titius, de fideiuſ.*

Ratio decidendi. Non cogitur arbiter ſententiam dicere ſi pendeat, an ex compromiſſo pœna exigi poſſit, non magis quàm ſi pœnalis ſtipulationis conditio iam defeciſſet, *leg.non diſtinguemus* 32.*§ ſumma res eſt, infr. hoc tit.* Quia non ſufficit vt poſſit aliquo caſu pœna committi, ſed neceſſe eſt vt omnimodo committatur ad hoc vt omnimodo arbiter cogi poſſit. Ne ſi poſtea conditionem ſub qua litigatores pœnam promiſerunt, deficere contingat, fruſtrà prætor arbitrum coegiſſe, & arbiter ſententiam dixiſſe reperiatur.

12. PAVLVS lib.13. ad Edictum.

QVo caſu ad prætorem pertinebit in eo forſitan ſolo, vt, ſi poſſit dies compromiſſi proferri, proferatur.

Ad l.12. Quo caſu.

R.dub. Prætor hoc edictum propoſuit in id duntaxat vt eos qui arbitrium recepiſſent cogeret ſententiam dicere, *l.3.§.tametſi & ſeq. ſupr.eod.* Atqui cùm pœna non niſi ſub conditione promiſſa fuit non cogitur arbiter ſententiam dicere, vt proximè diximus. Ergo nullæ hoc caſu ſunt partes prætoris.

Ratio decidendi. Prætor id agit & ſtudet quantum poteſt, vt lites finiantur, *dict.§. tametſi*, & ideò in hac quoque ſpecie hactenus ſe interponere & poteſt & debet, non vt cogat arbitrum, ſed vt compromiſſi dies proferatur à litigatoribus, ſi modò proferri poſſit in id vſque tempus quo pœnalis ſtipulationis conditio exiſtat, vt compromiſſo iam facto puro exinde poſſit arbiter cogi ad ſententiam ferendam. Proferetur ergo hoc caſu dies compromiſſi non ab arbitro, vt in *leg.diem proferre* 27.*in princ. & leg. arbiter* 40.*infr. hoc tit.* in quo videtur erraſſe Accurſius qui requirit hoc ab initio actum eſſe vt dies proferri poſſet, ſed à prætore, id eſt, ex prætoris auctoritate. Non quidem quaſi prætor ſolus inuitis aut ignorantibus diem proferre poſſit, ſed quia ſuam auctoritatem apud litigatores interponere poteſt & debet vt diem proferant, ſi modò ab iis hoc impetrare poſſit, nec quicquam impediat quominùs dies proferatur. Id enim eſt quod lex ait, *ſi poſſit dies compromiſſi proferri.*

13. VLPIANVS lib.24. ad Edictum.

POmp.ait, & ſi alteri accepto lata ſit pœna cõpromiſſi, non debere eum compelli ſententiã dicere.

Ad

Ad l.13. Pomponius.

Ratio dubitandi. Fuit ab initio plenum & efficax hoc compromiſſum, pœna ſcilicet vtrinque per ſtipulationem promiſſa. Ergo ſemel natum eſt ius cogendi arbitri vt ſententiam diceret. Ergo quamvis poſtea ſecuta ſit acceptilatio pœnæ in fauorem vnius ex litigatoribus, non eò minùs cogendus eſt arbiter ſententiam dicere, perinde ac ſi poſt ſententiam ab arbitro latam, & pœnæ perſecutionem natam vellet is qui vicillet pœnam aduerſario remittere. Quid enim obſtaret? cùm liceat cuilibet iuris ſui perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere, *l.pactum 46.ſupra de pact.* Denique non videtur poſſe inutile fieri quod ſemel & ab initio conſtitit, *leg. verbis 5. in fin.ad legem Falcidiam.*

Ratio decidendi. Pœnæ acceptilatio facit vt etiamſi arbitri ſententiæ parere nolet is cui pœna accepto lata eſt, nihilò magis tamen pœnæ obnoxius ſit futurus, & conſequenter vt ex ipſius parte inutilis & inefficax futura ſit arbitri ſententia, quippe quæ parendi neceſſitatem nullam afferat niſi metu pœnæ. Atqui nunquam arbiter cogendus eſt ſententiam dicere ſi aliquo caſu poſſit euenire vt inefficax ſit futura, *leg. litigatores 11.§. vltim.ſupr.* Ergo non eſt hoc caſu cogendus ſententiam dicere. Nec quod ex vna tantum parte pœna acceptolata ſit, ad rem facit. Etſi enim ex altera parte ſupereſt ſalua ſtipulatio & petitio pœnæ, iam tamen diximus in præcedentibus non eſſe cogendum arbitrum ſententiam dicere, ſi alter ex litigatoribus pœnam promiſerit alter non promiſerit, *d.l.11.§. item Iulianus.* Quid verò intereſt an vnus tantùm pœnam promiſerit, an verò vterque quidem promiſerit, ſed tamen vni accepto lata ſit pœna ante dictam ab arbitro ſententiam? Et hæc ſanè huius legis ratio eſt, non quæ ab Accurſio affertur, quaſi pœna vni ex litigatoribus acceptolata, alteri quoque acceptolata videatur, ex *l.vltim.infra de acceptilat.* Nam quod ibi Paulus ad Labeonem notat, vtrimque fieri liberationem etiamſi ex alterius tantùm parte facta ſit acceptilatio, tunc quidem verum eſt cùm præcedens obligatio non tantùm mutua fuit, ſed etiam ex earum genere quæ ſolo conſenſu vtrimque conſtituuntur, vt euenit in emptione & venditione locatione & conductione, de quibus Paulus eo loco, quia non poteſt emptio aut locatio ſubſiſtere ex vna tantùm parte, *l.1. C.de cupreſ. lege ex empto 11.§.vltim. & l.bona fidei 50. de act. empt.* At cùm mutua ſtipulatio interuenit, vt in propoſito caſu, veriſſima eſt Labeonis ſententia. Si ego tibi acceptum fecerim, nihilò magis me a te liberatum eſſe, quoniam vna ex ſtipulationibus non pendet alia, nec quicquam vetaret ita fieri compromiſſum vt ſtipulatio ex vna tantùm parte interueniret, ſi modò ex altera parte aliquid eſſet quod pœnæ nomine vel peti poſſet vel retineri, vt dicam ad *§.ſeq.*

1 ¶ Idem Pomponius ſcribit: Si de meis ſolis controuerſiis ſit compromiſſum, & de te pœnam ſim ſtipulatus: videndum, ne non ſit compromiſſum: ſed cui rei moueatur, non video: nam ſi ideò, quia de vnius controuerſiis ſolùm compromiſſum eſt, nulla ratio eſt: licet enim & de vna re compromittere; ſi vero ideò quia ex altera dumtaxat parte ſtipulatio interuenit, eſt ratio [z]. Quamquam ſi petitor quis ſtipulatus eſt: poſſit dici, plenum eſſe compromiſſum: quia is, qui conuenitur, tutus eſt veluti pacti exceptione [a]: is, qui conuenit, ſi arbitro non pareatur, habet ſtipulationem. Sed id verum eſſe non puto, neque enim ſufficit, exceptionem habere [b], vt arbiter ſententiam dicere cogatur.

Ad §.1. Idem Pomponius.

R.dub. Ipſum compromiſſi nomen oſtendit mutuam promiſſionem interuenire debere, alioqui promiſſum dicendum erit, non compromiſſum. Ergo ſi de meis ſolis controuerſiis ſit compromiſſum, & te pœnam ſim ſtipulatus, non videtur compromiſſum.

Ratio decidendi. Hoc nimirum eſt quod Vlpianus cum Pomponio concludit hoc compromiſſum non valere. Nam quod ait, *ſed cur res moueatur non video*, non eò pertinet, vt Pomponium reprehendat, ſed vt miretur potiùs quod Pomponius de hoc caſu dubitauerit, qui tamen nullam penitus habet dubitationem. Etenim ſicuti nulla & inepta ratio ſi quis diceret ideò compromiſſum hoc non valere, quod de vnius tantùm controuerſiis compromiſſum ſit, cùm etiam de vna re ſola compromittere liceat, multò igitur magis de omnibus controuerſiis vnius vt ait Accurſius. Ita ſi moueri quis velit ex eo quod altera dumtaxat ea parte ſtipulatio interuenerit, tam bona, tamque aperta erit ratio, vt dubitari non poſſit quin ſit vera. proindéque concludi oporteat compromiſſum hoc non valere.

z *Eſt ratio.* Supple optima & certiſſima. Non igitur dubitandi vel quærendi vt vult Accurſius, ſed decidendi vt proximè explicauimus.

Ratio dub. Si petitor ſit qui ſtipulatus fuit poteſt dici plenum eſſe compromiſſum, id eſt, tale quod vtrimque effectum habere poſſit, & efficacem facere ſententiam arbitri, quia ſi pronunciatum ſit pro reo nec petitor parêre velit, tutus eſt reus exceptione pacti. Si verò pro actore pronunciatum ſit, nec reus pareat, habebit actor actionem & pœnæ petitionem ex ſtipulatione. Atque ita omni caſu effectum habebit ſententia vt vel ſententiæ actor pareat propter exceptionem pacti, vel reus qui parêre nolit pœnam præſtet.

Rat.dec. Non erit quidem hoc caſu ſententia inefficax ſiue pro petitione lata ſit, ſiue pro reo, ſed tamen non idcircò plenum erit compromiſſum, id eſt, tale propter quod arbiter cogi debeat ſententiam dicere, quia vt cogatur. Non ſufficit exceptionem habere niſi vel pœna, vel ſaltem loco pœnæ id quod intereſt præſtetur, ſiue per actionem ſiue per exceptionem & retentionem: quia intereſt arbitri, vt non impunita ſit contumelia quæ fit ei cùm ſententiam ipſius alteruter litigatorum contemnit. Quod enim petitor agens contra ſententiam arbitri repellitur exceptione pacti, non fit in honorem arbitri vel in pœnam contumeliæ arbitro irrogatæ, ſed iure conuentionis quæ in compromiſſo interuenit, quòd nemini permittendum ſit vt veniat contra propriam conuentionem. Non igitur verum eſt plenum eſſe hoc caſu compromiſſum. Et hoc eſt quod ſibi vult, Vlpian. iis verbis *ſed id verum eſſe non puto*, ſcilicet, vt plenum ſit hoc caſu compromiſſum quòd ſi plenum eſſet vtique arbiter ſententiam dicere cogi poſſet. Ideò enim quæri ſolet in hoc tractatu an plenum ſit compromiſſum, *l. quid tamen 21.§.plenum infr.*

a *Tutus eſt veluti pacti exceptione.* Ratio dubitandi. Ex compromiſſo nulla naſcitur exceptio, *leg 2.ſupr.hoc tit.* Ergo ne quidem pacti alioquin parum eſſet dicere non naſci ex compromiſſo exceptionem rei iudicatæ ſi pacti exceptio naſceretur. Siquidem vtroque caſu perinde effectum haberet ſententia: & quemadmodum parum intereſt petitoris qua actione ius ſuum conſequatur, rei & parum intereſt rei qua exceptione actor ſummoueatur.

Ratio

R. dcc. Ex cõpromiſſo pœnali de quo agitur in *d.l.* 1. nulla naſcitur exceptio, ne quidẽ pacti, vt ibi dixi, quia id agitur inter cõpromittẽtes vt ſoluta pœna liberũ ſit cuique ex litigatoribus ſententiæ arbitri non parere. Idémque eſt ſi cõpromiſſum pœnale quidẽ non ſit, ſed ex eo tamen poſſit vtrinque actio competere ad id quod intereſt ſi arbitro non pareatur, quod contingit, cùm ſtipulatio vtrinque interuenit, *Arbitri ſententia ſtari*, vt in *l. diem proferre 27. §. vltim. & leg. ſeq. infra hoc titul.* At cùm alter tantùm ex litigatoribus ſtipulatus eſt, ſiue pœnam ſtipulatus ſit, ſiue factum ſimpliciter, *arbitri ſententia ſtari*, in cuius locum ſuccedit præſtatio eius quod intereſt, *lege ſi quis ab alio* 13. *§. vltim. de re iudic.* nulla ex parte alterius litigatoris interueniente ſtipulatione, datur reo pacti exceptio, non quidem expreſſi, ſed taciti, vel vt loquitur Vlpianus *veluti pacti*, Non expreſſi, quia ſtipulator pactus non eſt de non petendo, ſed tantùm de parendo ſententiæ arbitri, cui tamen, ſiue pœna aliqua ſiue nulla promiſſa ſit ſemper liberum eſt non parêre. Sed taciti quoniam qui promiſit parêre arbitrio & pœnam ipſe ſtipulatus eſt ſi aduerſarius non parêret, perinde habendus eſt atque ſi pactus eſſet ſe nihil petiturum, ſi arbiter ita pronunciaret, nihil eum petere debere. Qua enim fronte velit ſibi licere, quod ne aduerſario liceret, pœnali ſtipulatione proſpexerit? Igitur extra hunc caſum, id eſt, ſiue ſtipulatio vtrimque ſiue ex neutra parte interuenerit, non eſt danda ex compromiſſo pacti exceptio, quia compromiſſum claudicaret, ex quo non poſſet æquè conſultum eſſe petitori, quippe qui actione egeret non exceptione quæ iudicio meo vera ratio eſt cur plenum compromiſſum pacto nudo fieri non poſſit, vt neque partim nudo pacto, partim ſtipulatione: nec ſi ſtipulatio ex petitoris parte interponatur. Multò minùs ſi ex parte poſſeſſoris, quo caſu nec actionem, nec exceptionem habere petitor poſſet. Excipe ſpeciem, *l. 11. §. interdum ſuprà*; id eſt, cum pactum nudum factum eſt non ſuper re in compromiſſum deducta ſed ſuper pœna ad eam retinendam, id eſt, Niſi in ſpecie, *leg. 11. §. interdum ſuprà*, id eſt, ad retinendum pœnæ nomine id de quo petendo expreſſim conuenerit, & quod iam penes excipientem reperiatur. Sed hoc, inſpecto iure Pandectarum. Nam ex conſtitutionibus Iuſtiniani in *l. penult. & vlt. C. hoc titul.* non tantùm exceptio pacti datur, ſed etiam actio ad inſtar iudicati, ſi ſententiæ arbitri litigatores acquieuerint aut expreſsè aut tacitè. Itaque datur iſta exceptio non tam ex compromiſſo quàm ex approbatione ſententiæ: quod ſummè notandum eſt: conſtátque ex *d. l. penult. §. altera autem parte.*

b *Neque enim ſufficit exceptionem habere.* Admittit ergo Vlpianus quod Azo negauit competere hoc caſu reo exceptionem pacti. Sed negat cogendum ideò arbitrum ſententiam dicere. Ex quo apparet facilius eſſe vt ex compromiſſo inito per pactum nudum detur exceptio, quàm vt arbiter ſententiam dicere cogi poſſit. Vereor autem valdè ne hic vnus iuris noſtri locus deceperit Iuſtinianum aut potiùs Tribonianum in *dicta lege penult. Cod. hoc titul.* in cuius initio ſcribit anteà ſancitum fuiſſe vt in arbitris eligendis quos neque pœna compromiſſi vallabat, neque iudex dederat, ſed communis electio vt illorum ſententiæ ſtaretur procreabat ſi pro reo pronunciatum eſſet, daretur ei exceptio veluti pacti. Si verò pro actore nihil ei ſententia prodeſſet. Vbinam enim gentium ita ſcriptum reperire poſſis præterquàm in hoc §. vbi expreſſim mentio fit exceptionis *veluti pacti*. Quæ ipſa verba ſunt quibus vtitur conſtitutio. Quaſi verò in ſpecie huius §. ſic eueniat vt reus exceptionem veluti pacti habeat, actor verò nullum auxilium habere potuerit, etiamſi pro eo pronunciatum fuiſſet. Quod tamen certè non ita eſt. Habebat enim petitor in hac ſpecie actionem ex ſtipulatu ad pœnam, quæ res facit vt reo quoque qui nihil ſtipulatus erat, accommodanda ſit veluti pacti exceptione claudicet compromiſſum. Quod ſi eum caſum tractaſſet Vlpianus noſter, aut Pomponius, quem tractat Iuſtinianus in *dict. leg. penultim.* hoc eſt, in quo neutra ex parte ſtipulatio interueniſſet, vtique non dediſſet reo exceptionem veluti pacti, quia nec eius dandæ vlla æquitas fuiſſet, contra petitorem, qui nullum ex arbitri ſententia commodum vllo caſu ſperare potuiſſet. Nam ſi hoc abſurdum eſſe Iuſtinianus credidit, vt ſanè eſt, ideóque conſtituit in *dict. leg. penultim. verſic. altera autem parte.* Vt eo caſu quo ſtipulatio nulla interceſſit, ſi alterutra pars recuſauerit parêre ſententiæ, neque reo acquiratur exceptio, neque petitori actio. Quis credat aliter vnquam viſum fuiſſe prudentibus, qui nec paſſi ſunt valere compromiſſum huiuſmodi quod nudo pacto factum eſſet, præterquàm in ſpecie, *dict. §. interdum, leg. 11. ſuprà*, nec illud rurſus, in quo reus pœnam ſtipulatus fuiſſet à petitore, non etiam petitor à reo. Id enim omnium manifeſtiſſimè hic locus probat, in quo dicitur compromiſſum ita factum, vt ex altera dumtaxat parte ſtipulatio interuenerit, ita demum poſſe dici plenum, ſi petitor ille ſit qui ſtipulatus fuit. Proinde ſi ex parte ſolius rei ſtipulatio interueniſſet, nullius momenti compromiſſum fore. Nam ſi non putauit Vlpianus valere compromiſſum in fauorem rei eo quoque caſu quo ipſe pœnam ſtipulatus eſſet ab actore, non etiam actor à reo, quantò minùs ei fauendum putauit in caſu Iuſtiniani, hoc eſt, in quo neutra ex parte ſtipulatio interueniſſet. Cui enim actionem ex ſtipulatu non dedit interueniente ſtipulatione, quomodo pacti exceptionem dediſſet nulla interpoſita per eum ſtipulatione? Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio nocet reo, quod æquum non ſit plus iuris eum habere quàm actor habeat, ne claudicet compromiſſum, cuius appellatione mutua obligatio ſignificatur, vt ad huius paragraphi initium ſcripſimus. Hæc cùm ita ſint mirum non eſt tantas ad hunc locum difficultates & contentiones excitatas eſſe inter veteres gloſſatores, Martinum, Ioannem, Azonem & Accurſium, quarum nec arbiter quiſquam fortaſſe ante nos huc vſque fuit.

2 ¶ Recepiſſe autem arbitrium videtur, (vt Pedius libro nono dicit) qui iudicis partes ſuſcepit, finémque ſe ſua ſententia controuerſiis impoſiturum pollicetur, quòd ſi (inquit) hactenus interuenit, vt experiretur, an conſilio ſuo, vel auctoritate diſcuti litem paterentur: non videtur arbitrium recepiſſe.

Ad §. 2. recepiſſe.

Ratio dubitandi. Ex arbitri ſententia non poteſt naſci exceptio rei iudicatæ, niſi in caſu, *leg. 4. §. vlt. & leg. penultim. Codic. hoc titul.* Ergo non poteſt arbiter etiam ad quem itum eſt ex compromiſſo polliceri ſe ſua ſententia finem controuerſiis impoſiturum. Res enim iudicata illa eſt quæ finem litibus imponit, vt diximus ad *l. 1. ſupr. eod. ex l. ſingulis 6. de except. rei indic.* Proinde ſi verum eſt quod ſcribitur in hoc §. nemo vnquam dici poterit arbitrium recepiſſe.

Ratio decidendi. Arbiter compromiſſarius etiamſi iudex non ſit, perinde tamen controuerſiis finem imponere ſolet, atque ſi iudex eſſet. Non quidem propter auctoritatem ſententiæ, ſed metu pœnæ. Secus eſt in arbitratore. Hic enim non iudicis partes ſuſcipit, ſed amici:

amici: vnde & amicabilis compoſitor appellatur, nec controuerſiis finem imponit, ne quidem metu pœnæ; ſed litigatores ad id impellit, ſiue conſilio ſuo, ſiue auctoritate, vt de lite tranſigant ad eum modum, quem ipſi mutuo conſenſu bonum, & æquum putauerint. Dicam ad *l. diem proferre 27. §. ſtari, infr. hoc tit.*

3 ¶ Arbiter ex compromiſſo his diebus non cogitur ſententiam dicere, quibus iudex non cogitur: niſi dies compromiſſi exitura ſit [a], nec proferri poſſit [b].

¶ Proinde ſi fortè vrgeatur à prætore ad ſententiam, æquiſſimum erit, ſi iuret, *ſibi de cauſa nondum liquere* [c], ſpatium ei ad pronunciandum dari [d].

Ad §. 3. Arbiter.

Ratio dubitandi. Ex arbitri ſententia neque actio neque exceptio rei iudicatæ naſci poteſt, *leg. 2. ſuprà, leg. 1. Codic. eod.* Ergo fruſtra eſt arbitrium non cogi ſententiam dicere iis caſibus quibus iudex non cogeretur. Quantumvis enim cogatur per prætorem arbiter ea omnia obſeruare, quæ iudex obſeruaret, nunquam tamen aſſequetur prætor, vt quod arbiter pronunciauerit perinde habeatur, ac ſi à iudice pronunciatum eſſet.

Ratio decidendi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſupra*, & conſequenter arbitri ad inſtar iudicum. Siquidem arbiter compromiſſarius ille eſt, qui iudicis partes ſuſcipit, finémque ſe ſua ſententia controuerſiis impoſiturum pollicetur, vt diximus ad *§. præced.* Cùm igitur prætor cogat arbitrum ſententiam dicere, non alio vtique colore, quàm quia is partes iudicis ſuſceperit (nec enim æquè cogeret arbitratorem) conſequens eſt, vt non aliis diebus debeat eum cogere, quàm quibus iudex cogeretur.

a *Niſi dies compromiſſi exitura ſit.* Ratio dubitandi. Exceptio iſta non ſolet addi, cùm de iudiciis tractatur, quia etiamſi dies actionis exitura ſit, non eo magis minúſve cogitur iudex iudicare; ſed tantùm cogitur per prætorem reus litem conteſtari, vt actio perpetuetur, *leg. ſed & ſi 28. §. ſed & ſi dies infrà de iudic. leg. 3. ſuprà de feriis, leg. ſenatuſc. 16. ſuprà de offic. præſid.* Ergo neque debet addi hæc exceptio, cùm agitur de arbitro, ad quem itum eſt ex compromiſſo.

Ratio decidendi. In eo differt arbiter compromiſſarius à iudice, quia non datur iudex niſi poſt litem conteſtatam, ac proinde poſt perpetuatam actionem, vt proinde verendum amplius non ſit ne dies actionis exeat: ne verò dies iudicij, multò minùs. Non enim certum diem præſtituebat prætor iudici intra quem iudex deberet iudicare. Quod etiamſi factum fuiſſet, tamen in poteſtate prætoris erat, vt diem pro arbitrio proferret, cùm non niſi ex eius qui iudicem dediſſet, auctoritate iudicia exercerentur. Nil igitur neceſſe erat, vt prætor iudicem cogeret iudicare eo colore quaſi dies iudicij exitura eſſet. At compromiſſarius arbiter nullam iudicandi facultatem habet niſi à litigatoribus, & ex compromiſſo. Proinde poſt diem compromiſſo præſtitutum nullam pronunciandi poteſtatem habet, quia quod ad tempus permiſſum fuit poſt illud tempus prohibitum exiſtimatur. Atque ita euaneſceret compromiſſum, ſi non cogeretur arbiter pronunciare antequàm dies actionis exiiſſet. Ergo ne id eueniat, pertinet ad officium prætoris, qui lites finiri ſtudet, vt hoc caſu cogat arbitrum pronunciare, iis etiam diebus quibus iudex non cogeretur, putà diebus feriatis, *leg. ſi feriatis 36. infrà hoc tit.*

b *Nec proferri poſſit.* Nempe quòd non ſit ea poteſtas arbitro data; neque partes ambæ vltrò conſentiant in eo vt dies proferatur, *lege non diſtinguemus 32. §. vlt. & l. ſeq. l. non ex omnib. 39. §. 1. l. arbiter ex compromiſſo 50. infra eod.*

c *Si iuret ſibi de cauſa nondum liquere.* Ratio dubitandi. Arbitro compromiſſario parendum omnino eſt, ſiue æquum ſiue iniquum ſit, quod pronunciauit, *leg. diem proferre 27. §. ſtari autem infra, leg. ſocietatem 76. verſic. arbitriorum infrà pro ſocio.* Ergo non eſt iuſta excuſatio propter quam cogi non debeat, quòd iuret ſibi de cauſa nondum liquere: præſertim cùm de iniquitate ſententiæ arbitri non poſſit deferri querela per appellationem, quia nec ab eo poteſt appellari, *lege prima Codice hoc titulo.* In quo præcipua differentia eſt inter arbitrum & iudicem, cui proinde longè facilius permittendum eſt, vt ſi iuret nondum ſibi de cauſa liquere, non cogatur ſententiam dicere, *leg. Pomponius 36. infrà de re iudicat.*

Ratio decidendi. Tantò magis cauere, & cauere arbiter compromiſſarius debet, ne malè & iniquè pronunciet, cùm ſciat futurum, vt ea iniquitas per alium corrigi non poſſit, quomodo iudicis iniquitas per appellationis iudicem corrigeretur, *leg. 1. de appellationibus, leg. præfecti 17. ſuprà de minoribus.* Itaque non niſi valdè iniquè cogeretur à prætore ſententiam dicere, ſi tum quoque cogeretur cùm iuraret ſibi de cauſa non liquere. Nam quod Accurſius obiicit fieri vix poſſe, vt de cauſa non liqueat, cùm ſemper pronunciandum ſit, vel pro actore ſi intentionem ſuam plenè probauerit, vel pro reo ſi actor in ſuis probationibus defecerit, ex *§. retinendæ verſic. commodum Inſtitut. de interdict.* quam parum verè dicatur ſciunt illi, qui quotidiano iudicandi munere funguntur, quo nos iam per quatuor penè, & viginti annos perfuncti ſumus. Occurrit enim plerumque, vt facti quæſtio perobſcura ſit, & ambigua, vel propter probationum difficultatem, & incertitudinem, etiam quæ ex parte rei proferantur, vel propter conflictum teſtium, vel denique propter vrgentes ſuſpiciones, & præſumptiones, quæ dubiam cauſam faciant, vt in *leg. admonendi 31. infra de iureiurando.* Sed & extra facti quæſtionem paſſim occurrit dubitatio iuris, quæ vel peritiſſimum quemque moratur poſſit, præſertim his noſtris temporibus, quorum infelicitas fecit, vt nihil iam prope ſit in iure noſtro tam verum, quod tanta opinionum varietate non fiat dubium, nihil tam certum, quod mera iuris ignoratio non fecerit arbitrarium.

d *Spatium ei ad pronunciandum dari.* Etiam poſt diem compromiſſo præſtitutum, ſi modò litigatores conſentiant, *l. arbiter ita ſumpt. 33. infr. eod.* Quod ita fit ſi prolato die in eum denuò compromittant, *l. quod tamen 21. §. Papin.* aliàs *l. ſi cùm dies, infr.* Ipſe tamen recuſare non poteſt quominùs ſequens compromiſſum ſuſcipiat, cùm per eum ſteterit quominùs intra præſtitutum diem partibus ſuis fungeretur, quòd ei de cauſa nondum liqueret, *dict. §. Papinian.* quod alioqui ſecus eſſet, *leg. & ſi qua 16. §. 1. infrà eod.*

14. POMPONIVS lib. 11. ad Quintum Mucium.

SEd ſi compromiſſum ſine die confectum eſt, neceſſe eſt arbitro omnimodo dies ſtatuere, partibus ſcilicet conſentientibus [a], & ita cauſam diſceptari. Quòd ſi hoc prætermiſerit, omni tempore cogendus eſt ſententiam dicere.

Ad leg. Sed ſi compromiſſum. 14.

Ratio dubitandi. Cùm ſine die compromiſſum factum eſt, non eo minùs plenum eſt, imò tantò plenius, quantò liberior poteſtas eſt prætoris cogendi arbitrum, vt omni tempore pronunciet, quem ſi dies in compromiſſo dicta eſſet, poſt diem cogere non poſſet. Ergo nil neceſſe eſt, arbitro diem omnimodo ſtatuere litigatoribus, intra quem lis definiatur, cùm imputare ſibi debeat quod arbitrium ſine die in ſe receperit.

Ratio decidendi. Non tam propter arbitrum iſta diei adiectio neceſſaria eſt, quàm propter litigatores, vt ad certam diem conueniant, & de negotio apud arbitrum diſceptent, vt & in ſpecie, *leg. de die 8. in princ. ſuprà qui ſatiſdat. cog.* Alioqui difficilius erit, vt ſciatur an in pœnam inciderit ille ex litigatoribus per quem factum erit ne tam citò arbiter pronunciauerit, cum quod nullo certo tempore fieri debuit, quandocunque fieri poſſit. Atqui compromiſſa non differendarum, ſed tollendarum litium gratia fiunt, *lege quamuis arbiter 37. infra hoc titulo.* Optimum igitur eſt, vt arbiter diem ſtatuat litigatoribus intra quam negotium, & diſceptetur, & terminetur. Quod ipſum tamen non poteſt facere niſi partibus conſentientibus, vt hæc lex ait.

a *Partibus conſentientibus.* Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſuprà.* Atqui iudicium redditur in inuitum, *leg. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verbor. obligat.* Ergo quamvis in poteſtate litigatorum ſit ne compromittant, vbi tamen ſemel compromiſerunt, ius eſt arbitrio iis etiam inuitis ſtatuere quicquid videt ſtatui poſſe, & debere ad litem citiùs meliúſque terminandam. Quomodo & arbiter ipſe poſtquàm arbitrium recepit, cogitur inuitus ſententiam dicere, tametſi ab initio liberum ei fuiſſet non ſuſcipere, *l. 3. §. tametſi ſuprà.*

Ratio decidendi. Nullam poteſtatem habet arbiter, niſi quæ data ei eſt per compromiſſum; nec proinde ſtatuere quodlibet poteſt, nec in qua re libet, niſi de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt, *leg. non diſtinguemus 32. §. de officio, infrà hoc tit.* Ergo ſi in compromiſſo nihil de die dictum ſit, non poteſt arbiter diem ſtatuere niſi ex conſenſu litigantium. Præſertim cùm non eo minus expediri arbitrium poſſit, & pœna committi ſi alter ex litigatoribus adeſſe iuſſus non venerit. Nam quemadmodum arbiter, qui arbitrium in ſe recepit ex compromiſſo ſine die facto, cogi poteſt omni tempore vt pronunciet, ita & litigatores, qui ſine die compromiſerunt, omni tempore cogi poſſunt vt adſint, diſcepténtque negotium. Quòd ſi compromiſſo ſine die facto ſententiam dicere arbiter non poſſet, alterutrum ſanè fatendum eſſet, vel non valere compromiſſum, quod ſine die factum eſſet, vel permittendum arbitro inuitis quoque litigatoribus, vt diem ſtatueret quaſi in neceſſarium antecedens ex reg. *l. 2. ſupr. de iuriſd.* Sed cùm valeat cõpromiſſum ſine die, non magis debet permitti arbitro vt diẽ, quàm vt aliud quidpiam adiiciat, niſi ex conſenſu litigatorum, *l. arbiter 50. infr. hoc tit.*

15. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LIcèt autem prætor diſtrictè edicat, ſententiam ſe arbitrum dicere coacturum: attamen interdum rationem eius habere debet, & excuſationem recipere cauſa cognita: vtputà ſi fuerit infamatus à litigatoribus: aut ſi inimicitiæ capitales inter eum, & litigatores, aut alterum ex litigatoribus interceſſerint: aut ſi ætas, aut valetudo, quæ poſtea contingit, id ei munus remittat: aut occupatio negotiorum propriòrum, vel profectio vrgens, aut munus aliquod reipublicæ, & id Labeo.

Ad leg. Licèt autem. 15.

Ratio dubitandi. Verba edicti diſtrictè, & indiſtinctè pollicentur prætorem coacturum eſſe arbitrum, qui in ſe arbitrium recepit, vt pronunciet, *leg. 3. §. tametſi & ſequentib. ſuprà eod.* Ergo generaliter, & indiſtinctè dicendum eſt, omni caſu cogendum eſſe arbitrum, nec vnquam eſſe admittendam ipſius excuſationem, argum. *l. de precio 8. infr. de publ. l. 1. § generaliter de leg. præſt l. in fraudem 15. in fin. de teſt. milit.*

Ratio decidendi. Verba generaliter & indiſtinctè prolata ſiue à lege, ſiue à prætore, ſiue à contrahentibus nunquam captanda ſunt, vt calumniæ materia inducatur, ſed ciuiliter & ex æquitate interpretanda, & inſpecto eo non tam quid quàm qua mente dictum ſit, *leg. penultima, infra ad exhibitionem, lege ſi cui ſimpliciùs 9. infra de ſeruitute, lege quæſitum 13. infra de teſtibus.* Ergo quamvis edicti verbis quiſquis arbitrium in ſe recepit omnimodo iubeatur ſententiam dicere, ſi tamen poſt arbitrium ſuſceptum ab aliquo ex litigatoribus infamatus ſit, aut inimicitiæ capitales inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus ſuperuenerint, aut denique aliud quidpiam inciderit ex iis, quæ in hac *l. ponuntur*, debet prætor excuſationem recipere cauſa cognita. Perpetuum enim eſt, vt ea quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio, *lege de ætate 11. §. ex cauſa, infr. de interrog. in iur. fac. l. 1. de inſp. ventr. l. planè 4. vt in poſ. l.* Quòd ſi iam ante receptum arbitriũ cauſæ iſtæ emerſeriãt, nullam vtiq; afferre poſſunt excuſationem. Et ita benè Accurſ. vt conſtat ex illis verbis huius *l. quæ poſtea contingit.* item *ex l. ſeq.* iunct. *l. pen. §. vlt.* vbi eſt textus elegans, *inf. de vacat. & excuſ. mun.* Iunge *l. filiuſf. 8. §. vlt. & ll. ſeqq. l. poſt litem 17. §. vlt. & ll. ſeqq. ſupr. de procur.* Adde quæ dixi ad *leg. ſed ſi in ſeruum 9. §. penult. ſupra hoc tit.*

16. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

ET ſi qua alia incommoditas ei poſt arbitrium ſuſceptum incidat. Sed in cauſa valetudinis, ſiue ſacrificiis? — milibúſve, cauſa cognita differre cogitur [a].

Ad leg. Et ſi qua. 16.

a *Cauſa cognita differre cogitur.* Ratio dubitandi. Non differendarum litium gratia, ſed tollendarum ad arbitros itur, *leg. quamvis arbiter 37. infra hoc titulo.* Ergo ſi qua incidat, & emergat noua cauſa poſt ſuſceptum arbitrium, quæ afferre poſſit excuſationem, mutandus arbiter eſt, aut eundum ad iudicem ordinarium, potiùs quàm iudicium differendum.

Ratio decidendi. Id procedere ita poteſt, ſi longius ſpatium interceſſurum erit quominùs arbiter poſſit operam dare, quomodo de iudice ſcriptum eſt, in *leg. ſi longius 18. infra de iudiciis.* Cæterùm tolerabilius interdum eſt, ſiue arbitrum ſiue iudicem, qui iam fortè cœpit cognoſcere, aut cuius ſaltem induſtria ſiue a prætore ſiue à litigatoribus electa fuit tantiſper expectare, quàm iudici, vel arbitro nouo rem iudicandam committere, *lege penultima, §. vltimo de vacat. & excuſ. muner.*

1 ¶ Arbiter iudicij ſui nomine, quod publicum, aut priuatum habet, excuſatus eſſe debet à compromiſſo. vtique ſi dies compromiſſi proferri non poteſt [a], quod ſi poteſt: quare non cogat eum, cùm poteſt proferre [b]? quod ſine vlla diſtrictione ipſius interdum futurum eſt.

¶ Si tamen vterque velit, eum ſententiam dicere; an quamuis cautum non ſit de die proferenda, non alias impetret [c], quia iudicium habeat, ne cogatur, quàm ſi conſentiat denuo in ſe compromitti? hæc ſcilicet [d], ſi dies exitura eſt.

Ad §. 1. Arbiter.

Ratio dubitandi. Etiam is qui aliqua cauſa capitis reus factus eſt, non ideò tamen poteſt vti exceptione, ſi conueniatur ex cautione iudicio ſiſti, quoniam ea exceptio non niſi damnato datur, aut vinculis, cuſtodia ve militari impedito ne iudicio ſe ſiſtere potuerit. Quid enim vetat eum quoque ſiſti qui reus capitis factus ſit? *l. ſed & ſi 4. §. 1. ſupr. ſi quis caut.* Ergo nec iuſta excuſatio illa videri poteſt in arbitro, ne ſententiam dicere cogatur quòd factus ſit, capitis reus. Multò minùs ſi alio publico quidem, ſed non capitali iudicio vrgeatur, quod proinde minoris momenti ſit. Sed illud magis mirum eſt, quod hoc loco Paulus ait excuſatum eſſe debere à compromiſſo eum quoque arbitrum, qui priuatum aliquod ſuo nomine iudicium habeat. Quotuſquiſque enim arbiter erit, qui non iuſtam habiturus ſit excuſationé, ſi tam facilè excuſatio quælibet admittatur?

Ratio decidendi. Non paſſim & temerè excuſationes iſtæ admittuntur à prætore, ſed cauſa cognita, *leg. licèt 15. ſupr.* In cauſæ autem cognitione potiſſimum id verſatur vt videat prætor, nõ an arbiter poſſit ſuæ promiſſioni ſatisfacere, vt fit cùm tractatur de cautione, *iudicio ſiſti*, ſed an poſſit ſine vllo ſuo incommodo, an verò incommodum aliquod ſenſurus ſit, quod ſuſcepti arbitrij tempore non potuerit prævidere, vt diximus & ſcriptum eſt in præcedentibus. Nam in omnibus qui officio aliquo ſiue publico ſiue priuato funguntur, id ſemper agit prætor quantum poteſt, ne iis officium ſuum ſit damnoſum, *l. ſed ſi quis 7. infr. eſt. quemad. aper. leg. videlicet 29. ſupr. ex quibus cauſ. maior.* Incommodum autem magnum eſt, ſi quis iudicio ſuo quod publicum vel priuatum habeat per ſe adeſſe non poſſit. Eſt enim hoc ex eorum genere, in quibus verum eſt quod vulgò iactatur, *vrget præſentia Turni*, *l. Paulus reſpondit 69.* vbi dixi, *ſupr. de procur.* Iunge *l. 2. §. fin. de cuſtod. & exhib. reor. l. contra 54. in fi. de re iudic.*

a *Si dies compromiſſi proferri non poteſt*, ſcilicet ab arbitro: vt oſtendunt quæ ſequuntur verba illa, *cum poteſt.*

b *Quare non cogat eum, cùm poteſt proferre?* Ratio dubitandi. Verba edicti ſunt quidem de cogendo arbitro, at non vt diem proferat, ſed vt ſententiam dicat, *leg. 3. §. tametſi, ſupr.* Nec rurſus edicti ratio videtur ad hunc caſum aptari poſſe. Ratio enim alia non eſt, quàm vt lites finiãtur. Litium enim tollendarum & finiendarum, non autẽ differendarum gratia inductus eſt vſus cõpromiſſorum, *l. quamuis arbiter 37. inf.* Atqui cùm dies compromiſſi profertur lis differtur, non aufertur. Ergo alienũ eſt à propoſito prætoris, vt arbitrum cogat diem proferre etiam cùm ex *l. compromiſſo dicta eum proferre poteſt.*

Ratio decidendi. Cùm data eſt arbitro poteſtas proferendi compromiſſi: æquè cogendus eſt diem proferre ob temporariam quam habet excuſationem, atque cogeretur pronunciare ſi excuſationem nullam haberet. Vtrumque enim ſicut eandem cauſam habet, ita & ad eundem finem, id eſt, ad litem finiendam pertinet. Denique id agit prætor quantum poteſt, vt arbitrum cogat ea omnia facere, quæ ſe facturum recepit, vt controuerſiæ, de quo arbiter ſumptus eſt quàm citò & quàm benè fieri poterit, finis imponatur, quod tamen ſine vlla diſtrictione & incommoditate ipſius arbitrij fiat, vt ſequitur apud Paulum, vbi neſcio quid ſibi velit Accurſ. cùm verba illa, *ſine vlla diſtrictione ipſius*, ait referri poſſe ad prætorem. Rectius eſt quod ex hoc loco notat. Me facilè debere, vt ipſe loquitur, ſuſtinere quod mihi non nocet (ſic enim addita negatione apud Accurſ. legendum eſt) alij autẽ prodeſt, vt in, *l. in creditore 18. infr. de euict.*

a *Non alias impetr.* Rectè Accurſ. hæc verba refert ad arbitrium, vt ſi velit à prætore excuſari ne cogatur ſententiam dicere propterea quod ſuum aliquod iudicium habeat vel publicum vel priuatum, non aliter impetrare debeat vt excuſetur, quàm ſi ſe dicat paratum conſentire vt in ſe denuò compromittatur; nimirum ſi verendum ſit ne interim, dum aut alius arbiter quæritur, aut ad iudicem ordinarium itur, dies actionis exeat.

Ratio dubitandi. Eadem ratio eſſe debet ſecundi compromiſſi quæ fuit primi. Atqui non potuit cogi arbiter, vt ab initio arbitrium ex compromiſſo primo in ſe reciperet, quia liberum id officium eſt & extra neceſſitatem iuriſdictionis poſitum, *l. 3. §. tametſi ſupr. hoc tit.* Ergo nec ſi vterque litigatorum velit eum ſententiam dicere poſt diem compromiſſo præſtitutum, quod fieri nequit ſine nouo compromiſſo, cogendus eſt pati arbiter & conſentire vt in ſe denuò compromittatur, ſi modò ipſe in mora non fuerit quominùs partibus ſua ſingereretur, *l. quid tamen 21. §. Papin. alias l. ſi cum dies, infr. eo.* Porrò dici non poteſt in mora fuiſſe arbitrum, qui non tam citò cognouit vt intra diem compromiſſi poſſit pronunciare ſi iuſtum habuit impedimentum quod probabilem excuſationem afferre potuerit. Non enim omne quod differendi cauſa optima ratione fiat moræ adnumerandum eſt, *leg. ſciendum 21. infr. de vſur.* Nec proinde poſſis cum Accurſ. quicquam imputare huic arbitro, quaſi propter factum ſuum cogatur à prætore, niſi fortè hoc etiam ei velis imputare, cur ſe iudicio aliquo vel publico, vel priuato conueniri patiatur: quod tamen non niſi ridiculè quis dixerit, quia non eſt in rei poteſtate, an & quando vel vbi conueniatur, *l. purè 5. §. vlt. de doli mal. excep. l. petenda 6. C. de temp. in integ. reſt.* præſertim ſi quis temerarius & improbus litigator probum & innocentem virum velit vltro laceſſere. Alia igitur decid. ratio quærenda eſt, quàm quæ ab Accurſ. allata fuit.

Ratio decidendi. Cùm ante finitam diem compromiſſi dies refertur ab arbitro ſiue vltro volente ſiue inuito, & per prætorem coacto, non nouum & ſecundum compromiſſum fit, cuius vtique non ſuſcipiendi liberum eſſet arbitro arbitrium, ſed illud ipſum compromiſſum quod prius fuit, & ex quo arbiter iam arbitrium ſuſcepit, in longius tempus profertur, ideóque nec mutatur cauſa prioris compromiſſi, niſi quantum ad diei prorogationem, *leg. 2. §. ſi & iudex, infr. de iud. leg. ſed ſi manente, §. infr. de precar. leg. cùm ſtipulatus 113. de verb. oblig.* Idem igitur ius durat cogendi arbitri, non quaſi aliquid ei poſſit imputari, ſed quia ſemel arbitrium recepit, nec dum præſtitit quod promiſit. Et tamen non poſſet prætor eum cogere, ſi non conſentiret denuò in ſe compromitti. Cogit ergo eum prætor vt conſentiat, quaſi ex pacto, id eſt, ita demum ſi velet ille eſſe excuſatus ne cogatur pronunciare, quomodo alioquin cogi poſſet, ſi prætor eius excuſationem nollet admittere. In eoque videre eſt quàm cautè prudentérque facit prætor, qui ne quid per vim & iniuriam committi videatur, non vult inuitum cogere arbitrum vt inuitus faciat id, cui tamen cogat eum conſentire, non coactione præciſa, vt loquuntur, ſed cauſatiua, id eſt, ſi velit eſſe excuſatus. Nimirum hoc caſu verum eſt etiam coactam voluntatem eſſe voluntatem, *leg. ſi mulier 21. §. pen. ſupr. quod met. cauſ. leg. ſi patre cogente 22. de rit. nupt.*

d *Hæc ſcilicet.* Quæ diximus de arbitrio per prætorem cogendo, vt aut diem proferat, cùm poteſt vel inuitis litigatoribus, aut conſentiat in ſe denuò compromitti ſi velit eſſe excuſatus ob id ſolùm quod iudicio aliquo vel publico vel priuato diſtringatur. Senſus eſt his duobus caſibus non omnimodo cogendum eſſe arbitrum, ſed ita demum ſi dies compromiſſi exitura ſit niſi prorogetur. Nam tùm dies exitura non eſt, ciuiliùs videtur differri cognitionem & pronunciationem arbitri, quàm cogi à prætore aut præcipitari eum, cui nihil imputare prætor poſſit.

17. VLPIANVS lib.13. ad Edictum.

ITem ſi vnus ex litigatoribus bonis ſuis cedat: Iulianus lib.4. Digeſtorum ſcribit, non eſſe cogendum arbitrum ſententiam dicere: cùm neque agere, neque conueniri poſſit.

Ad l. Item ſi vnus 17.

Ratio dubitandi. Ceſſio bonorum non tollit obligationem, quouſque per eam ſatisfactum ſit pleniſſimè ac in totum creditori: Neque enim antea vim ſolutionis obtinet, neque legitimus modus eſt tollendæ obligationis. Vnde eſt quod etiam poſt factam ceſſionem & ante tertiam venditionem peractam vtique bonis ſuis non caret is qui ceſſit, *l. 3. & l. quem pœnitet 5. infr. de ceſſ. bon.* Sed & poſt bona vendita ſi quid acquiſierit, adhuc in quantum facere poteſt conuenitur, *l. 4. eo.* dummodò id quod acquiſiit idoneum habeat emolumentum, vt loquitur Iuſtin. in *§. vlt. Inſtit. de act.* Non igitur verum eſt quod hic Vlp. ait, Eum neque agere neque conueniri poſſe. Nec proinde quod ex eo infert, non eſſe cogendum arbitrum ſententiam dicere, quaſi futura ſit inefficax ſententia ſi fortè contingat pronunciari aduerſus eum, qui bonis ceſſit.

Ratio decidendi. Remanet quidem debitor ipſo iure obligatus etiam poſt factam ceſſionem, Ita vt conueniri poſſit ſummo iure, ſed inefficax eſt actio, quia ſummouetur per exceptionem, *leg. 4. C. de bon. aut. iud. poſ. §. vlt. Inſtit. de replic.* Nihil porrò intereſt in effectu & quantum ad prætorem qui æquitatem magis quàm iuris ſubtilitatem ante oculos habet, an ipſo iure nulla actio competat, an talis competat, quæ perimatur per exceptionem, *l. nihil intereſt 112. de reg. iur. l. nam is nullam 6. ſuprà de dol.* Adeò vt qui æquitate exceptionis alicuius ſummoueri poteſt, ſi agat dicatur contra iuris rationem experiri, *d. l. 3.* non quia ſummi & ſtricti iuris ratio repugnet, ſed quia cùm ius noſtrum nihil aliud ſit quàm ars boni & æqui, *l. 1. ſupr. de iuſtitia & iure.* Iuris appellatione æquitatem ſignificamus potiùs quàm ius ſummum & ſtrictum, quod in iis quæſtionibus quæ ſunt ex bono & æquo, ſumma crux & ſumma plerumque iniuria eſt, *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur de verb. oblig.* Rectè igitur Vlpianus non eſſe cogendum hoc caſu arbitrum ſententiam dicere, quia inefficax futura eſſet, cùm pœnæ promiſſæ petitio nulla contra eum qui ceſſiſſet bonis, eſſet competitura in effectu, ſi fortè contra eum pronunciaretur. Nec ei rurſus ſi pro eo, quia nullam actionem exercere poteſt is qui bonis ceſſit, quin ſimiliter per factæ ceſſionis exceptionem repellatur. Nam quin agere poſſit ſummo iure non dubitatur, cùm ceſſio bonorum non auferat ei actiones directas quæ omnino & inſeparabiliter perſonæ, ne cum interpretibus dicam, oſſibus creditoris adhærent, ſed tantùm inefficaces eas faciat propter exceptionẽ, vt euenit in alia qualibet ceſſione, *l. ſi cũ emp. 16.* vbi diai, *ſup. de pact. l. vlt. ſup. de trãſ.*

1 ¶ Si multò pòſt reuertatur ad arbitrum litigatores: non eſſe cogendum ſententiam dicere, Labeo ſcribit.

Ad §. 1. Si multò pòſt.

Ratio dubitandi. Cùm nihil aliud interuenit niſi quod multò poſt tempore litigatores ad arbitrum redierunt, omnia ſunt adhuc integra, nec ponimus medio tempore quicquam incidiſſe eorum omnium quæ ſupr. diximus poſſe iuſtam arbitrio afferre excuſationem. Ergo periode arbiter à prætore cogendus eſt ſententiam dicere, ac ſi ad eum litigatores poſtridie rediiſſent. Nam & hoc caſu locum habẽt duæ illæ rationes quæ huic edicto cauſam dederunt, & de quibus in *l. 3. §. tametſi ſupr.* Nempe quod & prætor ſtudeat lites finiri, & non ſint decipiendi litigatores qui arbitrum hunc tanquam virum bonum elegerunt.

Ratio decidendi. Videtur litigatores ſpreuiſſe arbitri auctoritatem qui non niſi iam multò poſt tempore ad eum redierunt, quamuis ad alium arbitrum vel iudicem non iuerint. Sic enim hic locus accipiendus eſt vt differat hic caſus ab eo de quo in *l. ſed ſi 9. §. vlt. & l. 10. & 11. ſup. eod.* Ergo impudenter litigatores facturi ſint ſi poſtulent à prætore vt cogat ſententiam dicere arbitrum, quem ipſi neglexerunt. Quantum verò tempus hoc eſſe debeat vt tam multum videri poſſit, & an triennij ſit an quinquennij ridiculum eſt quærere, cùm ex prætoris arbitrio id pendeat, cuius erit æſtimare ex perſonarum, rerum, locorum & temporum varietate intra quod tempus redire litigatores debuerint, ne arbitrum ſpreuiſſe dici poſſent, quod & iam olim Ioannes benè docuit apud Accurſ. Sanè vbi arbiter cœpit cognoſcere finiendam eſſe cognitionem eius triennio receptiſſimum eſt, exemplo eius quod in litibus iudicialiter tractandis conſtitutum fuit à Iuſtiniano in *l. properandum 13. C. de iudic.* Sed vereor ne hoc etiam non ſit verum. Nam verba legis tractant quidem de omnibus iudicibus, ſed tamen non niſi de iudicibus ſiue in alma vrbe ſiue in prouinciis maiorem aut minorem peragant adminiſtrationem, ſiue in magiſtratibus poſiti, vel ex sola dati, vel denique à proceribus delegati. In quo numero non ſunt arbitri illi compromiſſarij, de quibus nunc diſputamus. Neque rurſus iis conuenit ratio illa conſtitutionis, *Hoc enim iudicialis magis eſſe poteſtatis, nemo eſt qui ignoret.* Nec enim iudicialem poteſtatem habent arbitri, quippe qui iudices non ſunt, quamuis ſuſcipiant iudicis partes. Ineptè autem Accurſ. diſtinguit an arbitrum ſpreuerint litigatores, & ad alium iuerint, an ſpreuerint tantùm, an ad alium iuerint tantùm, an denique nihil horum fecerint. Quaſi primo caſu nunquã audiendi ſint, ſecundo audiendi ſint omnimodo, ſed nõ omni tẽpore niſi cauſã habuerint ſpernendi arbitri fortè propter ipſius imperitiã, id eſt, vt ille loquitur, *niſi arbitrum ſpreuerit cauſa cognita*, (quaſi verò cauſæ cognitio ad litigatores ſpectet vt de arbitro pronuncient.) Tertio autem caſu & quarto admittendi ſint intra triennium à die litis conteſtatæ coram iſto arbitro, non etiam poſt triennium, niſi intra triennium facta ſit conteſtatio ſub alio quem adiuerunt, quia tunc nec intra triennium audiendi ſint vtpote compromiſſo ſoluto ex *lege ſi quis rem 30. & lege non diſtinguemus 32. §. ſumma rei eſt verſ. compromiſſo.* Debuit dicere, omnibus his caſibus neceſſariam eſſe cauſæ cognitionem, ideóque totum hoc ex arbitrio prætoris pendere, vt apparet ex *d. lege ſed ſi 9. cum duab. ſequentib. & lege licèt 15. ſuprà eod.* Præterquàm ſi compromiſſum ſolutum ſit, quo caſu nullæ amplius poſſunt in arbitrum eſſe partes prætoris.

2 ¶ Item ſi plures ſunt, qui arbitrium receperunt : nemo vnus cogendus erit ſententiam dicere : ſed aut omnes, aut nullus [a].

Ad §. 2. Item ſi plures.

Ratio dubitandi. Facilè poteſt fieri vt ex pluribus qui arbitrium ſimul ſuſceperunt quidam habeant iuſtam aliquam excuſationem, propter quam non ſint cogendi ſententiam dicere, alij verò nullam habeant. Quod cùm euenit, an non iniquum & abſurdum eſt in perſonis eorum quos nulla tuetur excuſatio, impediri poteſtatem edicti propter alios qui excuſati debent? Conuenientiùs ergo videtur vt ij quidem qui excuſationem aliquam habent non cogantur ſententiam dicere, at cæteri cogantur. Ne iuſta quorundam excuſatio vel aliis proſit, vel iis quibus prodeſſe deberet, ob alios eripiatur.

Ratio decidendi. Compromiſſi lex omnino ſeruanda eſt, vt contra eum qui ſententiæ arbitri parere nolet, pœnæ perſecutio eſſe poſſit. Atqui cùm in plures compromiſſum eſt id tacitè actum intelligitur, imò expreſſum potiùs, vt omnes adeſſe & ſententiam dicere oporteat, niſi aliud actum vel expreſſum ſit, *leg. non diſtinguemus 32. §. cùm in plures. infr. hoc tit.* Ergo vel omnes ſententiam dicere cogendi ſunt vel nullus, quia ſi quidam duntaxat vellent ſententiam dicere pœna non committeretur. Atqui committeretur inquies, etiam ſi ille ipſe qui affert excuſationem contradiceret, nec cum aliis conſentiret, quia cum arbitri diſſentiunt, ſtandum eſt arbitrio maioris partis *§. principaliter infra hac leg.* Cur non ergo poterit ferri ſententia iis abſentibus, quibus etiam inuitis ferri poſſet, vt ita pœna quoque committeretur? Nempe quia plus poteſt hoc caſu abſentia quàm contradictio, propter rationem poſitam in *§. vlt.* huius legis, vbi dicam. Nec ſufficit, vt vult Accurſ. quod omnes præſentes fuerint, niſi etiam omnes ſententiam ferant, quomodo & in iudicibus obſeruatur *l. duo ex trib. 39. de re iudic. & Nouell. 125. vt iudic. non expect. ſacr. iuſſ. §. 1. in fi.*

a *Aut omnes aut nullus.* Quid ergo ſi ex electis arbitris vnus deceſſerit? Accurſ. dubitat. Ego non dubito quin etiam quod ad cæteros compromiſſum ſit ſolutum, quomodo & vnius ex litigatoribus morte ſolueretur, *l. ſed & interpellatur 49. §. vlt. infr. hoc tit.* Multò enim maior ratio eſt, vt ſoluatur morte vnius ex arbitris, cùm in compromiſſis arbitrium perſonæ inſertum perſonam non egrediatur *l. in compromiſſis 45. eod.* Secus eſt in iudice. Alius namque in defuncti locum ſubrogandus neceſſariò eſt à prætore qui idipſum ſequi debeat quod defunctum iudicare oportuerat, *leg. mortuo 69. infr. de iud.* nec eo minùs tamen idem iudicium eſſe intelligitur *l. proponebatur 76. eo. tit.* quamuis mutatum dicat Iuſtinianus in *l. properandum 13. §. ſin autem vtraque C. eo.* Nempe quia iudicium ex neceſſitate & datur & accipitur. Datur autem à prætore, ad cuius iuriſdictionem id maximè pertinet, *l. 3. in pr. de iur. ſd. l. 2. C. de pedan. iudi.* Ne impedimentum aliquod in perſequendis litibus afferatur *l. pen. eod.*

3 ¶ Inde Pomponius libro 33. quærit, ſi ita ſit compromiſſum, *vt quod Titio diſceptatori placet, id Seius pronunciet:* quis ſit cogendus? Et puto, tale arbitrium non valere, in quo libera facultas [a] arbitri ſententiæ non eſt futura.

Ad §. 3. Inde Pomponius.

Ratio dubitandi. Cùm ita compromiſſum eſt vt quod placebit Titio diſceptatori, id eſt cognitori, vt in *l. 3. C. de pedan. iud.* id Seius pronunciet, vterque videtur electus arbiter, Titius quidem ad cognoſcendum, diſceptandumque de negotio, Seius verò ad pronunciandum. Ergo vterque cogendus eſt, ille vt cognoſcat, hic vt pronunciet.

Ratio decidendi. Non poteſt hoc compromiſſum valere, in quo ſcilicet non ſit libera facultas arbitri ſententiæ futura. Nihil enim pronunciare Seius poterit niſi quod Titio placuerit, ex cuius proinde iudicio & voluntate ſententiam Seij pendêre oporteret, cùm tamen Seius ſolus eſſet arbiter. Is enim arbiter & iudex eſt qui pronunciat, non ex cuius conſilio pronunciatur, vt in aſſeſſore videre eſt. Non valdè diſſimile eſt, quod affert Accurſius de hæredis inſtitutione. Debere illam ex ſolius teſtatoris non ex alterius arbitrio pendêre, ne alioqui captatoria videatur, *leg. illa inſtitutio 32.* iunct. *l. captatorias 70. infr.*

a *Libera facultas.* Ratio dubitandi. Valet compromiſſum ſi litigatores in duos conſenſerint, & conuenerit vt eis diſſentientibus tertius aſſumeretur Sempronius *§. ſi in duos infra.* Nam & ſi in duos ſimpliciter compromiſſum eſſet qui conſentire nollent, poſſet prætor & deberet cogere arbitros, tertiam perſonam certam eligere, cuius autoritati pareatur, *§. principaliter infr.* Atqui his caſibus non eſſet omnino libera facultas arbitris prioribus ferendæ ſententiæ, quoniam ea ferenda eſſet quam tertius ille vellet, qui à litigatoribus aut prætore aſſumptus eſſet. Ergo & in ſpecie huius §. compromiſſum valere debet.

Ratio decidendi. Cùm vnus tantùm eſt arbiter, libera ei eſſe debet facultas ferendæ pro eius arbitrio ſententiæ. At cùm ſunt plures, liberùm quidem æquè eſt ſingulis id ſentire quod velint, ſed pronunciandum neceſſariò eſt quod placuerit maiori parti. Itaque non eſt libera ſingulis facultas pronunciandi quod velint ſinguli, ſed quod maior pars velit ſi non omnes conſentiant. Omnes tamen ſimul liberam illam facultatem habent, vt ſunt ſimul omnes arbitri.

4 ¶ Sed ſi ita ſit compromiſſum, *arbitratu Titij aut Seij fieri:* Pomponius ſcribit, & non putamus compromiſſum valere : ſed is erit cogendus ſententiam dicere, in quem litigatores conſenſerint.

Ad §. 4. Sed ſi ita ſit compromiſſum.

Ratio dubitandi. Cùm ita ſit compromiſſum; *arbitratu Titij aut Seij*, vnum tantùm arbitrium eſt & vnius perſonæ non plurium, ſicuti dicimus de legato, cùm illud aut illud legatum eſt, *l. ſi illud aut illud 27. de leg. 2.* Porro quænam perſona illa ſit incertum eſt propter alternationem & diſiunctionem, quoniam vtraque perſona ſub alternatione & diſiunctione continetur. Ergo non poteſt compromiſſum valere quaſi factum in perſonam incertam, quæ tamen omnimodo certa eſſe debet, *§. principaliter in fi. infr.* In compromiſſis enim arbitri induſtria eligitur, vnde eſt quod arbitrium nunquam egreditur perſonam, *leg. in compromiſſis 45. infr. hoc tit.* iunct. *l. inter artifices 31. de ſolut.*

Ratio decidendi. Compromiſſo ita facto, *arbitratu Titij aut Seij*, incerta quidem eſt perſona arbitri, ſed incerta ex certis. Certum enim eſt vel Titium vel Seium arbitrum eſſe, quod ſufficit vt valeat compromiſſum: ſicut & valebat iam olim legatum quod perſonæ incertæ certis relictum eſſet, *§. incertis Inſt. de leg.* Sed non hoc ſufficit vt vel Titius vel Seius cogi poſſit à prætore. Prius enim neceſſe eſt vt litigatores in alterum præciſè conſentiant: quo facto is demum cogi poterit.

5 ¶ Si in duos fuerit ſic compromiſſum, *vt, ſi diſſentirent, tertium aſſumant: puto tale compromiſſum non valere*, nam in aſſumendo poſſunt diſſentire: ſed ſi ita ſit, vt eis tertius aſſumeretur Sempronius [a], valet compromiſſum: quoniam in aſſumendo diſſentire non poſſunt.

Ad §. 5. Si in duos.

Ratio dubitandi. Si in duos tantùm compromittatur, res ferè ſine exitu futura eſt propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem, neceſſe igitur eſt vt tertius aſſumatur, vt in numero impari maior pars aliqua reperiatur, cuius arbitrio ſtari oporteat, vt ſcriptum eſt in *§. ſeq.* vbi additur vſque adeò verum hoc eſſe, vt ſi in duos compromiſſum ſit, prætor debeat cogere arbitros ſi non conſentiant tertiam perſonam eligere, cuius autoritati pareatur. Quod ergo prætor facere poteſt ex officio, quidni etiam litigatoribus licebit?

Ratio decidendi. Duobus arbitris in quos compromiſſum fuit diſſentientibus neceſſarium quidem eſt aſſumi tertium, ſed cuius perſona ſit certa non minùs ſi à litigatoribus quam ſi à prætore aſſumatur, vt ſequitur in *h. §. & in fi. §. ſeq.* Alioqui non eo magis res exitum erit habitura, cùm æquè fieri poſſit vt in tertio abſumendo arbitri diſſentiant, ſi fortè alter Titium velit abſumere, alter Sempronium. Planè ſi compromiſſum ita factum ſit in duos vt ſi diſſentirent tertius aſſumeretur à litigatoribus quomodo plerunque fit, valeret meo iudicio compromiſſum, quamuis tertij illius eſſet incerta perſona, ſed ita demum ſi duobus diſſentientibus in eligendo tertio conſentiant. Nimirum quia ea eo die certa eſt perſona, videtúrque nouum compromiſſum factum in tres arbitros, ac ſi ab initio tres certi nominati eſſent. Valet igitur hoc compromiſſum, ſed iure nouæ conuentionis, aliter atque ſi prætoris iuſſu ea tertia perſona eligeretur ab arbitris, vt in *§. prox. ſeq.* Ita ſit vt melius ſit ad compromiſſi validitatem de nullo tertio abſumendo cauiſſe, quàm de tertio incerto. Priore caſu compromiſſum valet *d. §. prox. ſeq.* Poſteriore verò non valet. Expreſſa nempe nocent, quæ non expreſſa non nocent, vt eſt in iuris regula. Quòd ſi de aſſumendo tertio in caſum diſſenſionis nihil dictum ſit, vſitatum eſt & receptum vt valeat compromiſſum, & quidem ex ſe non ex ſolo beneficio prætoris, vt malè ſentit Accurſius ad *§. ſeq.* Alioqui non poſſet prætor duos iſtos arbitros cogere, vt ſententiam ferrent, ſed ab initio cogeret eos vt tertiam perſonam certam eligerent, quod tamen non ita eſt. Eo namque ſolo caſu eos cogit vt tertiam perſonam certam eligant, quo inter ſe diſſentiant, vt ſcriptum eſt in *d. §. ſequent.* Non enim priùs incipit res videri exitum habere non poſſe quàm duo illi cœperint diſſentire. Interim igitur nihil prohibet fideicommiſſum valere, & à prætore arbitros cogi non vt conſentiant, ſed vt ſententiam ferant ſi fortè conſentient.

a *Vt tertius aſſumeretur Sempronius.* Ratio dubitandi. Videtur hoc caſu collatum arbitrium in ſolius Sempronij voluntatem, ergo nullius eſt momenti huiuſmodi compromiſſum, perinde ac ſi conueniſſet vt duo priores arbitri pronunciarent quod Sempronius ſtatueret, ſecundùm ea quæ diximus ad *§. inde Pomponius ſupr.*

Ratio decidendi. Non ideò prohibentur liberè ſententiam ferre duo priores arbitri, ſed coguntur ſinguli eam probare ſententiam quæ maiori parti probabitur, vt nimirum quod duobus ex tribus placuerit omnibus placuiſſe exiſtimetur. Itaque ſi poſt aſſumptum Sempronium tanquam tertium, priores duo mutata, vt plerumque fit, per alterum opinione conſentirent in eam ſententiam quæ Sempronio non probaretur, perinde cogeretur Sempronius in aliorum ſententiam, atque vnus ex aliis in ſententiam Sempronij, ſi inuicem diſſentire perſeuerarent. Nihil ergo eſt quod impediat ne huiuſmodi compromiſſum valeat, quia non poſſunt duo arbitri in eligendo tertio diſſentire, in quem litigatores conſenſerunt.

6 ¶ Principaliter tamen quæramus, ſi in duos arbitros ſit compromiſſum: an cogere eos prætor debeat ſententiam dicere: quia res ferè ſine exitu futura eſt propter naturalem hominum ad diſſentiendum facultatem. In impari enim numero ideirco compromiſſum admittitur: non quoniam conſentire omnes facilè eſt: ſed quia & ſi diſſentiant, inuenitur pars maior, cuius arbitrio ſtabitur.

¶ Sed vſitatum eſt etiam in duos compromitti, & debet prætor cogere arbitros [a], ſi non conſentiant, tertiam certam eligere perſonam [b], cuius auctoritati pareatur.

Ad §. 6. Principaliter.

Ratio dubitandi. Compromiſſa pertinent ad finiendas lites, *leg. 1. ſupr.* Atqui cùm in duos tantùm arbitros compromiſſum factum eſt, res ferè ſine exitu futura eſſe videtur propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem, quæ facit vt præſumendum ſit duos illos inuicem diſſenſuros potiùs, quàm conſenſuros. Non igitur plenum videri poteſt compromiſſum quod in duos tantùm arbitros factum eſt, nec proinde cogendi arbitri vt ſententiam dicant, ſed ita demum ſi impar ſit numerus arbitrorum, vt in illo impari numero reperiatur maior aliqua pars cui ſtetur.

Ratio decidendi. Vſitatum eſt & receptum etiam in duos compromitti, multò magis in quatuor aut in ſex, aliumve numerum parem, quia quoties contingit eos diſſentire, ſolet prætor cogere arbitros vt tertiam perſonam certam eligant cuius non tam arbitrio quàm autoritati pareatur. Autoritas enim eſt magis quàm arbitrium ſi Titio & Mæuio diſſentientibus aſſumptus pro tertio Sempronio pronunciet ex opinione Titij, cuius autoritas alioqui Mæuium vincere non poſſet. Nihil enim aliud hoc caſu agit Sempronius, niſi quod Titij ſententiam confirmat, tanquam ſuperior quidam & competens iudex, vt in *l. duo iudices* 28. *de re iud.* Cæterùm ſi ab vtroque Sempronius diſſentiret, non ideò vinceret quia non ideò aſſumitur vt ſolus ſententiã ferat, ſed vt quæ ex duabus duorum arbitrorum ſententiis ei magis probabitur, eam ab omnibus pronunciari oporteat. Et ita bene Accurſ. ad finem huius §. ratiocinatur, quamuis poſtmodum contrà ſentire videatur.

a *Et debet prætor cogere arbitros.* Ratio dubitandi. Arbitri compromiſſarij ideò coguntur pronunciare, quia in ſe arbitrium receperunt, *l. 3. § tametſi ſupr.* Ergo non niſi quatenus receperunt, & promiſerunt. Atqui non promiſerunt tertiam perſonam certam eligere. Ergo nec ad hoc cogendi ſunt à prætore.

Ratio decid. Duplex ratio eſt cogendi per prætorẽ arbitri vna illa ne decipiantur, qui eius fidẽ & probitatem ſecuti ſunt: altera quod ſtudeat prætor lites finiri, *d. §. tametſi.* Atqui duobus tantùm arbitris electis qui diſſentiant, neque poſſe lis finiri, neque proinde præſtari ab arbitris, quod ipſi promiſerunt ſe ſua ſententia finem controuerſiæ impoſituros, *l. Pompon.* 13. *§. recepiſſe, ſup. hoc tit.* Ergo ne fruſtrà arbitrium receptum dici poſſit, nihil facit prætor quod videri debeat alienum à voluntate, ſiue arbitrorum, ſiue litigantium, cùm iubet duos arbitros eligere tertium cuius autoritati pareatur.

b *Tertiam perſonam certam eligere.* Ratio dubit. Com-

promiſſum

promiſſum in duos tantùm arbitros factum non alia ratione videbatur non valere quàm quod verendum eſt, necne res ſine exitu futura ſit duobus illis diſſentientibus, nempe propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem, vt ſcriptum eſt in hoc §. Atqui ratio hæc facit potius, vt pauciores quàm vt plures arbitros eligi oporteat, quia & difficilius eſt conſentire plures, quàm pauciores. Ergo fruſtrà eſſe videtur ſi prætor augeat numerum arbitrorum cogendo priores arbitros, vt tertium aſſumant.

Ratio decidendi. Ita ſanè eſt ſi prætor velit non tantùm alios aſſumi arbitros, ſed qui præthereà pari etiam numero ſint. At ſi tertium aut quintum eligi iubeat, aliúmve qui arbitrorum numerum imparem conſtituat, non idem eſt, quia in numero impari ſemper aliqua pars vt iam dixi maior reperitur, cui ſtandum ſit. Itaque plures hoc caſu arbitri eliguntur, non quaſi faciliùs conſenſuri ſint, ſed quaſi minore, aut potius nullo incommodo diſſenſuri. Atqui (inquies) Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſuprà.* In iudiciis porrò non idem obſeruatur, quia ſi duo iudices dati diuerſas ſententias dederint non tertius aſſumitur, ſed vtraque ſententia in pendenti eſt, donec competens iudex alteruttam confirmauerit, *d. l. duo iudices 28. de re iudic.* Cur ergo aliter in compromiſſis? Nempe quia in iudiciis eſt aliquis ſuperior, & competens iudex. Ille ſcilicet qui iudicem dedit, ad cuius auctoritatem pertinet, vt quam volet ex variis iudicum à ſe datorum ſententiis confirmet, *d. l. duo iudices. & leg. iubemus 34. in fin. C. de appellat.* Excepto caſu *l. in offerendis 37. eod.* At in arbitriis nullus eſt ſuperior, qui finem controuerſiæ imponere poſſit ſi non adhibeatur à prætore remedium, de quo in hoc §. An verò tertius ille ab arbitris aſſumendus cogi poſſit arbitrium recipere, & iudicare quærit Accurſius. Et putat poſſe ex *leg. ſancimus 6. Codice de aduocat. diuerſ. iudiciorum.* Sed malè. Cur enim magis cogatur arbitrium recipere, is qui electus eſt ab arbitris, quam qui à litigatoribus? An non perinde verum eſt. Priuati eſſe hoc officij, & quod poſitum ſit extra neceſſitatem iuriſdictionis, *leg. 3. §. tametſi ſuprà.* Planè ſi arbitrium vltro receperit; nec dubitandum eſt, quin cæterorum exemplo etiam cogi poſſit ſententiam dicere: & ita accipi debet, quod ſcriptum eſt, in *dict. leg. ſancimus*, aut potius de arbitris datis à magiſtratu vel à iudice, de quibus in *l. vlt. C. de iudic.* & in *l. ab arbitro 9. & ſeq. ſupr. qui ſatiſd. cogant.*

7. ¶ Celſus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit, ſi in tres fuerit compromiſſum, ſufficere quidem duorum conſenſum, ſi præſens fuerit & tertius: alioquin abſente eo, licèt duo conſentiant, arbitrium non valere: quia in plures fuit compromiſſum, & potuit præſentia eius trahere eos in eius ſententiam.

Ad §. vlt. Celſus.

Ratio dubitandi. Quod poteſt fieri aliquo inuito, longè magis fieri poteſt eo abſente, & ignorante, ex *reg. leg. qui poteſt 26. de reg. iur. l. ſed ſi vnius 17. §. filiofamilias de iniur. l. nomin. 46. C. de decur. lib. 10. tit. 31.* Cur enim requiratur præſentia eius qui etiamſi præſens eſſet tamen non niſi fruſtrà poſſet contradicere? *l. vlt. §. vbi autem in vnum verſ. niſi adhuc in prima ætate, Codice de bon. quæ liber.* Nam & ſic dicimus non expectari conditionis euentum qui nihil operaretur, *leg. ſi quis ita 33. de hæred. inſt.* Atqui cùm in tres fuit compromiſſum, ex quibus duo abſente tertio conſentiunt, etiamſi tertius adeſſet, qui vellet contradicere fruſtrà vtiq; contradiceret, quoniam à maiore parte vinceretur, *§. prox. ſuprà.* Ergo non eſt neceſſe vt præſens fuerit tertius, nec eò minus arbitrium duorum conſentientium valere debet.

Ratio decidendi. Plus poteſt hoc caſu abſentia quàm præſentia cum contradictione, vt bene notat Accurſius ſicut & in ſpecie, *leg. duo ex tribus 39. de rei iudic. leg. 1. §. 1. leg. ſi cùm dotem 22. §. ſi pater ſolut. matrim. l. etiam 29. §. vlt. ſupr. de minor. l. ſi præced. 58. §. Lucius, infrà mandat.* Nempe quia hic qui abſens fuit ſi adfuiſſet, potuiſſet alios trahere in ſuam ſententiam auctoritate ſua, vel pondere rationum quas habuiſſet ad diſſentiendum à cæteris. Hoc tamen intellige cùm eodem Accurſio niſi aliter actum dictúmque ſit ex *leg. non diſting. 32. §. cùm in plures, infrà hoc tit.*

18. Pomponivs lib. 17. Epiſtolarum (& variarum lectionum.)

SIcuti tribus iudicibus datis, quod duo ex conſenſu, abſente tertio iudicauerint, nihil valet: quia id demum quod maior pars omnium iudicauit, ratum eſt, cùm & omnes iudicaſſe palàm eſt.

Ad l. Sicuti 18.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem eſt quæ ad §. *vlt. legis præcedentis*, ſed quæ tamen aliter etiam exprimi poteſt ex verbis huius legis. Ergo ratio dubitandi illa eſſe poteſt, quòd pluribus iudicibus datis id omnimodo ratum habendum ſit, quod maior pars eorum conſtituerit. Atqui ex tribus iudicibus duo maiorem partem conſtituunt. Ergo ratum habendum illud eſt in quo conſenſerunt duo licèt tertius abfuerit. Nam & plerumque videntur omnes adeſſe cùm maior adeſt, vt obſeruatur paſſim in Curiis ſupremis, in quibus vix vnquam contingat vt Senatores omnes adſint, Textus eſt elegans in *l. nominationum 46. C. de decur. lib. 10. tit. 31.*

Ratio decidendi. Tunc ratum habendum eſt quod maior pars omnium iudicauit cùm omnes iudicaſſe palàm eſt. Quippe omnes ſimul iudicare iuſſi ſunt. Planè ſi omnes adfuerint neque tamen omnes conſenſerint, ſtandum eſt duorum ſententiæ quia non eò minùs verum eſt omnes iudicaſſe, *d. l. iudicaſſe, d. l. duo ex trib. 39. inf. de re iud.* Iunge *quæ dixi ad l. item ſi vnus 17. §. item ſi plures, ſupr.* & quæ dicam ad *l. non diſtinguemus 3. §. cùm in plures, inf.* Non idem erit ſi omnibus præſentibus vnus ſolus ſententiam dixerit, fortè aliis iurantibus nondum ſibi liquere, vt in *l. Pomponius 13. §. vlt. ſup.* Niſi conſentiant vt ſolus ille cui liquet pronunciet. Hoc enim caſu facilè admitterem quod vult Accurſius, non eò minùs ſententiam valituram. Euenit tamen aliquando, vt pluribus commiſſa negotia per aliquos ex iis poſſint expediri etiam abſentibus cæteris, vt in pluribus tutoribus, *lege decreto 24. §. vltim. de adminiſtrat. tutel. & tot. titulo, Codice ſi ex plur. tutor.* & in pluribus magiſtris negotiationis quorum vnus ſolus etiam abſentibus cæteris obligat exercitorem, *leg. 1. §. ſi plur. 13. infrà de exercit. actionum.* Sed id fit quia non omnes ſimul rem agere iuſſi ſunt, quomodo omnes iudices qui ſimul dantur, ſimul quoque iudicare omnes iubentur, *dict. leg. duo ex tribus.* Longéque aliud eſt agere, vel contrahere, quod nunquam fit tam commodè, & expeditè per plures, *dict. leg. decreto, §. vlt.* Aliud verò iudicare, quòd fit ſemper tutiùs, & meliùs adhibitis iudicibus multis.

19. Pavlvs lib. 13. ad Edictum.

QValem autem ſententiam dicat arbiter, ad Prætorem non pertinere Labeo ait: dummodo dicat, quod ipſi videtur. Et ideò ſi ſic fuit in arbitrum compromiſſum, vt certam ſententiam dicat: nullum eſſe arbitrium, nec cogendum ſententiam dicere Iulianus ſcribit libro quarto Digeſtorum.

Ad l. Qualem autem 19.

Ratio dubitandi. Prætor ideò cogit arbitrum ſententiam dicere quòd non debeant decipi qui eum tanquam virum bonum elegerunt, *l. 3. §. tametſi ſuprà.* Ergo cogere eum debet vt talem ſententiam ferat qualem à viro probo ferri decet, ac proinde æquam non qualem arbiter velit, alioqui nónne melius eſſet nullam ab arbitro ferri ſententiam, quàm ferri iniquam? Præſertim cum à ſententia arbitri non poſſit appellari, vt ſi quid iniquè arbiter ſtatuerit, id ab alio corrigatur, *l. 1. C. hoc tit.* quomodo corrigi poſſet ſi à iudice lata ſententia eſſet, *l. præfectum 17. ſuprà de minor l. 1. infrà de appell. Nouell. 82. de iudicib. c. 13. §. omnis autem in fin.*

Ratio decidendi. Prætor id potiſſimùm ſtudet cum arbitrum cogit vt lites finiantur, quod aſſequitur cum arbitrum cogit ſententiam dicere ſiue æqua illa ſit ſiue iniqua dummodò controuerſiæ finem imponat, Adeò putat ille publicè intereſſe lites quoquomodo finiri quam ſpe iuſtioris ſententiæ in aliud & longius tempus differri: Proinde non inquirit qualis ea ſententia ſit quam arbiter protulit, hoc eſt, æquáne ſit an iniqua, non quod vllo caſu iniquitati fauere velit, ſed quia videt non poſſe litigatores conqueri de iniquitate ſententiæ ab eo latæ quem non tanquam alium bonum virum quemlibet, ſed tanquam & Titium & virum bonum elegerunt, cùm ſibi imputare debeant cur talem elegerint, in cúmq; cõpromiſerint, *l. diem proferre 27. §. ſtari autem inf. & l. ſocietatem 76. verſ. arbitr. infra pro ſocio.*

a *Quod ipſi videtur.* Ratio dubitandi. Omnes iudices iudicare debent ſecundùm leges, non autem ſecundùm id quod ipſis videtur, *§. omnis autem iudex, Nouell. 82. de iudic. cap. 13.* Ergo & arbitri qui iudicum partes ſibi aſſumunt, *leg. Pomponius 13. §. recepiſſe, ſuprà.*

Ratio decidendi. Iudicum eſt iudicare ſecundùm leges, alioqui quod iudicauerunt contra leges dum ne expreſſo in ſententia iuris errore, quamuis teneat ipſo iure ſi modò iuris ordo ſeruatus ſit, reſcindendum tamen eſt à ſuperiore iudice per appellationem, *l. præſes prouincia 27. l. cùm prolatis 51. infrà de re iudic.* iunct. *l. ſi expreſſim 19. infrà de appell. l. prolatam 4. C. de ſent. & interloc. om. iud.* At arbitri non tenentur iudicare ſecundùm leges, ſed tantùm ſecundùm id quod ipſis videtur. Hactenus nimirum non vt eorum ſententia vim habeat ſententiæ & rei iudicatæ, ſed vt ei parere ſit neceſſe metu pœnæ, quanquam arbitri officio conueniat, vt qui electus eſt tanquam vir bonus idipſum pronunciet quod pronunciare deberet ſi iudex eſſet, ac proinde quod & iuris rationi conueniat, & æquitati non repugnet. Id ni fecerit non magis arbitri quàm boni viri officio functus dici poteſt, at non eò minùs tamen pœna committitur ſi eius arbitrio quantumlibet iniquo non pareatur. Sententia tamen ipſa non habet vim rei iudicatæ, quam nec habere poſſet etiamſi eſſet æquiſſima, & Papiniani reſponſis omnino conſentanea, vnde eſt quod nec vllo caſu ab ea poteſt appellari, *l. 1. Cod. hoc tit.* Quid ergo ſi nec iuris ordinem arbiter ſeruauerit? Putat Accorſius non valituram ipſius ſententiam, nimirum exemplo ſententiæ per iudicem latæ, *d. l. prolatam*, cùm promiſſa redacta ſint ad inſtar & ſimilitudinem iudiciorum, *l. 1. ſuprà hoc tit.* Ego verò ſicut hoc admitto cùm ſimpliciter factum eſt compromiſſum, vel etiam adiecta illa clauſula quæ plerumque adiici ſolet, vt ſeruato iuris ordine procedatur. Ita non dubito quin aliud dicendum ſit ſi ea compromiſſario arbitro poteſtas data ſit, quæ hodie paſſim dari ſolet, vt ſummariè quod aiunt & de plano procedatur. Id enim nihil aliud eſt quàm non ſeruato iuris ordine. Diſtinguendum igitur eſt quibus verbis concepta ſit forma compromiſſi.

a *Vt certam ſententiam dicat.* Ratio dubitandi. Si conuenerit inter litigatores quid non pronuncietur, etiam iudex huiuſmodi ſententiam proferre debet, *l. ſi conuenerit 26. infrà de re iud.* Ergo multò magis compromiſſum ita fieri poterit, vt arbiter ſententiam dicere cogatur certam & qualem litigatores voluerint: proindéque hoc etiam caſu poterit cogi arbiter à prætore vt ſententiam dicat. Quid enim aliud agit prætor hoc edicto quàm vt controuerſiæ litigatorum dirimantur? Quomodo autẽ dirimi meliùs & tutiùs poſſũt quàm ex cõſenſu litigantiũ? arg. *l. 1. §. inde quæritur. de oper. nou. nũc.*

Ratio decidendi. Non valet arbitrium, in quo libera facultas arbitri ſententiæ non ſit futura, *l. item ſi vnus 17. §. inde Pompon.* Non poteſt autem eſſe libera ſi litigatores in compromiſſo præſcribant certam ſententiam arbitro, quam is pronunciare debeat: nec niſi fruſtrà videri poſſunt ire ad arbitrum ſi priuſquàm eant, iam conſentiant quid pronunciandum ſit, nec aliud quicquam ab eo pronunciari patiantur. Idque ipſum arbitri nomen ſatis exprimit. Nec enim arbitrium vllum eſſe poteſt in eo quod neceſſariò faciendum eſt, & neceſſitatẽ ſuſcipere illud eſſet non arbitrium. Iudicis alia ratio eſſe videtur. Datur enim à prætore ſub formula cui adeò addictus & obſtrictus eſt, vt ab ea ne latum quidem vnguẽ poſſit recedere: ex quo fieri alibi diximus vt etiam filius poſſit eſſe iudex in cauſa patris, *l. in priuatis 77. de iud.* ius tamen dicere non poſſit, *l. qui iuriſdictioni 10. ſuprà de iuriſd.* quia periculoſum eſſet dari filio liberum arbitrium ſtatuendi, quod haberet ſi poſſet ius dicere in cauſa patris, quódque non habet cùm datur iudex à prætore. Habet igitur iudex datus neceſſitatem non ſolùm iudicandi, ſed etiam ita iudicandi, ſed ex præſcripto formulæ prætoris, non ex præſcripto voluntatis litigatorũ, quamuis nõ abs re ſit vt in iudicando ſequatur id quod conuenerit inter litigatores, *d. l. ſi conuenerit.* Ponimus enim de eo conueniſſe inter litigatores poſt acceptum iam & iudicium & iudicem, ac proinde eo tempore quo non poſſit amplius quæri, an ob eam cauſam iudicis datio quæ præceſſit infirmetur. Cæterùm ſi ante acceptum iudicem & apud prætorem conueniret inter litigatores quid pronunciari vellent, prætoris eſſet idipſũ ſequi, arg. *d. §. inde quæritur.* Non iudicem dare inter conſentientes. Itaque ſi propiùs inſpicias, nulla hac parte differentia eſſe videtur inter iudicem & arbitrũ, quantum ad litigatores. Si enim postea poſt compromiſſum eo quo decuit modo factum, cum in eo eſſet arbiter vt liberam & qualem vellet ſententiam proferret conueniſſe inter litigatores quid ille pronũciaret, dicam ſimiliter non abs re fore, vt id ipſum pronũciare debeat quod litigatores velint. Nec enim ſuperueniens conſenſus litigatorum poteſt irritum facere compromiſſum quod ab initio liberum arbitro arbitrium dedit, ſicut nec inutile facit dationem iudicis eo tempore dati quo nondũ conſenſerant litigatores quid iudicari vellent. Et ita nodus hic diſſoluẽdus eſt nõ quomodo diſſoluitur ab Accorſ. qui quod ſcriptũ eſt de iudice in *d. l. ſi conuenerit*, reſtringit ad renunciationẽ cuidã priuilegio factam, quod eſt ridiculum vt dicemus ad eum locum, ſi Deus Opt. Max. conatus noſtros adeò fortunare dignabitur, vt ad eam vſque Pãdectarum partem progredi opus noſtrũ poſſit, quod in tanta ſerioſiorum publicarũmque occupationum multitudine facilius nobis eſt optare quàm ſperare.

1 ¶ Dicere autem ſententiam exiſtimamus eum, qui ea mente quid pronunciat vt ſecundùm id diſcedere eos à tota controuerſia velit.

Ad §. 1. Dicere autem.

Ratio dubitandi. In ſententiis iudicum parum eſt ſcire qua mente iudex pronunciauerit, ſed illud vnum inſpiciendum eſt quid pronunciauerit & quibus verbis, qui poſteaquam ſemel pronunciauit, ita functus eſt officio ſuo, vt ſententiam ſuam corrigere poſtea nunquam poſſit, quod tamen facere ſemper poſſet adhibita ſaltem pro arbitrio interpretatione, ſi illud quoque inſpiciendum eſſet quid animo & mente geſſiſſet, non minùs quàm quid verbis expreſſiſſet. Quod ſi vſquam alibi verum eſt quod vulgò iactari ſolet, propoſitum in mente retentum nihil operari, id certè in ſententiis maximè verum eſt, quæ cùm finire lites debeant, nouam è contrario litium materiam præberent ſi interpretandæ eſſent ex mente iudicis qui eas protuliſſet, quique mentem illam ſuam nullis verbis ſatis aptis & idoneis expreſſiſſet, vnde eſt quod dicimus ſententiam certam nec obſcuram eſſe debere, *tot. tit. C. de ſent. quæ ſine cert. quantit. profer.* Quid autem eſſet obſcurius ſi qua mente quid pronunciatum eſſet à iudice inueſtigari oporteret? Idem ergo debet obtinere in ſententiis quoque arbitrorum.

Ratio decidendi. Non ita hic locus accipi debet, quaſi ſufficiat arbitrio ea mente quid pronunciare vt ſecundùm id quod pronunciat velit litigatores à tota controuerſia diſcedere, ſi non præterea vtatur verbis idoneis & accommodatis, ex quorum vi & proprietate poſſit impoſitus eſſe finis controuerſiæ ſi ſententiæ pareator. Sed hoc ſibi vult Iureconſultus non requiri in ſententia arbitri effectum illum qui requiritur in ſententia iudicis; nimirum vt controuerſiæ finem imponat, quia ſufficit ea mente prolatam fuiſſe ab arbitro ſententiam, vt fuerit impoſitura finem ſi litigatores parere voluiſſent, qui tamen cùm non cogatur parêre niſi metu pœnæ ſi malint pœnam ſoluere nihil eſt quod arbitro imputetur, etiamſi ſoluta pœna futurum ſit, vt non magis finita ſit lis quàm ſi nihil adhuc pronunciatum fuiſſet. Nec igitur cogendus erit arbiter ruſus ſententiam dicere quaſi nondum dixerit, aut quaſi nondum præſtiterit quod promiſerat, ſe ſcilicet finem controuerſiæ impoſiturum, *l. Pomponius 13. §. recepiſſe ſupr.* Impoſuit enim quantùm potuit, ſiue mentem ipſius inſpicias, ſiue etiam verba ſententiæ, non tamen ſi effectum, quia non potuit eius ſententia vim habere & autoritatem rei iudicatæ ad inducendam parendi neceſſitatem, quam induceret ſententia iudicis ſi ab ea non eſſet appellatum. Itaque effectum ſemper habet ſententia iudicis vt finem litibus imponat, quia & actionem & exceptionem iudicati parit ſi non ſuſpendatur per appellationem, id eſt, ſi tranſeat in rem iudicatam. At non ſemper effectum illum habet ſententia arbitri, nec ſi ab ea prouocatum nõ ſit à qua nec prouocari poteſt ſed ita demum ſi litigator victus malit parêre arbitrio quàm pœnã ſoluere. Quod cùm ſit, ſane finis controuerſiæ per arbitri ſententiam imponitur, quamuis non tam propter ſententiam quàm propter pœnam. Atque ita hic locus explicandus eſt non vt ab Accurſio, qui ſic accipit quaſi iudex in ſententia debeat habere animum definiendi negotij, non autem fatuè loqui. Quod equidem verum eſt, ſed tamẽ ad hũc §. nil pertinet, in quo agitur de arbitrio cui poſſit obiici nõ quod fatuè locutus fuerit, ſed quod finẽ ſentẽtiæ nõ impoſuerit vno ex litigatoribus parêre recuſante.

a *A tota controuerſia.* Ratio dubitandi. Ad boni prætoris officium pertinet non tantùm lites extinguere in totum cùm poteſt, ſed etiam ſi id facere non poſſit eas ſaltem diminuere vt ſi à tota controuerſia recedi non poſſit ſaltem ex parte recedatur. Vtpută ſi is à quo petebantur viginti, fateatur ſe debere decem eáque ſoluere velit, de reliquis verò decem litigare vt in *lege quidam exiſtimauerunt 21. infrà de reb. credit.* Idem ergo debet eſſe in arbitrio, vt boni arbitri officio functus videri debeat etiamſi non niſi pro parte finem controuerſiæ impoſuerit, ſi fortè aliqua de cauſa facere non potuit, vt à tota controuerſia recederetur. Nec poteſt prætor quicquam imputare arbitro qui in pronunciando ipſius etiam prætoris exemplum ſit ſecutus.

Ratio decidendi. Non priùs videri poteſt arbiter boni arbitri partes impleuiſſe quàm toti controuerſiæ finem impoſuerit. Hoc enim eſt, Arbitrium recipere, Nimirum permittere ſe ſua ſententia finem non tantùm toti controuerſiæ ſi vna tantùm ſit, ſed etiam ſi plures, omnibus controuerſiis impoſiturum, *dict. l. Pomponius 13. §. recepiſſe ſuprà.* Ergo quouſque in plenum ſatisfecerit cogi poteſt & debet à prætore vt dicat ſententiam. Nam nec prætor nec iudex datus officio ſuo priùs ſatisfactum putat quàm litem totam extinxerit, licèt eam interim diminuere quoque poſſit. Quid enim aliud eſt litem minuere quàm paulatim eam extinguere? Quanquam quod ſcriptum eſt in *d. l.* quidam mihi iam pridem ſuſpectum eſt, ſapitque Tribonianum potius quàm Iureconſultum, vt alio loco monui. Debet igitur arbiter pronunciare ſicut iudex de tota controuerſia. Idque vt notat Accurſius, vel abſoluendo vel condemnando, *l. apud Celſum 4. §. item quæritur, infr. de doli mal. except. l. eos 6. & l. ampliorem vlt. §. ſancimus. C. de appel. l. in hoc infr. fam. erciſc. l. de qua re infr. de iud. l. 1. C. de ord. iudic.*

2 ¶ Sed ſi de pluribus rebus ſit arbitrium receptum: niſi omnes controuerſias finierit, non videtur dicta ſententia, ſed adhuc erit à prætore cogendus.

¶ Vnde videndum erit, an mutare ſententiam poſſit [a], & aliàs quidem eſt agitatum: ſi arbiter iuſſit dari, mox vetuit, vtrùm eo, quod iuſſit, an eo quod vetuit, ſtari debeat. Et Sabinus quidem putauit poſſe. Caſſius ſententiam magiſtri ſui bene excuſat: & ait, Sabinum non de ea ſenſiſſe ſententia, quæ arbitrium finiat, ſed de præparatione cauſæ: vt purà ſi iuſſit litigatores calendis adeſſe mox idibus iubeat, nam mutare eum diem poſſe [b]. Cæterùm ſi condemnauit, vel abſoluit, dum arbiter eſſe deſierit, mutare (ſe) ſententiam non poſſe.

Ad §. Sed ſi de pluribus.

Ratio dubitandi. Cùm de pluribus controuerſiis arbitrium receptum eſt, tot videntur compromiſſa eſſe & arbitraria quot ſunt controuerſiæ, Solemus enim dicere quot ſunt res tot eſſe ſtipulationes, *l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* Ergo quamuis arbiter de quibuſdam duntaxat controuerſiis non de omnibus pronunciauerit, credendus tamen eſt officio ſuo functus eſſe quantum ad eas de quibus pronunciauit, nec proinde cogendus eſt vt pronunciet, niſi quantum ad cæteras.

Ratio decidendi. Multum intereſt, an de omnibus ſimul controuerſiis vt arbiter ſententiam dicat, compromiſſum ſit, an vt de ſingulis ſeparatim, priore caſu vnum compromiſſum vnumque arbitrium eſt, quòd niſi plenum & abſolutum ſit, ne inchoatum quidem videtur. Poſteriore verò tot ſunt compromiſſa quot controuerſiæ, *leg. quid tamen 21. infr.* vbi dicam.

a *An*

a *An mutare ſententiam poſſit.* Id eſt quamdiu à prætore cogi poteſt vt adhuc pronunciet quaſi nondum dixerit ſententiam qui controuerſiis omnibus quod ſe facturum promiſerat nondum finem impoſuit.

Ratio dubitandi. Quandiu à prætore cogi poteſt vt pronunciet, non poteſt videri officio ſuo adhuc functus eſſe, alioqui malè & iniquè à prætore cogeretur. Ergo mutare interim ſententiam poteſt. Ratio enim propter quam iudex ſententiam ſuam mutare vel corrigere nõ poteſt: non alia eſt quàm quia poſteaquam pronunciauit, officio ſuo in totum functus eſt, *l. iudex poſteaquam* 55. *infra de rei iud.*

Ratio decidendi. Poteſt fieri vt arbiter officio ſuo functus ſit quantum ad eam controuerſiam de qua pronunciauit. Nempe ſi definitiuam ſententiam tulerit, abſoluendo reum vel condemnando cum de pluribus controuerſiis ſeparatim compromiſſum eſſet, nec eò minùs tamen cogendos ſit vt iterum pronunciet, de aliis nimirum controuerſiis in compromiſſum pariter deductis. Quod cùm euenit non eò magis priorem ſententiam mutare poteſt, quòd adhuc cogi poſſit. Deſiit enim eſſe arbiter quantum ad illam controuerſiam de qua iam ſententiam dixit, vt ſcriptum eſt in fin. huius legis, & in *d. l. quid tamen.* In eóque errauit ſanè olim Sabinus qui putauit ſi arbiter iuſſerit quid dari mox vetuerit, ei ſtandum eſſe quod poſteriore loco pronunciaſſet, quaſi licuerit ei mutare ſententiam. Niſi Sabinum excuſet interpretatio illa quam Caſſius Sabini diſcipulus afferebat vt magiſtrum excuſaret vt de ea ſententia Sabinus ſenſiſſet quæ cauſam dumtaxat præpararet, non quæ arbitrium finiret, vt putà ſi iuſſerit litigatores Calendis adeſſe mox Idibus iubeat. Non enim iſtæ pronunciationes interlocutoriæ faciunt vt arbiter aut iudex officio ſuo functus ſit, ſed eæ tantùm quæ negotium definiũt, de quibus accipiendũ eſt quod ſcribitur in *l. quod iuſſit* 14. *de re iud. l. Diui fratr.* 27. *de pœn. l.* 1. *§. vlt. de pœn.*

b *Nam mutare eum diem poſſe.* Ratio dubitandi. Pendente dilatione tam arbitri quàm iudicis officium quieſcit, *l. ſiue pars* 4. *C. de dilat.* Ergo nihil poteſt interim arbiter conſtituere, proinde nec diem mutare.

Ratio decidendi. Dilatione durante ita eſt, ſed ſi reuocetur dilatio & mutetur, aliud eſt. Præſertim ſi mox fiat ea reuocatio & incontinenti. Hoc enim videtur Caſſius requirere vt conſtat ex illis verbis, *mox Idibus iubeat.* Nec de alia reuocatione ſenſerat Sabinus quàm quæ mox & incontinenti facta eſſet, vt probant verba illa, *Si arbiter iuſſit dari mox vetuit.* Indéque fortaſſe ſumebat occaſionem exiſtimandi poſſe arbitrum mutare ſententiam etiam definitiuam, nimirum ſi mox id faceret & incontinenti. Atque ita ego ſi Sabini diſcipulus fuiſſem magiſtrum excuſare voluiſſem. Nam & in iudicibus eo iure vtimur vt ſententias ſuas etiam definitiuas poſſint corrigere incontinenti & dum ſedeant adhuc pro tribunali. Fuiſſétque ſanè probabilior iſta excuſatio quàm quæ à Caſſio allata fuit. Fatendum enim eſt vel malè relatam fuiſſe Sabini ſententiam à Paulo, vel à Caſſio non ſatis bene excuſatam, cùm referat Paulus tractatam fuiſſe à Sabino quæſtionem. De arbitro, qui iuſſerat rem dari, quibus verbis vtique definitiua non interlocutoria arbitri ſententia ſignificatur.

20. Gaivs lib. 2. ad Edictum Prouinciale.

QVia arbiter, & ſi errauerit in ſententia dicenda, corrigere eam non poteſt.

Ad l. Quia arbiter 20.

Ratio dubitandi. Qui compromittunt in arbitrum compromittunt tanquam in virum bonum, *l.* 3. *§. tametſi ſuprà.* Ergo ſi quid iniqui per imprudentiam aut per errorem conſtituerit, non eſt ei denegandum vt corrigere id poſſit. Nec enim errantis voluntas aut conſenſus vllus videri poteſt, *l. ſi per errorem* 15. *ſup. de iuriſd. l. nihil conſenſui* 116. *§. vlt. de regul. iur.* innct. *l. prox. §. dicere ſup.* Neque quod in iudice aliter obſeruatur ad rem facit, *l. Paulus reſpondit* 42. *l. iudex poſteaquam* 55. *l. cùm quærebatur* 62. *infrà de re iud.* Nam in iudice ita recipi potuit & debuit quòd ſiue error, ſiue iniquitas iudicis per ſuperiorem corrigi facilè poſſit, id eſt, per iudicem appellationis, quandoquidem à iudice appellari poteſt. At non ſimiliter poteſt corrigi error aut iniquitas ſententiæ arbitri ſi non per eum ipſum corrigatur, cùm ab eo appellari non poſſit, *l.* 1. *C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Idem hac parte iuris eſt in arbitro, & in iudice. Sicut enim iudex vbi ſemel ſententiam dixit, ſiue bene, ſiue malè officio ſuo functus eſt, *d. l. iudex poſteaquam*, ita & arbiter finito ſcilicet per pronunciationem compromiſſo. Nec quod arbitro appellari non poteſt facere debet, vt tantò magis poſſit ei permitti ſuam ſententiam corrigere, cum ſemper imputari debeat litigatoribus cur talem arbitrũ elegerint, *l. diem proferre* 27. *§. ſtari, inf. hoc tit.* Adeò autẽ verum eſt errorẽ qui in ſententia diffinitiua interuenerit corrigi non poſſe, vt etiam errore comperto cogendus ſit iudex in eiuſdẽ erroris conſequentiam, & vt lex ait eodem errore de cæteris quoque iudicare, *l. & ex diuerſo* 35. *§.* 1. *de rei vindic.* Planè ſi aliquid ſit quod ad conſequentiam iam ſtatutorum pertineat, ſententiæ tamen deſit etiam circa condemnandum vel abſoluendum reum, magis eſt vt id arbiter ſupplere poſſit eodem ſcilicet die, exemplo iudicis dari cui idipſum permitteretur, *d. l. Paulus reſpondit* 42. *de re iud.* Sed aliud eſt ſupplere ſententiam, aliud mutare. Supplere quidem poteſt & iudex & arbiter in conſequentiam iudicatorum putà de fructibus, & expenſis litis, & aliis huiuſmodi ſi qua ſunt quæ Accurſ. vocat acceſſoria. Mutare verò nunquam poteſt ne quidem in acceſſoriis, quia non minùs in acceſſoriis quàm in negotio principali verum eſt eum officio ſuo functum & perfunctum eſſe, in eo nimirum de quo & cognouit & pronunciauit. Atque in hoc ſanè Accurſ. niſi erroris ego, errauit, diſtinguens principale ab acceſſoriis. Nam & ſi quid omiſſum ſit quod ad principale negotium ſpectet, dummodò in conſequentiam iudicati ſupplere id quoque iudex & arbiter poteſt. Exemplum eſto ſi debitor condemnatus ſit ad certam pecuniæ quantitatem, nulla mentione facta augmenti, vt vocant monetę, quod pro deterioratione monetarũ creditori omnimodo præſtandum eſt. Nec enim tanquam acceſſio debetur, ſed tanquam pars debiti principalis, *l. cum quid* 3. *vbi not. de reb. cred.* Et tamen dubitandum non eſt quin poſſit etiã hoc ſuppleri eodem die. Non reprehendo Accurſium, quod non videatur diſtinxiſſe ſupletionem ſententiæ à mutatione: nec enim dixit ſimpliciter poſſe iudicem mutare ſententiam definitiuam in acceſſoriis quod ſanè falſum eſſet, ſed poſſe mutare addendo, quod ipſum nihil aliud eſt quàm ſupplere. Illud veriſſimum eſt quod idem Accurſ. notat, ea quæ diximus de iudicis aut arbitri ſententia definitiua nunquam mutanda vel corrigenda, non ad eam ſententiam pertinere quæ ſit nulla, ſed ad eam tantùm quæ teneat ipſo iure, quia nec priùs iudex officio ſuo functus dici poteſt, *l. prox. inf. l.* 4. *C. de accuſat. l. vt propenis* 5. *C. quomod. & quand. iud.* Eo tamen iure quo vtimur aliud eſſe videtur, quoniam apud nos nemo de nullitate ſententiæ ne quidem interlocutoriæ conqueri poteſt citra appellationem, vt proinde nihil referat an ſententia ipſo iure teneat, an ſit nulla, quantum ad hoc vt poſſit corrigi, ſicut nec intereſt quantum ad illud vt ab ea poſſit vel debeat appellari. Aliud eſt ſi quæratur de ſola actorum emendatione. Id enim quandoque permiſſum eſt, tenere ſcilicet ſententiæ perſeuerante, *l. actorum* 46. *de re iudic.* Non enim iudicis ſed actuarij error ita corrigitur.

21. Vl

21. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

QVid tamen ſi de pluribus controuerſiis ſumptus eſt, nihil ſibi communibus: & de vna ſententiam dixit, de aliis nondum? nunquid deſiit eſſe arbiter? videamus igitur, an in prima controuerſia poſſit mutare ſententiam, de qua iam dixerat. Et multùm intereſt: *de omnibus ſimul vt dicat ſententiam*, compromiſſum eſt, an non. Nam ſi de omnibus, poterit mutare nondum enim dixit ſententiam, quòd ſi & ſeparatim: quaſi plura ſunt compromiſſa: & ideo, quantum ad illam controuerſiam pertinet, arbiter eſſe deſierat.

Ad leg. Quid tamen 21.

Ratio dubitandi. Arbiter qui de pluribus controuerſiis etiam ſimul ſumptos de quibuſdam duntaxat ſententiam dixit, officio ſuo functus eſt, quantum ad illam controuerſiam, de qua pronunciauit, quia non poteſt negari, quin de controuerſia illa iam dixerit ſententiam. Ergo eam mutare poſtea nullomodo poteſt ſecundùm ea quæ diximus in præcedentibus. Præſertim cùm ponamus eas controuerſias nihil inter ſe commune habuiſſe. Quo caſu etiam ſi de omnibus ſimul pronunciatum eſſet nihil vetaret ſententiam pro quibuſdam valere: pro aliis verò non valere: *l. etiam* 29. §. 1. vbi dixi *ſupr. de minor.* Nam ſi vnquam verum eſt, tot eſſe ſententias quot ſunt res, tum maximè id obtinet cùm vna ſpecies ſententiæ cæteris non cohæret, vt ſcriptum eſt, in *d.* §. 1. Et conſequenter videntur etiam hoc caſu tot eſſe compromiſſa quot ſunt res, & controuerſiæ in compromiſſum deductæ.

Ratio decidendi. Ita eſt cùm de pluribus controuerſiis nihil ſibi communibus ſeparatim compromiſſum fuit. At non ſi ſimul, vt de omnibus quoque ſimul pronunciaretur, aut ſaltem eodem die. vt in *leg. Labeo* 25. *infr.* quia tunc de omnibus ſimul pronunciandum eſt, vt compromiſſi forma ſeruetur: Alioqui nondum videbitur arbiter officio ſuo functus eſſe, *d. l. Labeo*, atque ita ſuam ſententiam mutare poterit. Adeo obſtrictus & addictus eſt vt compromiſſi formam ſeruet, nihilque penitus faciat extra compromiſſum, *l. non diſtinguemus* 32. §. *vl. infr.* Aliud eſſe putat Accurſius in iudice ordinario, quia iudicium non vt arbitrium reddatur in conſentientem ſed in inuitum, *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Sed parum ſubtiliter. Etſi enim verum eſt iudicia non perinde vt arbitria pendêre à voluntate litigatorum; pendent tamen omnino à formula prætoris cui iudex non minùs addictus eſt, quàm arbiter formolæ compromiſſi. Vnde & iudices datos plerumque addictos prudentes noſtri dicunt. Ergo quæ diſtinctio hic adhibetur in arbitro, an ſeruauerit formam compromiſſi, eadem adhibenda eſt in iudice, an in omnibus ſecutus ſit formulam ſibi præſcriptam à prætore vt ſi id non fecerit, putà ſi de pluribus controuerſiis ſimul datus & de omnibus ſimul iudicare iuſſus de quibuſdam tantùm pronunciauerit nondum officio ſuo functus dici poſſit, idcóque nec ſententiam quam dixerit mutare prohibeatur quia nec ritè dixit. Nam quo caſu ſententia arbitri non inducit pœnæ petitionem, eodem caſu nec ſententia iudicis poteſt parere exceptionem rei iudicatæ; cùm tantùm poſſit ſententia arbitri cui non paretur ad committendam pœnã, quantum ſententia iudicis ad conſtituendam rem iudicatam. An verò id actum ſit vt de omnibus ſimul controuerſiis, an vt ſeparatim pronuncietur, ex compromiſſi aut formulæ verbis æſtimandum erit. In dubio tamen veriſimilius eſt de omnibus ſimul controuerſiis, quantumlibet nihil inter ſe commune habentibus, tanquam de vna ſola pronunciare iuſſum videri eum, qui de omnibus ſimul acceptus fuit, ſiue arbiter ille ſit ſiue iudex. Quod & bonus legis textus innuere videtur.

1 ¶ Si arbiter ita pronunciaſſet, *nihil videri Titium debere Seio*: tametſi Seium non vetuiſſet petere; tamen, ſi quid petiiſſet, videri contra ſententiam arbitri feciſſe, & ob id ô filius, & Trebatius reſponderunt.

Ad §. 1. Si arbiter.

Ratio dubitandi. Is demum in pœnam compromiſſi incidit qui facit contra id quod expreſſim ab arbitrio pronunciatum eſt. Nam cùm pœnæ omnes ſint odioſæ, non facilè per interpretationem ampliandæ ſunt, ſed potiùs molliẽdæ & reſtringendæ, *l. pen. de pœn. l. cùm quidã*, 19. *de lib. & poſt.* Maximè verò ſi agatur de pœna quę dicatur cõmiſſa ob id quòd non ſit paritũ ſententiæ. quia & ſententiæ omnes dicuntur ab interpretibus noſtris, licèt parũ aptè meo iudicio eſſe ſtricti iuris. Atqui in ſpecie propoſita verum eſt non fuiſſe prohibitum Seium quicquã petere à Titio, cùm hoc vnũ pronunciauerit arbiter nihil videri Titiũ debere Seio. Ergo ſi quid poſtea Seius à Titio petat, nihil tamen contra ſententiam arbitri feciſſe videbitur, nec proinde pœna committetur.

Rat. dec. Satis vetat peti qui pronunciat nihil deberi, cùm nec peti quicquam poſſit niſi quod debeatur, vt ex actionis definitione conſtat, *l. nihil aliud* 51. *de oblig. & act.* Latiùs námque patet verbũ debendi, quàm petendi. Debetur enim etiam quod naturaliter tantùm debetur, quãuis peti non poſſit, *l. natur.* 10. *eod. l. cùm amplius* 84. §. *is nat. debet. de reg. iur.* Ergo perinde hic Seius facit cõtra ſententiam arbitri cùm à Titio petit ac ſi per ſententiam prohibitus eſſet petere, quia tritum & verum eſt nihil referre quid ex æquipollentibus fiat, quod & in iudicum ſententiis obtinet, *l. in ſentent.* 59. *infr. de re iud.*

2 ¶ Solutioni diem poſſe arbitrum ſtatuere puto, & ita Trebatius videtur ſentire.

Ad § 2. Solutionis.

Ratio dubitandi. Arbiter nihil omnino facere poteſt extra compromiſſum, adeo vt nec diem compromiſſi proferre poſſit, ſi de eo nihil dictum ſit in compromiſſo, *leg. non diſtinguemus* 32. §. *vlt. infr. hoc tit.* Ergo multò minùs poteſt diem ſolutioni ſtatuere ſi nihil de eo dictum ſit in compromiſſo.

Ratio decidendi. Dies ſolutionis ſicuti ſumma pars obligationis & debiti eſt, *leg. 1. §. editiones, ſupr. de edend.* Ergo qui de debito pronunciandi poteſtatem ex compromiſſo habet, etiam diem ſolutioni ſtatuere poteſt. Alioqui quod pronunciatum eſſet deberi ſtatim peti poſſet, vnde fieret fortaſſe vt plus tempore peteretur, ſi non ea mente fuiſſet arbiter, vt ſtatim ſolui debitum vellet, cùm etiam tempore plus petatur, §. *plus autem. Inſtit. de action.* credenduſque eſt arbiter, aut maiorem, aut minorem ſummam in ſententia comprehenſum fuiſſe, niſi eum ſolutioni diem adiecíſſet.

3 ¶ Pomponius ait, inutiliter arbitrum incertam ſententiam dicere: vt puta. *Quantum ei debes, redde. Diuiſioni veſtra ſtari placet, pro ea parte, quam creditoribus tuis ſoluiſti, accipe.*

Ad §.

Ad §.3. Pomponius.

Ratio dubitandi. Etiam à iudice lata incerta ſententia valet, ſi modò parte aliqua actorum certa quantitas fuerit comprehenſa, *l.3. C. de ſentent. quæ ſin. cert. quant. profer.* Itaque ſi iudex pronunciauerit, *ſolue quod petitum eſt*, vel *ſolue quantum petitum eſt*, non dubitamus quin valeat ſententia, *l. in ſententiis 59. §.1. de re iudic.* Ergo & multò magis ea ſententia arbitri valere debet quæ ſic prolata eſt, *redde quantum ei debes, Diuiſioni veſtræ ſtari placet, pro ea parte quam creditoribus tuis ſoluiſti accipe.* Poteſt enim certa fieri, vel per relationem ad ea quæ in actis continentur, vel in executione ſententiæ, quod ſufficit vt certa ſententia dici poſſit, arg. *l. certum eſt 6. vſ. a de reb. cred.* Deinde quid ſi controuerſia ſit de homine debito in genere, vel de duobus debitis alternatiuè? His ſanè caſibus impoſſibile eſt ſi Accurſio credimus, vt certa ſententia proferatur. Ideóque ne imputari quicquam iudici poteſt, *§. curare. Inſtit. de action.* quia debet ſententia conformis eſſe libello. incertum autem eſt quod petitur, quia & incertum eſt quod debetur. Ergo non ſemper verum eſt, quod hic dicitur incertam arbitri ſententiam non valere.

Ratio decidendi. Tam arbitri quàm iudicis ſententiæ commune illud eſt, vt certa eſſe debeat, cùm non aliter fieri poſſit, vt finem controuerſiæ imponat, qui effectus eſt rerum iudicatarum, *leg. 1. & 2. de iureiur. l. 1. de re iudic.* Nam quandiu incertum eſt quid iudicatum ſit, tandiu materia litis imò & priſtina lis ſubeſt. Ea verò certa ſententia eſſe dicitur, quæ nec per relationem ad aliud quid certum certa fieri poteſt, & quam potuiſſet iudex facere certiorem ſi voluiſſet, *d. §. curare.* Denique per quam nihil certi ſtatuitur de ea re de qua controuertebatur. Nam ſi cum homo in genere peteretur pronunciatum ſit hominem deberi certa ſententia eſt, quia controuerſiam omnino & certiſſimè definit, licèt poſt eam quoque ſententiam incertum ſit quis homo debeatur, quia neque de illo quærebatur. Et in hoc ſanè fallitur Accurſius. In exemplis verò huius legis penitus incerta eſt arbitri ſententia, quia non ad petitionem quæ in actis certa & expreſſa ſit refertur, vt in *dict. leg. 3. Cod. de ſentent. quæ ſine cert. quant. profer. & dict. leg. in ſententiis 59. de re iudic.* ſed ad ea quæ ſint extra tenorem actorum.

4 ¶ Item ſi arbiter pœnam ex compromiſſo peti vetuerit, in libro trigeſimoſeptimo apud Pomponium ſcriptum habeo, non valere: & habet rationem: quia non de pœna compromiſſum eſt.

Ad §.4. Item ſi arbiter.

Ratio dubitandi. Pœna ex compromiſſo non alia ratione committitur, quàm ne auctoritas arbitri impunè contempta videatur, *leg. litigatores 11. §. 1. & paſſ. ſuprà, leg. non diſtinguemus 32. §. 1. & ſeqq. infrà.* Abſurdum igitur eſt, ſi quis dicat peti poſſe pœnam quam arbiter peti vetuerit. Quis enim meliùs quàm arbiter ſcire poteſt an pœna committi debeat necne? Denique magis propter arbitrum videtur promiſſa pœna quàm propter litigatores, quibus ſatis eſſe debet quod arbiter ſententiam dixerit, ſi modò ſua ſententia finem toti controuerſiæ impoſuerit.

Ratio decidendi. Non de alio pronunciare arbiter poteſt, quàm de quo compromiſſum fuit, *leg. non diſtinguemus 3. § de officio, & §. vltim. leg. arbiter ex compromiſſo 50. infra eod.* Atqui de pœna compromiſſum non eſt, ſed de controuerſia, quæ erat inter litigatores. Ergo ſi arbiter pœnam ex compromiſſo peti vetuerit, non poteſt id valere. Tantò magis ergo valebit reliqua ſententia ſi modò arbiter officio ſuo ſatisfecerit, id eſt, finem controuerſiæ impoſuerit, *leg. Pomponius 13. recepiſſe, ſuprà eod.* Hactenus nimirum, vt ei omnimodo parendum ſit metu pœnæ, quam arbiter remittere quamvis voluerit, non tamen potuit. Alioqui non eſſet quærendum de pœna an ea vtiliter ab arbitro remiſſa eſſet, ſi nec ipſo iure peti poſſet. Nec ſanè verum eſt, propter arbitrum magis, quàm propter litigatores adiici pœnam in compromiſſis, cùm præcipua eius adiiciendæ ratio illa ſit, vt metu pœnæ pareatur ſententiæ arbitri, *l. 1. C. hoc tit.* Quæ alioqui cùm rei iudicatæ vim non habeat controuerſiæ finem imponere nullum poſſet.

5 ¶ Papinianus libro tertio quæſtionum ait:

SI, cùm dies compromiſſi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiſerint, nec ſecundi compromiſſi arbitrium receperit: non eſse cogendum recipere, ſi ipſe in mora non fuit, quò minùs partibus ſuis fungeretur: quòd ſi per eum factum eſt [a]: æquiſſimum eſse cogi eum à prætore ſequens recipere.[1] Quæ quæſtio ita procedit, ſi nihil in priore compromiſso de die proferendo caueatur. Cæterùm ſi caueatur, & ipſe protulit, manſit arbiter [b].

Ad §.5. Papinianus.

Ratio dubitandi. Cùm ante finitum diem compromiſſi prorogatio diei fit à litigatoribus, non ideò nouum compromiſſum fieri intelligitur; ſed idem illud eſſe, quod antea fuit, niſi quod in longius tempus profertur, quomodo de precario cuius dies prorogatus eſt, ſcribit Pomponius in *leg. ſed ſi manente 5. de precar.* Atqui potuit cogi arbiter ante prolatum diem compromiſſi, vt ex eo compromiſſo ſententiam diceret, ex quo ſcilicet arbitrium in ſe receperat. Ergo & poſt diei prolationem à litigatoribus factam æquè cogi poterit, etiamſi neque rurſum arbitrium in ſe receperit; neque in mora ipſe fuerit, quominùs intra priorem compromiſſi diem partibus ſuis fungeretur.

Ratio decidendi. Sicuti diem proferre arbiter ſine litigatoribus non poteſt, niſi ab iis eam poteſtatem ex compromiſſo acceperit, *dict. leg. non diſtinguemus 32. §. vltim. & leg. arbiter 50. infra, hoc titulo.* Ita neque litigatores ſine arbitro, cuius intereſt, vt ex promiſſione ſua non obligetur vltra diem, in quem voluit obligari, arbitrium recipiendo, vt ſententiam diceret. Ergo ſi cùm dies compromiſſi finiretur, id eſt, non quidem finitus iam eſſet, vt malè habet prima interpretatio Accurſij, ſed in eo eſſet, vt conſtaret ſententiam intra præſtitutum tempus ferri ampliùs non poſſe litigatores prolato die denuò in eum compromiſerint, non eſt cogendus arbiter ſententiam dicere, ſi nihil ſit quod ei poſſit imputari, quia nouum iſtud reuera, & ſecundum compromiſſum eſt, vt Papin. ait, ex quo verum eſt nunquam arbitrum in ſe arbitrium recepiſſe. Nec poteſt dici priùs ipſum compromiſſum prorogatum, quomodo dicimus idem eſſe precarium, quod prorogatum fuit, *dict. leg. ſed ſi manente,* non quod alia ſit hac parte ratio compromiſſi alia precarij, vt tenet idem Accurſius, ſed quia prorogatio prioris compromiſſi nulla hic facta dici poteſt, cùm nec fieri potuerit niſi arbitro conſentiente, qui ſi conſenſiſſet, vtique idem eſſet numero compromiſſum

quod

quod antea fuiſſet, perindéque cogi arbiter poſſet, vt ſententiam diceret, non tanquam ex nouo & ſecundo compromiſſo, ſed tanquam ex primo. Itaque differentia hîc nulla eſt inter prorogationem compromiſſi, & precarij, niſi quod prorogatio precarij fit ſola voluntate contrahentium, Prorogatio verò compromiſſi non poteſt fieri ſola voluntate compromittentium ad obligandum arbitrum ſi non conſenſit.

a *Quod ſi per eum factum ſit.* Intellige factum eſſe per dolum, vel culpam, vel ſaltem moram arbitri: non quomodo Acc. intelligit, etiamſi arbiter iuſta cauſa fuerit impeditus. Tunc enim non diſtinguimus an arbiter iuſtam habuerit cauſam necne, cùm indiget excuſatione, vt ſententiam dicere non cogatur, vt in ſpecie, §. *arbiter, l. etſi qua 16. ſup.* vbi dixi: At Vlp. in hoc §. tractat ex Pap. eum caſum, quo nulla eget excuſatione arbiter ne cogatur ſententiam dicere, quia per litigatores ipſos factum ſit ne dicere potuerit, fortè qui negligentiores fuerint in eo adeundo, vt in *l. item ſi vnus 17. §. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo vt æquiſſimum ſit cogi arbitrum ſequens compromiſſum recipere, tametſi nullam afferat excuſationem, in mora arbitrum eſſe oportet, idque ſignificat antitheſis quæ eſt in illis verſis, *ſi ipſe in mora fuerit: & quod ſi per eum factum ſit.* Cætera bene Accurſ. explicat.

b *Manſit arbiter.* R. dub. Non debet eſſe in poteſtate arbitri, vt ſit, vel vt maneat arbiter, cùm valde interſit litigatorum, vt non habeant arbitrum inuiti. Ergo vt quis maneat arbiter, non ſufficit vt ipſe diem proferat ſolus; ſed requiritur vt cum eo litigatores conſentiant.

R. dec. Non ſola voluntas arbitri facit, vt maneat arbiter quamvis ſolus arbiter diem proferat, ſed fit hoc ex voluntate, & conſenſu litigantium, qui vltro eam poteſtatem dederant arbitro vt diem proferre poſſet: quamvis poſtea diem proferat iis etiam inuitis. Sibi nam quę imputare debet, qui ſic compromiſerint, taléмque poteſtatem arbitro dederint.

6 ¶ Plenum compromiſſum appellatur: *quod de rebus omnibus, controuerſiiſve compoſitum eſt:* nam ad omnes controuerſias pertinet: ſed ſi fortè de vna re ſit diſputatio, licèt pleno compromiſſo actū ſit[a], tamē ex cæteris cauſis actiones ſupereſſe, id enim venit in compromiſſū, de quo actū eſt, (vt) veniret[b]. Sed eſt tutius[c], ſi quis de certa cōpromiſſū facturus ſit, de ea ſola exprimi re in cōpromiſſo.

Ad §. 6. Plenum compromiſſum.

Ratio dubitandi. Poteſt plenum eſſe compromiſſum etiamſi de vna tantùm re actum ſit diſceptatio, vt ſequitur in hoc textu. Ergo non ideò plenum compromiſſum appellatum dici poteſt, quòd de rebus controuerſiiſque omnibus compoſitum ſit.

Ratio decidendi. Poteſt quidem fieri vt de vna tantùm re diſceptatio ſit, nec eò minùs tamen plenum compromiſſum dici debeat. Nam & hoc ad omnes controuerſias pertinere verum eſt, cùm ad vnam pertinet quæ ſit ſola, ſed ſi plures controuerſiæ ſint, ſiue de vna re, ſiue de pluribus, compromiſſum plenum non eſt ſi non omnes complectatur.

a *Licèt plenum compromiſſum ſit.* Ratio dub. Compromiſſum plenum eſt, quod de rebus omnibus compoſitum fuit, vt proximè dictum eſt. Ergo quod de vna tantùm re factum fuit plenum dici non poteſt.

Ratio decidendi. Tum demum requiritur vt de rebus omnibus compromiſſum factum ſit ad hoc vt poſſit dici plenum, cùm de rebus omnibus diſceptatio eſt. At ſi de vna tantùm re diſceptatio ſit, quamvis de pluribus alijs eſſe poſſit, ſufficit eam ſolam rem, de qua diſceptatio, & controuerſia eſt in compromiſſum deduci, vt plenum dici poſſit. Controuerſiam enim de rebus omnibus præcedere oportet, vt de rebus omnibus compromiſſum fieri poſſit. Ideóque bene Vlpianus noſter in hoc §. compromiſſum plenum eſſe ait, non quòd ſit de rebus omnibus ſimpliciter, ſed quod ſit de rebus omnibus, ſic enim malo legere *controuerſiiſque*, quàm vt vulgò *controuerſiiſve*, niſi probabilius putes, quod aliàs ſæpe fit, diſiunctionem pro coniunctione interpretemur ex *l. ſæpe 53. de verb. ſignif.* Hoc igitur caſu quamvis expreſſim id actum inter litigatores dictúmque ſit, vt plenum eſſet compromiſſum, actiones tamen quæ ex cæteris cauſis nondum controuerſis competere poſſunt, in ſuo ſtatu retinentur, ſaluæque ſuperſunt ita vt nec ſi velit arbiter de iis pronunciare tamen poſſit, *l. non diſtinguemus 32. §. de officio & §. vlt. infr.* quia id tantùm venit in compromiſſum, non de quo actum eſt ne veniret, vt in iudiciis in quibus ita receptum eſt quoniā redduntur in inuitum, *leg. ſolemus 61. infrà de iudic.* iunct. *leg. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* ſed è contrario id de quo actum eſt, vt veniret. Nemo autem dixerit actum eſſe vt id veniret, de quo nulladum eſſet controuerſia: ſicut nec veniret in tranſactionem, quia neque tranſactio quantumvis generalia ſint verba, quibus contrahentes vſi ſunt, extendi tamen poſſit ad ea, de quibus non fuit cogitatum, *leg. cùm Aquiliana 5. & leg. qui cum tutoribus 9. eod. tit. de tranſact. leg. ſi de certa 31. C. eod.*

b *De quo actum eſt vt veniret.* Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſuprà.* Atqui in iudiciis aliter obſeruatur, *leg. ſolemus 61. infra de iudic.* Ergo & in iudiciis.

Ratio decidendi. Euidens eſt hac parte cauſa diuerſitatis, quia compromiſſum non fit niſi ex voluntate litigatorum. Iudicium verò datur in inuitum, vt dixi.

c *Sed eſt tutius.* Ratio dubitandi. Expreſſio eorum, quæ tacitè inſunt ſuperuacua eſt, *l. 3. de legat. 1. l. cùm quid 3. de reb. credit.* Atqui cùm de certa re compromiſſum ſit, certum eſt ad alias res compromiſſum non pertinere, & ex cæteris omnibus cauſis actiones ſupereſſe, vt proximè dictum eſt. Ergo fruſtrà eſt ſi exprimatur de ea ſola re compromiſſum fuiſſe.

Ratio decidendi. Non adiicitur fruſtrà quod adiicitur ad omnem tollendam dubitationem, *leg. qua dubitationis 81. vbi notatur. de reg. iur.* Id enim eſt, quod Accurſius noſter hic notat, abundantem cautelam non nocere, ex *l. ſi ſeruo cum libertate 26. in fin. de admin. legat. l. teſtamentum 17. C. de teſtam.*

7. ¶ Non debent autem obtemperare litigatores, *ſi arbiter non aliquid honeſtum iuſſerit.*

Ad §. 7. Non debent.

Ratio dubitandi. Arbitro compromiſſario omnimodo parendum eſt, quia imputare ſibi debent qui in talem compromiſerunt, & niſi pareatur pœna omnimodo committitur, *l. diem proferre 27. §. ſtari infrà hoc tit. l. ſocietatem 76. verſ. arbitriorum infr. pro ſocio* Ergo diſtinguendum non eſt an honeſtum ſit, vel inhoneſtum quod fieri iuſſit, ſicuti nec diſtinguimus an æquum ſit, vel iniquum. Nam quemadmodum iuris præceptum eſt honeſtè viuere, ita & alterutrum non lædere, & ſuum cuique tribuere, *leg. iuſtitia 10. §. 1. ſuprà de iuſtitia & iur.*

Ratio decid. Multum intereſt an iniquum ſit, quod arbiter fieri iuſſit an inhoneſtum. Quod iniquum eſt nō lædit niſi ius litigatoris, qui imputare ſibi debet quòd

compromiſerit,& qoidem in talem arbitrum. Sed qood iohoneſtum eſt, lædit publicam honeſtatem, idcóque impoſſibile eſſe exiſtimatur, & conſequenter nullius eſt momenti, *l. filius* 15. *infr. de condit. inſtit.* iunct. *l. vlt. infrà, qua ſentent. ſin. appell. reſcind.* Exemplum eſt, in §. *ſed ſi in aliquem, infrà hac lege.*

8 ¶ Si intra diem compromiſſi aditus arbiter, poſt diem compromiſſi adeſſe iuſſerit: pœna non committetur.

Ad §. 8. Si intra diem.

Ratio dubitandi. Cùm arbiter intra diem compromiſſo dictum aditus eſt, quamvis iuſſerit litigatores adeſſe poſt diem, verum tamen eſt, ſic ab eo pronunciatum fuiſſe intra diem, & eo tempore quo habuit ius pronunciandi, ergo ſi ad diem vnus ex litigatoribus non venerit, pœna omnimodo committetur: vt euenit cùm arbiter intra diem aditus iubet ſolui poſt diem, quod ab eo fieri poſſe conſtat, pœnámque committi ſi ad diem non ſoluatur, §. *ſolutioni, ſuprà hac lege.*

Ratio decidendi. Poteſt quidem arbiter iubere qnid fieri etiam poſt diem compromiſſi; ſed ita demum ſi intra diem compromiſſi ferat ſententiam, quæ totam litem, & controuerſiam finiat, quod fit, ſi intra diem pronunciet definitiuè, non etiamſi interloquatur vt adſint litigatores poſt diem, quo caſu fieri nequit, vt non poſt diem compromiſſi feratur ſeotentia, quod non niſi inutiliter fieri poteſt, ſi non pariter compromiſſi dies proferatur aut à litigatoribus aut arbitro eam poteſtatem babente. Dies enim compromiſſo dici ſolet, non vt arbiter intra eum diem interloquatur; ſed vt definiat negotium, & officio ſuo fungatur. Nec proinde ad rem facit, quod ea pronunciatio facta ſit intra diem compromiſſi. Paria eoim ſunt, fieri quid tempore illicito vel prohibito, & in tempus illicitum, vel prohibitum conferri, *leg. 4. Codice de donat. ant. nupt. leg. Stichus 39. de teſtam. manumiſſ. leg. vlt. infrà de pœn.*

9 ¶ Si quis ex litigatoribus ideò non adfuerit, quòd valetudine, vel reipublicæ cauſa abſentia impeditus ſit, aut magiſtratu, aut alia iuſta de cauſa pœnam committi Proculus, & Ariſteinus aiunt: ſed, ſi paratus ſit in eundem compromittere actionem denegari, aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita verum erit a, ſi arbiter recipere in ſe arbitrium fuerit paratus. Nam inuitum non eſſe cogendum b, Iulianus libro quarto Digeſtorum rectè ſcribit, ipſe autem nihilominùs pœna abſoluitur c.

Ad §. 9. Si quis ex litigatoribus.

Ratio dubitandi. Quòd iuſtam habet excuſationem pœnam non meretur, ſicut nec quod fit lege permittente, *leg. Gracchus 4. Codice ad leg. Iuliam de adulter.* Et ideò etiam lex 12. tabul. quæ omnia ex ſummo iure æſtimat ſi iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo ſontico impeditus fuerit, iubet diem iudicij eſſe diffiſum, *leg. 2. §. ſi quis iudicio, ſupra ſi quis caution.* Ergo ſi quis ex litigatoribus; ideò non adfuerit coram arbitro, qnod valetudine, vel abſentia reipublicæ cauſa impeditus ſit vel magiſtratu, vel alia iuſta de cauſa iniquum eſt, adeóque abſurdum dicere pœnam committi.

Ratio decideodi. Committitur pœna ipſo iure, quoniam verum eſt ſtipulationis coodicionem extitiſſe, neque arbitro paritum fuiſſe, quod vnum inſpiciendum eſt, cùm tractatur de ſtipulatione, *lege qui Romæ* 122. §. *Agerius*, & §. *vltim. infrà de verb. oblig.* Sed tamen ſuccorrit prætor, vt ſolet ei qui iuſtam habuit cauſam ne adeſſe potuerit, vel denegata in eum actione ex pœnali ſtipulatione, vt in *l. 3. in princ. ſupr.* vel potius data ei exceptione doli, *l. apud Celſ. 4. §. ſi in arbitr. infr. de doli mali except.* Sed hoc ita ſi paratus ſit in eundem arbitrum denuo compromittere, vt appareat per eum neque ſtetiſſe, neque ſtare, quominùs per arbitrum, & ex compromiſſo lis finiatur.

a *Sed hoc ita demum verum erit.* Intellige, non quod dictum eſt de danda ei exceptione, qui iuſta cauſa impeditus fuit, ne adeſſe potuerit, (nam licèt arbiter recipere in ſe arbitrium ex nouo compromiſſo nolit, nihilominùs abſoluitur, à pœna is qui abfuit, vt ſequitur in textu,) ſed quod dictum eſt, de nouo compromiſſo faciendo. Fruſtrà enim fiat, à litigatoribus ſi arbiter in ſe arbitrium recipere nolit. Sed non ideò fruſtrà dixerit litigator paratum ſe denuò compromittere. Hoc enim omnino requiritur, vt à pœnæ præſtatione liberetur. Sed tamen fatendum eſt, duriuſculam eſſe banc noſtram interpretationem. Nec enim præcedentia ſunt de faciendo factóve compromiſſo, ſed de litigatore parato compromittere, cui tamē certum eſt ſufficere, quod ſit paratus, quamvis arbiter nolit arbitrium recipere, vt ſequitur in hoc textu. Eſt igitur in hoc loco aliquid, quod Triboniani fortaſſe ſit potiùs quàm Vlpiani, vt mox dicam.

b *Nam inuitum non eſſe cogendum.* R. dub. Nihil poteſt imputari hoc caſu litigatoribus, neque ei qui adfuit, neque rurſum ei qui iuſta abſentiæ cauſa impeditus fuit. Ergo perinde cogendus eſt arbiter etiam poſt diem compromiſſi atque antea cogi potuiſſet.

R. dec. Cùm quæritur an poſt diem compromiſſi poſſit cogi arbiter, non tam inſpiciendum eſt, an nihil poſſit imputari litigatoribus, quàm verùm ipſi arbitro imputari aliquid poſſit, ne obligatio quam ſuſcepit ferendæ vſque ad certum diem ſententiæ, inuito eo vltra diem prorogetur ex facto, vel non facto litigatorum. Certum autem eſt non magis ei poſſe imputari quàm litigatoribus, qui non affuerunt, ſiue iuſtam aliquam habuerint cauſam abſentiæ, ſiue nullam. Voluntas igitur eius omnino exquirenda eſt, cum arbitri officium ab initio ſic liberum, nec quicquam referat verùm obligatio ferendæ ſententiæ in eius perſona, vel nunquam cœperit, vel iam finita ſit, *d. l. 3. §. tametſi ſupr.* iunct. *leg. nihil intereſt 3. de condict. ſin. cauſ.*

c *Ipſe autem nihilominus pœna abſoluitur.* Mihi valde ſuſpecta eſt hæc locutio, ſapitque Tribonianum, tantò magis, quod & præcedentia illa, *ſed hoc ita demum*, & quæ ſequuntur ad hunc locum eodem Triboniano digniora videntur quàm Vlpiano: nam & pugnant baud dubiè cum eo quod Vlpianus dixerat actionem denegari in eum, qui ex iuſta cauſa abfuit, aut dandam ei doli exceptionem ſi in eundem arbitrum compromittere paratus ſit. Quid enim hoc commune habet cum eo quod ſubiicitur, ita demum id verum eſſe ſi arbiter quoque recipere in ſe arbitrium fuerit paratus? An non enim fieri poteſt, vt paratus ſit litigator compromittere, non ſit autem paratus arbiter arbitrium recipere? Aut ſi quod Vlpianus dixerat ſuccurrendum litigatori ita demum verum eſt ſi arbiter recipere arbitrium velit, conſequens neceſſariò fiet, vt nihil ergo debeat prodeſſe litigatori, quod paratus ſit compromittere, ſi arbiter recuſet arbitrium recipere. Quo admiſſo falſum apparet, quòd ſubiicitur, non eſſe cogendum arbitrum,

vt nouum arbitrium recipiat: nihilominùs tamen à pœna abſoluendum eſſe: aut ſi poſterior hæc ſententia vera eſt, prior falſa erit. Idque paſſim Triboniano noſtro contingit, vt vel dubium ſe, vel mendacem præbeat, quoties aliquid in prudentum reſponſis addendo corrumpit.

10 ¶ *Si arbiter iuſſit* (purà) *in prouincia adeſſe litigatores*, cùm Romæ eſſet in eùm compromiſſum: an ei impunè non pareatur? quæritur. Eſt & verius, quod Iulianus ait libro quarto, eum locum compromiſſo ineſſe, de quo actum ſit, vt promitteretur. Impunè igitur ei non parebitur, ſi alio loci adeſſe iuſſerit. Quid ergo, ſi non appareat, de quo loco actum ſit? melius dicetur, eum locum contineri, vbi compromiſſum eſt. ¶ Quid tamen, ſi in eo loco, qui ſit circa vrbem [a] adeſſe iuſſerit? Pegaſius admittit, valere iuſſum. Quod puto ita verum eſse, ſi & eius ſit auctoritatis arbiter, vt in ſeceſſibus ſoleat agere, & litigatores facilè eò loci venire poſſint.

Ad §.10. Si arbiter.

R.dubit. Poteſt arbiter ſtatuere tempus ſolutioni faciendæ, etiamſi nihil de eo dictum ſit in compromiſſo, *§.ſolut.ſupr.hac leg.* Ergo & locum ſtatuere poterit in quo adeſſe debeant litigatores. Nam cùm negari non poſſit, quin habeat arbiter ius iubendi, vt abſint litigatores, non poſſint autem iuberi adeſſe niſi ad certum locum, conſequens eſt, vt arbitro iubenti adeſſe litigatores certo loco, parendum neceſſariò ſit, cum ſiquidem caſum tractamus, quo nullus in compromiſſo locus dictus ſit. Quidni ergo dicamus videri actum de quolibet loco, ſicuti ſolemus dicere eum, qui promiſit ſoluere nullo adiecto loco poſſe vbique gentium & ſoluere, & conueniri, *leg. qui Romæ 122. in princip leg. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.*

R.dec. Semper in ſtipulationibus, cæteriſq; contractibus ſequimur, id quod actum eſt, *l. ſemper in ſtipul. 34. de regul. iur.* Ergo & in compromiſſis eum locum ineſſe dicendum eſt, de quo actum fuit, cùm compromitteretur. Credibile autem eſt in dubio id actum eſſe, vt eo loco adeſſe litigatores iuberentur, qui litigatoribus commodior videretur. Nam & in iudiciis, quæ redduntur in inuitum, idem tamen obtinet ſi locus in iubendo iudicare, id eſt, in formula dictati iudicij non ſit comprehenſus, *l. ſi locus 59. infr. de iudic.* Is ergo locus in dubio continebitur, vbi compromiſſum eſt. Nihil enim commodius eſt, quod poſſis dicere, cùm ab vno loco in alium euocari non leue incommodum ſit, *l. ſed hæ 35. §. non ſolùm, ſuprà de procur. l. 3. §. vlt. de teſtib. l. ſed ſi quis 7. teſtam. quemad. aper.* Exemplo præſertim eius quod in iudiciis quoque obtinet, vt vbi acceptum iudicium eſt, ibi & finem accipere debeat, *leg. vbi acceptum 30. de iudic.* Arbitria enim à compromiſſo incipiunt. Iunge, *l. cùm res 47. de l. 1.* Ergo ſi arbiter litigatores in alio loco adeſſe iuſſerit, quàm de quo actum eſt, in compromiſſo impunè ei non parebitur, quomodo etſi aliud quid iuſſiſſet, quod extra compromiſſum eſſet, *l. non diſtinguemus 32. §. de offic. & §. vlt. infr. l. arbiter 50. infr.* Nam & iudici alio loco iudicanti, quàm in quo iudicare iuſſus eſt, impunè non paretur, *l. ſi vt propenis 5. C. quomod. & quand. iudex.* Nec ſi litigatores ad eum locum iuerint, in quo adeſſe iuſſi ſunt, ob id tamen cogentur obtemperare arbitro ſi nolint, vt bene Accurſ. ſentit, arg. *l. vlt. ſupr. de iur. d.* quaſi extra territorium ſuum, & extra compromiſſi fines iubenti.

a *In eo loco qui ſit circa vrbem.* Ratio dubitandi. Cùm in vrbe factum eſt compromiſſum, id actum videtur, vt in vrbe quoque adeſſe litigatores debeant ad cauſam diſceptandam, vt proximè dictum eſt. Ergo ſi arbiter iubeat eos adeſſe in eo loco, qui ſit circa vrbem, impunè ei non parebitur, tanquam iubenti adeſſe illos alio loco, quam de quo fuerit compromiſſum.

Ratio decidendi. Ita quidem eſt regulariter. Sed ſi eius ſit auctoritatis arbiter, vt in ſeceſſibus ſoleat agere, & litigatores eò loci facilè venire poſſint, nihil vetat eiuſmodi iuſſum valere. Æquiùs namque eſt, leue aliquod incommodum litigatoribus inferri quorum res agitur, quàm tali arbitro, qui alieni commodi gratia officium arbitri vltro ſuſceperit, non ſuſcepturus fortaſſe ſi vel de minimo ſuo incommodo cogitaſſet.

11 ¶ Sed *ſi in aliquem locum inhoneſtum adeſſe iuſſerit*, putà in popinam, vel in lupaniarum, vt Viuianus ait, ſine dubio impunè ei non parebitur, quam ſententiam, & Celſus libro ſecundo Digeſtorum probat. Vnde eleganter tractat [a]: ſi is ſit locus in quem alter ex litigatoribus honeſtè venire non poſſit alter poſſit: & is non venerit, qui ſine ſua turpitudine eò venire poſſit: is venerit qui inhoneſtè venerat: an committatur pœna compromiſſi, an quaſi opera non præbita [b]? & rectè putat. Non committi: abſurdum enim eſſe, iuſſum in alterius perſona ratum eſſe, in alterius non.

Ad §.11. Sed ſi in aliquem.

Ratio dubitandi & decidendi. Eadem quæ ad §. *non debent, ſupra hac lege.*

a *Vnde eleganter tractat.* R.dubit. Si locus ab arbitro dictus, is ſit in quem alter ex litigatoribus honeſtè venire non potuerit, alter verò potuerit, is quidem qui non potuit venire excuſandus eſt, *d. §. non debent.* Sed ſi ille venerit, nulla ratio eſt, vt ex eius perſona ſuccurratur alteri litigatori, qui nullam habet excuſationem. Nam & dici ſolet, nemini eſſe permittendum vt eo iure quod habet ex alterius perſona vtatur illo inuito, *leg. ſi iudex 41. de re iudic.*

R.dec. Abſurdum eſt iuſſum arbitri in alterius perſona ratum eſſe, in alterius verò ratum non eſſe, cùm ſit quid indiuiduum, & correſpectiuum, ſicut & compromiſſum ipſum, *l. litigat. 11. §. penult. & vlt.* vbi dixi, *ſuprà.* Atqui non poteſt valere iuſſum arbitri in perſona eius, qui ad locum venire honeſtè non potuit, quia compromiſſo ineſt tacitè clauſula honeſtatis, *d. §. non debent.* Nec quod venerit vltrò cùm non poſſet cogi, facere poteſt, vt eò magis valere debeat iuſſum, quod ab initio ipſo inhoneſtum, & nullius momenti fuit. Ergo nec poteſt valere quantum ad perſonam illius qui honeſtè ac ſine vlla ſua turpitudine venire potuiſſet ſi voluiſſet: vt in arbitriis ſeruetur æqualitas, ſicuti in iudiciis ſeruatur, *l. Pompon. 13. §. 1. ſuprà. l. ſed & interſell. 49. §. vlt. inf. eo. l. vlt. C. de fruct. lib. & lit. expenſ. l. in ſacris ſcrinus 12. §. vlt. C. de prox. ſacror. ſcrinior. lib. 2. tit. 19. l. 3. in fin. mand. l. in hoc iudic. 27. famil. erciſc.*

b *Quaſi non præbita opera* Id eſt, quaſi non præbuerit iſte operam neceſſariam ad hoc vt arbiter ſententiam ferre poſſit. Pœna enim ex compromiſſo non ex aliis cauſis committitur, quàm quæ ad ſolutionem pecuniæ, aut ad præbendam operam pertinent, *l. non ex omnib. 39.* vbi dicam, *inf.* Nam ſi arbiter, qui arbitrium in ſe recepit, operam ſuam litigatoribus præbere inuitus cogitur ad commodum litigatorum, quanto magis æquum eſt, litigatores operam arbitro præbere?

12 ¶ Intra quantum autem temporis, niſi detur quod arbiter iuſſerit, committatur ſtipulatio, videndum eſt. Et ſi quidem dies adiectus non ſit: Celſus ſcribit libro ſecundo Digeſtorum, ineſſe quoddam modicum tempus: quod vbi prætererit, pœna ſtatim peti poteſt. Et tamen (inquit) & ſi dederit ante acceptum iudicium [c], agi ex ſtipulatu non poterit.

Ad §. vlt. Intra quantum.

Ratio dubitandi. Cùm ſolutioni tempus nullum dictum eſt ab arbitro, nihil fit contra ſententiam arbitri, etiamſi poſt longum tempus ſoluatur, quia vnum duntaxat præceptum arbitri eſt hoc caſu, *pecuniam dari*, non duo vt cùm iuſſit arbiter *intra Kalendas proximas dari*, *leg. Celſus* 23. *§. idem ait. infrà*. Cui præcepto *pecuniam dari* paretur ſoluta quandocunque pecunia, ſicuti dicimus, quicquid purè debetur ſicut peti quandocunque poteſt, ita & ſolui quandocunque poſſe. Ergo dicendum non eſt ineſſe arbitrio in hac ſpecie quoddam modicum tempus, quod vbi prætererit, pœna tanquam commiſſa peti ſtatim poſſit: aut ſi velit quis auctoritate iuris ſuppleri diem, qui arbitrio deeſt, non aliud ſanè conuenientius tempus ſtatui poſſe videtur, quàm quod iudicatis datur ad parendum iudicato. Nam & modicum illud tempus dicitur, *in lege ſi debitori* 21. *infrà de iudic*. Vt quemadmodum compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſuprà*. ita & arbitri ſententia redigatur ad inſtar rei iudicatæ.

Ratio decidendi. Durius agitur hac parte cum eo qui ab arbitro, quàm cum eo qui à iudice condemnatus fuit, quia cùm non poſſit vrgeri, & præcipitari ad ſolutionem is qui ab arbitro condemnatus eſt, proptereà quòd ſententia arbitri vim rei iudicatæ non habet, ne quidem ad excipiendum, *leg. 2. ſuprà*, *leg. 1. Codice, hoc titulo*. Nihil cauſæ eſt, cur ei tempus aliquod ad ſolutionem indulgeatur, quod condemnatis non niſi humanitatis gratia indulgetur, *leg. cùm militi* 16. *§. 1. infrà de compenſat*. Sed cùm pœnam promiſerit ſi arbitrio non pareat, & ex ſtipulatione iſta pœnali conueniatur, dicendum eſt committi ſtipulationem ſtatim atque potuit ſoluere nec ſoluit, quod tempus quale quantumque ſit in arbitrio prætoris eſſe debet, vt & in ſpecie, *leg. ratum* 13. *de ſolut. leg. quo enim* 12. *§. 2. rat. rem haber*. Cuius eſt actionem ex ſtipulatu, vel dare, vel denegare. Aliàque ratio eius eſt, qui in iudicio confeſſus fuit ſe debere, de quo in *dict. leg. ſi debitori*. Hic enim pro iudicato habetur, *leg. 1. de confeſſ*. Proinde tempora eadem ad ſoluendum habere debet, quæ cæteris condemnatis dari ſolent.

c *Si dederit ante acceptum iudicium*. Ratio dubitandi. Stipulatio ſemel commiſſa reſolui poſtea nunquam poteſt, *leg. euicta* 16. *§. ſi ſeruus*, *lege habere licere* 37. *in fine*, *infrà de euiction*. Atqui non poteſt, peti pœna ex ſtipulatione quin priùs ſtipulatio commiſſa ſit, *lege nuda* 5. *Codice de contr. & committ. ſtipulat. leg. ſi pacto* 14. *Codicè de pact. leg. qui Romæ* 122. *§. Agerius de verborum obligation*. Ergo cùm Vlpianus iam dixerit præterito modico tempore pœnam ſtatim peti poſſe neceſſe eſt, vt & ſtipulationem commiſſam eſſe fateamur, & conſequenter nihil poſtea prodeſſe litigatori qui in parendi ſoluendique mora fuit, quod poſtmodum quamvis ante acceptum iudicium offerat ſolutionem. Nec ſimile eſt, quod Caius ſcribit, in *leg. & ſi poſt tres* 8. *ſi quis cau*. Etſi poſt tres aut quinque pluréſve dies quàm iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum fuerit, defendi promiſſorem debere per exceptionem. Ibi enim agitur de ſtipulatione prætoria quæ interpretationem recipit ex æquitate, & mente prætoris, & in qua faciliùs admittitur moræ purgatio. Hîc verò de ſtipulatione conuentionali, in qua omnia ſunt diuerſa, vt dixi ad eum locum.

Ratio decidendi. Etiam in ſtipulationibus quas conuentionales appellamus interdum purgatio moræ admittitur, nimirum ſi tempus in obligatione tantùm fuit, non etiam in conditione; nec quicquam intereſt actoris, vt ibid. ſcripſi ex *leg. ſi ita quis* 135 *§. 1 de verbor. obligat*. Sed in propoſito hoc amplius eſt, quod nullum tempus ab arbitro adiectum, & præſtitutum fuit ad ſoluendum, vt proinde qui ſoluit etiam poſt elapſum illud modicum tempus, quod petitioni pœnæ locum facit, dummodò priùs quàm iudicium ex ſtipulatione pœnali acceptum ſit, nihil faciat contra ſententiam arbitri, quinimo illud ipſum faciat, quod facere iuſſus eſt. Quid enim aliud ei præceperat arbiter, niſi vt ſolueret? Atqui nunc ſoluit: nec dici poteſt ſolutionem hanc nimis ſeram eſſe, quaſi poſt tempus oblatam, quia quod diximus, nullo die per arbitrum adiecto ineſſe modicum tempus, non fit ex auctoritate, & verbis ſententiæ arbitri, non magis quàm ex compromittentium cautione, ſed ex ſola meraque iuris interpretatione, vt aliquid inſtans ſit, à quo incipere poſſit petitio pœnæ. Ne alioqui eluſorium, & inane fiat arbitrium, cui impunè non pareatur. Eadem igitur iuris interpretatio facilè poteſt facere, vt moræ iſtius legalis, ſi ita loqui liceat, purgatio admittatur, quæ non admitteretur ſi tempus ſolutionis certum ab arbitro conſtitutum proponeretur: quia tunc mora ex ſententia arbitri deſcenderet, non ex ſola iuris interpretatione, *lege Celſus* 23. *ſupr*. Plus dico, Stipulationem iſtam pœnalem non priùs iure commiſſam dici poſſe, quàm deſinat poſſe dari, id quod arbiter dari iuſſit. Ideóque oblationem quandocunque ante acceptum iudicium factam non tam facere, vt reſoluatur ſtipulatio, quod fieri poſſe negauimus, quàm vt ne vnquam commiſſa eſſe videatur. Tandiu enim dicendum eſt commiſſam non eſſe ſtipulationem, quandiu verum eſt, pareri poſſe ſententiæ arbitri per ſolutionem. Nec pugnat quod hîc dicitur pœnam ſtatim peti poſſe. Nihil enim vetat peti quid, adeòque litis conteſtationem ſuper ea petitione fieri, antequàm actio vlla in eam rem competat ipſo iure, vt in *dict. l. nuda* 5. *C. de contr. & committ. ſtipul*. Dixi ad *l. reſcriptum* 10. *§. ſi pacto ſupr. de pact*.

c *Ante acceptum iudicium*. Intellige *ſuper pœna*, quomodo Accurſius bene intelligit, non autem ſuper eo quod apud arbitrum petebatur. Is enim pro quo arbiter pronunciauit, ſi rem ipſam petat, hoc ipſo pœnam remittere intelligitur, & ab arbitri ſententia recedere, ex qua ſcilicet rem & pœnam ſimul conſequi nunquam poteſt. Quamvis vbi pœnam ex compromiſſo conſecutus eſt, non ideò prohibeatur priſtinum ius ſuum exercere. Petitur tamen hoc caſu pœna non tanquam verè commiſſa, vt vult Accurſius, ſed tanquam omnimodo committenda ſi ante acceptum iudicium arbitro non pareatur. Itaque poſt elapſum illud modicum tempus arbitrio prætoris conſtituendum intra quod ſatisfieri debuit, nec ſatisfactum eſt, non tam commiſſa intelligitur pœnalis ſtipulatio quàm incipit committi. Neque tam ex pœnali ſtipulatione ob id agitur, quòd arbitrio non fuerit ſatisfactum, nec ſatisfieri amplius poſſit, quàm quia nondum fuerit ſatisfactum, à quo tempore ſatisfieri potuit, licèt ſatisfieri adhuc poſſit. Non enim bona conſecutio eſt, ſi quis dicat. Eum qui ſatisfacere iam heri debuit, ob idque in mora eſſe cœpit ſatisfacere amplius non poſſe. Nam imò verò ſatisfacere tantò magis, & poteſt & debet ſi aliud nihil ſit, quod impediat: quomodo certè illud impedit. Si iudicium ſuper pœnali ſtipulatione acceptum ſit,

quia

quia ex eo tempore nulla vnquam moræ purgatio admitti poteſt, *leg. ſi inſulam* 84. iunct. *lege ſi Titius 9. de verborum obligation.* Nempe quoniam in iudiciis quaſi contrahitur, *leg. 3. §. idem ſcribit de pecul.* & fit veluti nouatio per conteſtationem, *leg. aliam 19. de nouat.*

22. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

VTique niſi eius interfuerit, tunc ſolui.

Ad leg. Vtique 25.

Ratio dubitandi. Cùm pœna promiſſa eſt non ſolet quæri, an aut quantùm interſit ſtipulatoris, *lege ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligation.* Ergo dicendum eſt, vel pœnam peti nondum poſſe, vel vbi petitio nata fuit, non eſſe ampliùs inquirendum, an aut quatenus interſit ſtipulatoris: nec minùs poſſe moram purgari ſi interfuit victoris citius ſolui, quàm ſi non interfuit: aut è contrario, non magis ſi non interfuit, quàm ſi interfuit.

Ratio decidendi. Semper fauorabilior eſt perſecutio eius quod intereſt, quàm petitio pœnæ, quia purgatio moræ non niſi iniquè permitti poſſet, poſteaquàm cœpit actoris intereſſe, *leg. & ſi poſt tres 8. ſuprà, ſi quis cautionibus leg. ſi ita quis 135. §. 1. de verbor. obligat.* Sed aduerſus pœnam etiam, quæ ipſo iure commiſſa ſit, poteſt faciliùs ſubueniri ex æquitate, ſi modò nihil interſit petitoris, vt in *leg. ſi ſeruus 9. §. 1. ſuprà ſi quis cautions.* Qui nec obligationes, nec actiones ad aliud comparatæ ſunt, quàm vt vnoſquiſque ſibi acquirat, & conſequatur, id quod ſua intereſt, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verbor. oblig. leg. nihil aliud 51. de obligat. & action.* Itaque ſemper efficax eſt petitio pœnæ, cùm intereſt actoris licèt minùs interſit. At non ſemper efficax eſt, cùm nihil intereſt, putà ſi ſtipulatio prætoria fuit non conuentionalis, vt *in leg. ſi ſeruus 9. §. ſi plurium, ſi quis cautionibus.* Aut ſi conuentionalis quidem fuit; ſed quæ non tam omnino commiſſa ſit, quàm cœperit committi, vt in ſpecie huius legis. Quo caſu efficax non eſt, petitio pœnæ ſi ante litem conteſtatam acceptúmque iudicium ſatisfiat ei, quod promiſſum fuit, quia purgari poteſt, dum ne quid adhuc interſit actoris, quomodo ſcriptum eſt, in hac lege. Alioqui ſi alterutrum interueniat, vt vel iudicium iam acceptum ſit, vel iam cœperit intereſſe, efficax ſit petitio pœnæ, quoniam exinde mora purgari ampliùs non poteſt. Non magis, quàm cùm pœnalis ſtipulatio commiſſa omnino eſt, quod euenit, cùm conditio habuit diem intra quem impleri debuit, aut cùm arbitri ſententia diem certum conſtituit intra quem voluerit arbiter parer ſententiæ, cui tamen non paruerit promiſſor, vt lege ſequenti. Quid? Nonne ſemper intereſt actoris aduerſarium paruiſſe ſententiæ? Intereſt ſanè ſemper, vt tandem arbitrio pareatur. Sed non intereſt ſemper, vt pareatur hoc potiùs quàm illo die. Imò plerumque intereſt etiam creditoris tardiùs fieri ſolutionem, vt in *l. 3. §. cum Pollid. infrà de vſur. leg. cum qui 15. alias leg. Iauolenus de ann. legat.* An verò inſpiciendum erit, num ius actoris deterius factum ſit? Ita vult Accurſius, ex *dict. leg. & ſi poſt tres.* Ego tamen non puto. Nam etſi fieri non poteſt ius actoris deterius quin actoris interſit. E contrario tamen fieri facilè poteſt, vt interſit actoris, etiamſi ius ipſius factum non ſit deterius. Nec inquirere debemus an interſit, ex ea cauſa, quod ius actoris deterius factum ſit, niſi cùm ea ſtipulatio interpoſita eſt, quæ pertineat ad actionem inſtituendam, qualis illa eſt, de qua in *dict. leg. etſi poſt tres.* vbi quod dicitur de iure actoris deteriore facto ſic accipi debet, ac ſi dictum eſſet de iure actionis, quæ facilè deterior facta eſſe poteſt tempore, putà ſi fuit temporalis. Nam quo breuior, eo deterior eſt. At ſtipulatio de qua nunc agimus non eſt huiuſmodi, nec pertinet ad inſtituendam actionem, ſed ad id potiùs ne actionem inſtituere ſit neceſſe, finita lite per ſententiam arbitri. Non igitur inſpiciendum eſt hoc caſo an ius actionis factum ſit deterius; ſed an quoquomodo cœperit intereſſe actoris, vt eo caſu dicendum commiſſam eſſe pœnalem ſtipulationem, ex eaque pœnæ perſecutionem omnimodo competere, etiamſi minoris interſit quàm quanti pœna eſt. Quare nec litigatori qui ad pœnam conuenietur, debebit prodeſſe, quòd paratus ſit pleniſſimam indemnitatem actori præſtare, vt malè quamvis non niſi dubitanter ſentit Accurſius, quia ſtipulatio ſiue pœnalis, ſiue alia quælibet vbi ſemel in plenum commiſſa eſt, nunquam reſoluitur, *leg. empta re 16. §. ſi ſeruus leg. habere licere 57. §. vltim. de euict.* Nec admittit purgationem moræ præterquàm ſi ſit prætoria, vt dixi: quod Accurſius noſter in legis ſequentis explicatione non intellexit.

23. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

CElſus ait: *ſi arbiter intra Kalendas Septembres dari iuſſerit*, nec datum erit: licèt poſtea offeratur, attamen ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere: quoniam ſemper verum eſt, intra Kalendas datum non eſſe. Sin autem oblatum accepit: pœnam petere non poteſt[a], doli exceptione remouendus[b]. Contra, vbi duntaxat ſ dare iuſſus eſt.

Ad l. Celſus 23.

Ratio dubitandi. Si arbiter intra Kal. Septembres pecuniam dari iuſſerit, nec data ſit, verum quidem eſt peti poſſe pœnam, ſed tamen ſi poſtea offeratur quandocunque pecunia dummodò ante receptum iudicium, & priuſquam actoris intereſſe cœperit, quidni liceat purgare moram, vt exinde agi ex ſtipulatu non poſſit, vt in ſpecie §. *vlt. leg. 21. ſup.* An quia mitiùs agatur cum lege quàm cum miniſtro legis? Ita putat Accurſius. Sed malè. Nec enim arbiter legis miniſter eſt, ſed potiùs litigatorum, in quo maximè differt à iudice. Alioquin dicendum eſſet, rei iudicatæ authoritatem habere oportere quidquid ab arbitro imperatum eſſet, tanquam quod vim acciperet à legum authoritate, quomodo accipit quod à iudice pronunciatur. Nec rurſus verum eſt mitiùs ſemper agi cum lege quàm cum homine: nam imò verò grauiùs punitur, qui contra legem facit, quam qui contra hominem, *l. ſi libertus minorem 16. verſ. planè, infr. de iur. patron. l. 1. C. vt intr. cert. temp. crim. quæſt. termin. l. 3. C. qui accuſ. non poſſ.* Quamquam nec hoc perpetuum eſt. Sunt enim iſta brocardica quæ perſæpe fallunt, & quibus tamen noſtri paſſim abutuntur, dum iis quaſi iuris noſtri certiſſimis principiis vtuntur.

Ratio decidendi. Multum intereſt an dies adiectus ſit in ſententia arbitri vt in ſpecie huius legis, an verò ſuppleatur per interpretationem, vt in §. *vlt. d. leg. 21.* Priore caſu omnimodo & abſolutè committitur ſtipulatio pœnalis ſi intra diem ab arbitro præſtitutum non pareatur tametſi poſteà quandocunque, id eſt, ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo pecunia offeratur, quia ſemper verum eſt intra Kalendas Septembres datam

non fuiſſe, nec ſtipulationem ſemel commiſſam reſolui vnquam poſſe, vt dixi ad *leg. prox. praeced. ex leg. cuncta 6. §. ſi ſeruus leg. habere licere 57. in fin. de euict.* Iunge, *leg. traiectitia 23. de oblig. & act. leg. magnam 12. Cod. de contr. & committ. ſtip. l. ad diem 77. de verb. oblig.* At poſteriore caſu cùm dies nullus ab arbitro præſtitutus fuit, licèt præterierit tempus illud modicum, quòd arbitrio tacitè ineſſe intelligitur, tamen non tam verum eſt, commiſſam eſſe ſtipulationem in plenum, quàm incipere committi, vt nimirum pœna peti poſſit, & quidem efficaciter ſi promiſſor ſecum litem conteſtari patiatur, non etiam ſi paratus ſit ſatisfacere ante litem conteſtatam, & priuſquàm cœperit vllatenus intereſſe actoris: quia nimirum tandiu verum, & ſatisfactum eſſe præcepto arbitri, qui nullum diem præſcripſit. Nihil ergo impedit quominùs mora purgari poſſit.

a *Pœnam petere non poteſt.* Ratio dubitandi. Stipulatio pœnalis ſemel commiſſa nunquam reſoluitur; nec moræ purgationem admittit, vt proximè diximus. Atqui verum eſt, ſtipulationem de qua nunc agimus ſemel commiſſam fuiſſe, quia præterito tempore intra, quod arbiter pecuniam dari iuſſit, certum eſt; neque ſatisfactum eſſe intra conſtitutum tempus, neque ſatisfieri amplius vnquam poſſe. Ergo nihil prodeſſe poteſt ei qui intra diem non ſatisfecit, quòd ſatisfacere poſteà ſit paratus.

Ratio decidendi. Non ei prodeſt, quòd paratus ſit ſatisfacere; ſed quod ſatisfecerit. Non quaſi in eius poteſtate fuerit moram purgare, ſed quia potuit victor ius ſibi quæſitum, id eſt, pœnæ perſecutionem remittere, *leg. pactorum 46. in fin. ſupra de pact.* quam vtique remiſit, cùm pecuniam quæ intra certum diem dari debuerat poſt diem accepit, *leg. 2. in princip. ſupr. ſi quis cautíon. leg. vlt. in fin. de eo quod cert. loc. leg. poſt diem 7. iunct. §. vlt. legis praeced. infr. De leg. commiſſ.* Pœna tamen adhuc peti ſummo iure poteſt, quia verum eſt, commiſſam fuiſſe ſtipulationem, ſed doli exceptio eo caſu locum habere debet, quia dolo facit, qui de pœna promiſſa laborat poſt finitum ſolutione negotium, *d. l. 2.* quique vult, & pœnam, & rem ſimul conſequi, cùm alterutro contentus eſſe debeat, *l. reſcriptum 10. §. ſi pacto, ſupr. de pact. l. ſi pacto quo pœnam 14. C. eod.*

b *Doli exceptione remouendus.* Ratio dubitandi. Exceptio non poteſt habere locum, vbi nec petitio vlla eſt, cùm detur ad elidendam actionem, ſubmouendámque petitionem. Vnde & actionis excluſio eſſe dicitur, in *l. 2. de except.* Atqui hoc caſu ſtipulator pœnam petere non poteſt, vt habent verba proximè præcedentia. Ergo nec que exceptione remoueri poteſt.

Ratio decidendi. Habet ſtipulator actionem, & pœnæ petitionem ipſo iure, quia commiſſa fuit ſtipulatio, qua, vt diximus in ſuperioribus, reſolui nunquam poteſt, ſed tamen dicitur non poſſe pœnam petere cùm poſt diem accepit ſolutionem, quia nihil intereſt, an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur, *leg. nihil intereſt 112. de reg. iur.* Effectu ſcilicet inſpecto potiùs, quàm mera iuris ſubtilitate.

c *Contra vbi duntaxat dare iuſſus eſt.* Id eſt, nullo certo die adiecto, vt in ſpecie, *dict. l. 21. §. vlt. ſupr.* quod & Accurſius noſter bene explicat: ſed diuerſitatis rationem, quam nos attulimus nullam affert.

1 ¶ Idem ait: *ſi iuſſerit me tibi dare*, & valetudine ſis impeditus, quo minùs accipias, aut alia iuſta ex cauſa: Proculum exiſtimare, pœnam non committi, nec ſi poſt Kalendas, te parato accipere non dem, ſed ipſe rectè putat [a], duo eſſe arbitri præcepta: vnum, *pecuniam dari*: aliud *intra kalendas dari.* Licèt igitur in pœnam non committas, quòd intra Kalendas non dederis, quoniam per te non ſtetit: tamen committis in eam partem, quòd non das.

Ad §. 1. Idem ait.

Ratio dubitandi. Cum arbiter iuſſit me tibi dare, intra Kalendas Septembres, nec dedi, quia valetudine aut qua alia iuſta de cauſa impeditus fueris ne acciperes, nihilominus ſemper verum eſt, intra diem quem arbiter conſtituit ſatisfactum non fuiſſe. Ergo illud quoque verum eſt, commiſſam fuiſſe ipſo iure ſtipulationem pœnalem, & conſequenter pœnam peti poſſe ſaltem ipſo iure, vt in ſpecie proxima præcedenti.

Ratio decidendi. Ad euitandam pœnam, & ne poſſit dici commiſſa pœnalis ſtipulatio ſufficit, vt per promiſſorem non ſtet, quominus ſatisfaciat, *l. traiectitia 23. verſ. nec arbiter de oblig. & action. leg. vltim. de leg. commiſſ.* Quantò magis ergo promiſſori debet prodeſſe, quod per eum ipſum qui vicit, fiat ne poſſit ſatisfieri ad diem ab arbitro præſtitutum? In omnibus enim cauſis pro facto accipiendum eſt, id in quo per alium mora fit, quominùs fiat, *l. in omnib. cauſis 39. de reg. iur.*

a *Sed ipſe rectè putat.* Ratio dubitandi. Impoſſibilium nulla obligatio eſt, *lege impoſſibilium 185. de regul. iuris.* Atqui impoſſibile eſt, vt quod intra diem certum fieri debuit, ſi factum non ſit, vnquam fiat intra eum ipſum diem, quia elapſum tempus regredi, & recurrere nunquam poteſt, ergo exinde dicendum eſt pœnalem ſtipulationem committi nunquam poſſe, ac obligationem patendi arbitrio finitam eſſe finito tempore intra quid ſatisfacere & potuit, & debuit.

Ratio decidendi. Cum arbiter iuſſit pecuniam dari intra Kalend. Septembres, duo ſunt arbitri præcepta. Vnum, Pecuniam dari, aliud, intra Kalendas dari. Licèt autem impoſſibile ſit, vt intra Kalend. quicquam detur poſt Kal. impoſſibile tamen non eſt, vt adhuc pecunia detur. Ergo quamvis vni ex duobus præceptis ſatisfieri amplius non poſſit, non ideò tamen liberatur promiſſor quominus alteri ſatisfacere debeat cui ſatisfacere adhuc poteſt. Ex quo apparet malè Accurſ. negare quod lex diſertè ait, duo eſſe præcepta, quamvis parum referat vtrum dicamus duo eſſe præcepta, an vnum duntaxat, quod habeat duas partes quomodo de conditione ſcriptum eſt, in *leg. hac ſcriptura 26. de condit. & demonſtrat.* Nec mouet quod Accurſius obiicit, ſi verè duo præcepta hîc eſſent, dicendum eſſe, valituram igitur eam ſtipulationem Bononiæ factam, *Hodie decem Romæ dari*, quaſi quæ licèt impoſſibilis ſit ratione loci, tamen poſſibilis ſit ratione donationis, & tamen certum eſſe nullomodo valere, *§. locat. Inſtit. de verbor. obligation.* Nam reſpondeo magnam eſſe inter hos caſos differentiam: Huiuſmodi enim ſtipulatio tota ab initio eſt inutilis propter impoſſibilitatem, quæ licèt nulla ſit niſi ratione loci, afficit tamen totam ſubſtantiam ſtipulationis, cùm non poſſit adiectio loci ſeparari ab obligatione, cuius partem efficit: nec enim minùs dici poteſt locum eſſe partem obligationis, quàm de die idipſum ſcriptum eſt, in *lege prima paragrapho editiones, ſupra de edend. §. ſi quis agens, verſ. loco plus petitur. Inſtit. de action. leg. 1. & 2. & paſſ. infr. de eo quod cert. loc.* Vnde fit, vt quemadmodum is, qui certo loco dare promiſit nullo alio loco, quàm in quo promiſit ſoluere inuito ſtipulatore poteſt, *lege penultim. eodem.* Ita nec is, qui certo loco dari ſtipulatus eſt alio loco poteſt petere inuito promiſſore, quàm in quo dari ſtipulatus eſt, *dicta leg. 1. eodem.* Stipulationes enim omnes etiam, quæ diuiduæ ſunt ratione materiæ, indiuiduæ tamen ſunt ratione formæ, & earum qualitatum, quæ efficiunt, & afficiunt formam obligationis, ac

ſententia

ſententia arbitri præcipientis ſolui pecuniam intra Calendas Septembres, tota vtilis eſt, nec quicquam impoſſibilitatis continet. Proinde quamuis id quod fieri præcepit, fiat ex poſt facto impoſſibile quantum ad aliquid, in eo tamen in quo poſſibile remanet, faciendum eſt, alioqui pœna committetur. Erit autem bona comparatio, ſi ponas arbitrum iuſſiſſe dari quid vel fieri intra Calendas Septembres iam præteritas. Nam & hoc arbitrium non minùs erit inutile, quàm inutilis illa ſtipulatio, propter impoſſibilitatem, quamuis eo caſu non minùs verum ſit, duo eſſe huius arbitri præcepta, quorum vnum de dando vel faciendo impoſſibile non eſſet, ſi ab altero de dando intra Calendas Septembres iam præteritas ſeparari poſſet. Verùm ne ſeparari poſſit illud efficit, quòd contra mentem & voluntatem arbitri ea ſeparatio induceretur: quod non ſimiliter euenit, cùm arbiter iuſſit dari quid vel fieri intra Calendas Septembres proximas, quia tametſi præteritis poſtmodùm Calendis, impoſſibilitas quæ ex poſtfacto emergit ſatisfaciendi ſecundo præcepto arbitri, inducat ex neceſſitate ſeparationem ſecundi præcepti à primo quod poſſibile remanet, nihil tamen in eo fit contra ſententiam & mentem arbitri, qui vtique quod dari voluit Calendis Septembribus, multò magis dari voluit Nouembribus aut Decembribus. Qua ratione ſolemus defendere contra Cuiacium, non ſicut loci, ita & temporis commemoratione fieri actionem arbitrariam, de quo ſcripſimus, *lib.* 15. *Coniectur.* Tempus enim vnum in alio continetur, non vnus locus in alio loco. At finge arbitrum præcepiſſe, vt qui Romæ erat centum daret Capuæ intra id tempus intra quod Capuam peruenire poſſet, an poſtea lapſo eo tempore dicemus inutile fieri arbitrium ratione ſuperuenientis impoſſibilitatis propter locum? Non magis vtique quàm ſi impoſſibilitas in tempore ſuperueniſſet: quia licèt locus in loco non contineatur, vt proximè diximus, ideóque agi ſummo iure ex ea ſtipulatione nullo alio loco poſſit, attamen tantò magis verum eſt, non eſſe ſatisfactum arbitrio, ſcilicet niſi ante litem conteſtatam purgetur mora. Nam & hæc exceptio adhibenda eſt, perinde acſi locus nullus arbitrio adiectus fuiſſet. Loci enim adiectio nihil aliud facit, niſi vt dubitari minùs poſſit quin tacitè inſit tempus intra quod ſatisfieri oporteat. Tempus, inquam, non illud modicum quod tacitè ineſſet etiam loco non adiecto, ſed quantum neceſſe eſt vt ad eum locum perueniri poſſit. Quòd ſi & locus & certum tempus arbitrio inſertum eſſet vtique perinde dicendum eſſet purgari moram non poſſe: nec enim loci adiectio facere poteſt vt tantò minùs habenda ſit ratio temporis, ſed potiùs vt tantò magis. Solum namque tempus illud eſt, quod impoſſibilitatem inducit, non locus, quia in loco deſtinato fieri poteſt ſolutio quandocunque etiam poſt tempus intra quod ad eum locum perueniri potuit, niſi adiectio certi temporis impediat purgationem moræ.

2 ¶ Idem ait, nihil aliud eſſe ſententiæ ſtare poſſe, quàm id agere, quantum in ipſo ſit, vt arbitri pareatur ſententiæ.

Ad §. 2. Idem ait nihil aliud.

Ratio dubitandi. Cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris pertinet non ad impedimentum ſtipulationis, *lege continuus* 137. *paragrapho illud infrà de verbor. obligat.* Ergo cùm quæritur an quis ſteterit ſententiæ arbitri ne pœna in ſtipulationem deducta committatur, non illud inſpiciendum eſt, an fecerit quantum in ipſo fuit, vt arbitri ſententiæ pareretur, ſed an reuera & effectu ipſo paruerit.

Ratio decidendi. Differentia eſt hac parte inter ſtipulationes & iudicia, itémque compromiſſa, quæ redacta ſunt ad inſtar, & ſimilitudinem iudiciorum, *l.* 1. *ſupra.* In ſtipulationibus non excuſat difficultas, quia ſibi debet imputare qui rem adeò difficilem promiſit: in iudiciis verò & arbitriis excuſat, quia nihil poteſt imputari ei qui à iudice condemnatus fuit, vel ab arbitro, ſi modò fecerit quod in ipſo fuit vt ſententiæ pareretur. Nec enim ea mens eſt ſiue iudicis, ſiue arbitri, vt aliud quicquam præſtet condemnatus niſi quod in ipſo ſit vt præſtare poſſit: Hactenus nimirum ne vel iudicis vel arbitri auctoritas impunè contempta videri poſſit. Non enim contemnit iudicem, aut arbitrum qui facit, quod in ſe eſt, vt pareatur, *lege quid tamen* 21. *§. ſi quis ex litigatoribus, ſupr.* iunct. *leg.* 2. *§. ſi quis iudicio. ſupr. ſi quis cautiones.* Sententiam interpretamur ex mente iudicis vel arbitri, qui eam protulit: ſtipulationem verò ex mente ſtipulatoris non promiſſoris. Ne facilè obligatio euaneſcat, ſi promiſſoris voluntas aut facultas exquirenda ſit, *dict. §. illud. in fin.* iunct. *leg. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *eod. tit. De verb. oblig. leg. vlt. de nautic. fœnor.* In compromiſſis autem licèt interueniat ſtipulatio pœnalis ex qua committitur pœna. Non ideò tamen pœna committitur, quod ſtipulationi ſatisfactum non ſit, per quam nihil promiſſum eſt, niſi arbitrio pareri; ſed quia non pareatur arbitrio, eamque ob cauſam recipere debet huiuſmodi ſtipulatio interpretationem ex mente arbitri, non ex voluntate, aut vtilitate ſtipulatoris) quomodo reciperet ſi ad ſolum promiſſoris factum non ad arbitrium referretur.

3 ¶ Idem Celſus ait: *ſi arbiter me tibi certa die pecuniam dare iuſſerit:* tu accipere noluiſti: poſſe defendi, ipſo iure pœnam non committi.

Ad §. vlt. idem Celſus.

Ratio dubitandi. Si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iuſſerit: & ego dare voluerim, tu verò accipere nolueris. Verùm eſt non eſſe à me ſatisfactum ſententiæ arbitri. Ergo non poteſt defendi pœnam ipſo iure non committi, argum. eius quod ſcriptum eſt in princip. huius legis, ſed dicendum potiùs eſt, pœnam quidem ipſo iure committi, ſed exceptione doli ſubmouendum ſtipulatorem cùm per eum ſteterit. Facilius enim eſt vt doli exceptio noceat ſtipulatori quam vt non committatur ipſo iure pœna cùm arbitrio non paretur, argum. *leg. non diſtinguemus* 31. *§. cùm quidam infra hoc tit. l.* 2. *C. eod.*

Ratio decidendi. In omnibus cauſis pro facto accipitur, quod ne fiat per alium mora ſit, *leg. in omnibus cauſis* 39. *de regul. iur.* Ergo cùm per te ſtetit, quominùs dederim quia accipere noluiſti, perinde haberi debet acſi dediſſem. Atqui ſi dediſſem pœna ipſo iure non committeretur. Ergo neque hoc caſu committeretur, ne quidem ipſo iure, *leg. arbiter calendis* 40. *in fin. infr. hoc tit.* Atqui oblatio ſola, inquies, pro ſolutione non eſt. Requiritur enim obſignatio, vt quod oblatum & obſignatum eſt pro ſoluto habeatur, *leg.* 1. *§. vlt. infr. de vſur. leg. ſi creditrici* 6. *leg. acceptam* 19. *C. eod. leg. tutor. pro pupillo* 28. *in fin. de admin. & peric. tutor.* Ergo nihil prodeſſe mihi debet in ſpecie propoſita quod obtulerim pecuniam, cùm eam non obſignauerim. Reſpondeo neceſſariam quidem eſſe obſignationem ad hoc vt obligatio tollatur, & liberatio inducatur, quoniam obſignatio ſola vicem ſolutionis obtinet, oblatione tamen congrua præcedente, *leg. obſignatione* 9. *C. de ſolut.* Sed non

ſimiliter, eſſe neceſſariam ad hoc vt impediatur mora & culpa, nec conſequenter vt impediuntur ea quæ ſunt conſequentia moræ vel culpæ, cuiuſmodi eſt pœna ex compromiſſo debita, ob id quod non fuerit paritum ſententiæ arbitri, item vſura ſi modò ex mora debeatur, non etiam ſi ex conuentione, *dict. leg. ſi creditrici*, iunct. *leg. qui Romæ* 122. *in princ. de verb. obligat.* iunctis iis quæ in eam legem ſcripſimus, *lib. 1. Coniect. cap. 1.* Textus eſt in vtramque partem omnium elegantiſſimus, in *leg. ſi per te non ſtat. 9. Cod. de vſur.* Iunge *leg. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit. lege 2. in fin. C. de iur. emphyt.* & quæ ſcripſi in Decad. *De error. pragmatic.* Non tamen vſque adeò liberatur debitor per obſignationem, vt non vrgeri poſſit ad ſolutionem tanquam qui adhuc ſit debitor. Adeò vt ſi conuentus ad ſoluendum moram fecerit vſurarum rationem exinde haberi oporteat, *lege debitor 7. infr. de vſur.* Obſignatio enim ſicuti non facit vt pecunia obſignata, quæ adhuc in rerum natura eſt ſolui ampliùs non poſſit, ita neque vt pro ſoluta habeatur, nec ampliùs ſoluenda ſit. Denique ſolutio non eſt, ſed ſolutionis vicem obtinet. Eo nimirum caſu quo ſolutio ipſa fieri non poteſt, putà ſi perierit pecunia, vel alia de cauſa redire ad debitorem non poſſit. Ita enim poteſt in mora conſtitui debitor, qui vrgetur ad ſolutionem pecuniæ quam obſignauit, ſi eam pecuniam obſignatam in promptu habere poſſit, vt ſoluat; non alio vtique caſu. Et ſic intelligendum eſt quod ſcribitur, in *leg. qui decem 92. in princ. de ſolut.* pro ſoluto habendum eſſe, id in quo accipiendo creditor moram fecerit. Accurſius aliter diſtinguit. Nobis diſtinctio noſtra magis probatur,

24. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd ſi poſtea ille paratus ſit accipere, non impunè me non daturum: non enim antè feceram.

Ad leg. Sed ſi poſtea 24.

Ratio dubitandi. Pro ſoluto habendum illud eſt, in quo accipiendo creditor moram fecerit, *leg. qui decem 82. in princ. De ſolut.* Atqui ſi ſoluiſſem, impunè poſtea non darem, quia iam antè feciſſem. Ergo & ſi obtulerim tibi pecuniam, nec tu accipere volueris, quamuis poſtea paratus ſis accipere, impunè tamen non dabo, id eſt, non ideò tamen quod non dederim pœnam debebo, quaſi iam ante dederim.

Ratio decidendi. Poſterior mora nocet, *dict. leg. qui decem §. 1. & leg. prætor ait 20. §. pen. De oper. noui nunc.* Ergo quamuis creditor in accipiendo moram fecerit, ideoque pro ſoluto exinde id haberi oporteat, ſi tamen mora illa purgetur parato creditore accipere, nouaque mora per me, qui debitor ſum contrahatur, deſinit haberi pro ſoluto, quod antea non niſi propter moram pro ſoluto habebatur. Idque adeò verum eſt vt tum quoque obtineat, cùm creditor in mora conſtitutus eſt, non tantum per ſolutionem ſed etiam per obſignationem. Nam & ea mora purgari poteſt, ſi poſtea conuentus debitor recuſet ſolutionem, vt dixi ad *§. vltim. legis præcedentis ex dict. leg. debitor. vſurarum 7. infr. de vſur.* Hoc tamen ita intelligendum eſt, ſi quo tempore paratus eſt creditor accipere pecuniam quam ſibi antea oblatam recuſauerat, omnia ſint adhuc integra. Quid enim ſi pecunia quæ fuerat obſignata, poſtmodum fuerit deperdita? Liberatus erit creditor & quidem ipſo iure, qui tamen non eſſet liberatus, niſi per exceptionem doli ſi pecunia fuiſſet oblata tantùm non obſignata, *dict. leg. qui decem 72. in princip. de ſolut.* probato nimirum eo quod illa ipſa corpora nummorum deperdita ſint quæ fuerant oblata: cuius probationis, neque neceſſitas, neque difficultas vlla eſt facta obſignatione: quę ſcilicet impedit ne de nummorum identitate, vt loquuntur dubitari poſſit.

25. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LAbeo ait: ſi arbiter, cùm in compromiſſo cautum eſſet, *vt eadem die de omnibus ſententiam diceret, & vt poſſet diem proferre:* de quibuſdam rebus dicta ſententia, de quibuſdam non dicta, diem protulit: valere prolationem, ſententiæque eius poſſe impune non pareri, & Pomponius probat Labeonis ſententiam quod & mihi videtur; quia officio in ſententia functus non eſt.

Ad leg. Labeo 25.

Ratio dubitandi. Non poteſt arbitri magis quàm iudicis ſententia in partem valere, & in partem non valere, *leg. in hoc iudicio 27. infr. famil. erciſc.* Ergo cum arbiter de quo in hac lege agitur, vna eadémque ſententia & de quibuſdam rebus ſententiam dixerit: & nulla de aliis dicta ſententia diem protulerit, alterutrum neceſſarium videtur, vt vel pronunciatio teneat, nec impunè poſſit ſententiæ non pareri, vel ne dici quidem prolatio valeat.

Ratio decidendi. Nihil commune habet diei prolatio facta de iis rebus, de quibus arbiter nondum dixit ſententiam, cum pronunciatione facta de aliis rebus, adeóque nec ſententiæ pars vlla eſt. Sicut enim ſententia non eſt, niſi quæ continet abſolutionem vel condemnationem, *leg. 1. de re iudic.* ita neque ſententiæ pars dici poteſt: & malè Accurſius noſter, tot ait eſſe hic ſententias quot ſunt capita, ex *leg. quid tamen. 21. ſuprà.* Id enim tum verè dicitur cùm vel compromiſſum factum vel iudicium acceptum eſt de diuerſis controuerſiis nihil ſibi communibus, & de omnibus pronunciatur, vt in *dict. leg. quid tamen. & leg. etiam 29. §. 1. de minor.* At is qui profert diem nihil pronunciat ſaltem quod abſolutionem contineat, vel condemnationem, nec proinde quod ſententiæ nomen mereatur. Prolatio igitur diei valet, quia neque ſententia, neque ſententiæ pars eſt, fecítque arbiter diem proferendo illud ipſum quod facere & potuit, & debuit cùm de controuerſiis omnibus: tam citò pronunciare vel nollet, vel non poſſet. Sed non valet ſententia, de quibuſdam tantùm rebus lata per arbitrum, qui ex lege compromiſſo dicta de omnibus pronunciare debuit, quique idcirco dici non poteſt officio ſuo functus eſſe, cum id nondum fecerit, quod ſe facturum promiſerat, *lege Pomponius 13. §. recepiſſe ſuprà hoc tit.* Ergo iterum poterit iudicare quod facere non poſſet, ſi officio ſuo functus eſſet, *leg. iudex 55. infr. de re iud. d. l. quid tamen*, vbi dixi.

1 ¶ Hæc autem clauſula, *Diem compromiſſi proferre*, nullam aliam dat arbitro facultatem, quàm diem prorogandi, & ideò conditionem primi compromiſſi, neque minuere, neque immutare poteſt: & ideò cætera quoque diſcutere, & pro omnibus vnam ſententiam ferre debebit.

Ad

Ad §. 1. Hæc autem clauſula.

Ratio dubitandi. Prorogatum compromiſſum aliud eſt à primo, alioqui nec primum dicendum eſſet, nec ſecundum quod vnum & idem eſſet. Primum autem hîc dicitur ab Vlp. quòd priùs factum ſuit à litigatoribus, non vtique alio reſpectum quam ſecundi quod inducitur per prorogationem. Ergo licet arbitro nouas nouo fideicommiſſo inſicere conditiones.

Ratio decidendi. Prorogatio diei non facit nouum compromiſſum: vnum namque & idem compromiſſum eſt quod fuit ante, & quod eſt poſt prorogationem: ...c quod datum eſt arbitro à litigatoribus, vt compromiſſi diem proferre poſſet, aliam ei attulit facultatem quàm diem prorogandi. Ergo neque minuere poteſt arbiter neque immutare conditionem primam compromiſſi. Mallem enim legere *primam* quàm *primi*, cùm nullomodo poſſit videri nouum, & aliud compromiſſum, quod prorogatum eſt, vt dixi, ad *leg. quid tamen* 21. §. *Pap. infra eo. ex leg. ſed ſi manente* 5. *de precar.* niſi viderem in § prox. ſeq. fieri mentionem primi, & ſeq. commiſſi. Non quod tentat Accurſ. primum dici poſſe & ſecundum habito reſpectu ad fideiuſſores qui renouantur, ſi primi ad tempus tantùm fideiuſſerint ad hunc locum non pertinet, in quo fideiuſſoribus verbum nullum. Probabiliùs tamen eſt, vt dicamus idem eſſe compromiſſum quantum ad ſubſtantiam, diuerſum verò quantum ad tempus. Nam in *dict. §. ſeq.* apertè ſcribit Vlp. ex Labeone duplex eſſe compromiſſum, quorum alterum primum appellat, alterum ſequens, id eſt, ſecundum. Diuerſitas ergo temporis inducit diuerſitatem, & multiplicitatem compromiſſi, vt ſcilicet non ſit vnum vnitate & identitate, vt loquuntur, numerica: ſic tamen vnum & idem vnitate & identitate ſpecifica. Denique legem & conditionem quam ab initio certam ex litigantium voluntate habuit compromiſſum, immutare arbiter non poteſt, niſi vtroque ex litigatoribus conſentiente argum. *leg. verò procuratori* 12. §. *pen. de ſolu.* Proinde ſi prioris compromiſſi lex illa fuit, vt de omnibus ſimul controuerſiis vnam ſententiam ferre arbiter deberet, etiam poſt diem compromiſſi prorogatum, cætera quoque omnia, id eſt, de quibus nondum pronunciauit arbiter diſcutere debebit, & de omnibus ſimul vnam duntaxat ſententiam ferre.

2 ¶ Si per fideiuſſorem fuerit cautum in primo compromiſſo: & ſequens ſimiliter proferendum Labeo dicit ſed Pomponius dubitat, vtrùm iiſdem, an & aliis tam idoneis, quid enim, inquit, ſi iidem fideiubere noluerint? ſed puto, ſi noluerint fideiubere, tunc alios non abſimiles adhibendos.

Ad §. 2. Si per fideiuſſores.

a *Et ſequens ſimiliter proferendum.* Id eſt, ita vt fideiuſſores interueniant per quos in ſequenti compromiſſo caueatur, vt in primo.

b *Si fideiubere noluerint.* Ratio dubitandi. Vnum & idem ſpecie compromiſſum eſt, vt proximè diximus, nec prioris compromiſſi conditio minui aut mutari poteſt. Ergo fideiuſſores qui in compromiſſo primo interuenerunt, in ſecundo quoque remanent obligati. Præſertim cùm tempus non ſit modus tollendæ obligationis, *lege obligationum ferè* 44. *verſ. placet. de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Fideiuſſores qui in primo compromiſſo interuenerunt, quod certum diem habuit, ea lege & conditione fideiuſſerunt, vt intra eum diem ſententia ferretur, vel compromiſſi obligatio ſolueretur. Et credibile eſt non aliter eas ad fideiuſſionem fuiſſe acceſſuros. Ergo ſi dies compromiſſi, ſiue à litigatoribus, ſiue ab arbitro proferatur; non ſunt fideiuſſores inuiti aut retinendi in obligatione, aut vt iterum fideiubeant compellendi. Obligatio enim certo tempore determinata, vlterius porrigi non debet contra formam fideiuſſionis, *arg. l. Imper. 8. poſtul. & apertius in l. ſi cùm Hermes 7. C. de locat.*

a *Tunc alios non abſimiles adhibendos.* Ratio dubitandi. Non facilè eſt fideiuſſorem idoneum, aut æquè idoneum reperire, *leg. omnes* 33. §. *præterea, Cod. de epiſc. & cler.* Ergo non eſt cogendus quiſquam ex litigatoribus, vt prorogato die compromiſſi alios conquirat & adhibeat fideiuſſores, ſi qui adhibiti fuerant in priore compromiſſo nolint iterum fideiubere. Præſertim ſi per eum non ſteterit, quominùs intra diem compromiſſo præſtitutum lis per arbitrum deciſa & terminata ſit.

Ratio decidendi. Vnum & idem compromiſſum eſt quod fuit ante prorogationem, & quod eſt poſt prorogationem: Vna igitur eadémque ipſius cauſa & conditio eſſe debet argum. *leg. ſed ſi manente* 5. *de precar.* quæ tamen non eadem eſſet ſi poſt factam diei prorogationem aut nulli, aut minùs idonei fideiuſſores adhiberentur. Pars enim obligationis eſt, adeſſe idoneum fideiuſſorem; nimirum ſi poſſit reperiri, alioqui non eſt adigendus quiſquam ex litigatoribus ad impoſſibile, debebitque ſufficere præſertim ad euitandam pœnam, vt qualem poteſt, id eſt, etiam iuratoriam cautionem præſtet, ſi aliam præſtare non poſſit, *dict. §. præterea. & leg. cùm clerici* 25. §. 1. *eod. tit. Cod. de epiſc. & cler.* Nulla ſanè fit iniuria ei qui æquè bonum ſiue dare ſiue accipere cogitur, vt hîc Accurſ. noſter notat, ex *leg. illud* 10. §. 1. *ſuprà quod met. cauſ. leg. qui autem* 14. §. *pen. infr. de conſt. pecun. l.* 2. §. *pen. de relig. & ſumpt. fun. leg. 1. C. de præpoſ. agent. in reb. lib. 12. tit. 31.*

26. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

NE in poteſtate ſit fideiuſſorum poſtea ſe non obligantium, vt pœna committatur. Idem & ſi deceſſerint a.

Ad leg. Ne in poteſtate 26.

Ratio dubitandi. Qui fideiuſſores dedit in primo compromiſſo, data etiam arbitro poteſtate prorogandi diem compromiſſi, potuit & debuit proſpicere quod potuit euenire argum. *leg. ſi quis domum* 9. §. 1. *infrà locat.* nimirum vt prior fideicommiſſi dies tranſiret, eumque prorogari neceſſe eſſet, neque tamen fideiuſſores priùs dati, obligari ruſſum vellent. Ergo ſi poſtea ſe obligare iidem fideiuſſores nolint; perinde imputandum eſt litigatori qui eos dedit, vt contra ipſum pœna committatur.

Ratio decidendi. Non debet eſſe in vnius poteſtate alterius, non delinquentis conditionem facere deteriorem, *leg. 2. infrà quod vi aut clam. leg. ſi quis rem* 30. *leg. non diſtinguemus* 32. §. *item ſi quis ſupra verſ. illud. infrà hoc tit. leg. ſi idem* 11. §. 1. *ſuprà de iuriſd.* Maximè verò cùm de pœna agitur. Non enim minùs abſurdum eſt vt in alterius poteſtate ſit, an pœnam debeam, quàm vt in eius poteſtate ſit, an delinquam. Ergo etiamſi fideiuſſores priore compromiſſo dati noluerint, iterum obligari poſt prolatum ab arbitro diem compromiſſi, nihil tamen poteſt imputari litigatori qui eos dederat, quique hodie alios non minùs idoneos, aut ſaltem quales

les poteſt, dare paratus eſt. Nihil porrò intereſt an fideiuſſores priore loco dati, vel obligari rurſum nolint, vel deceſſerint, vt ſequitur in hac lege.

a *Idemque etſi deceſſerint.* Ratio dubitandi. Non poteſt ei qui dedit fideiuſſores idoneos poſtea defunctos, imputari fatum humanæ ſortis, ideóque & qui hominem certum debet, ſiue ex ſtipulatu, ſiue ex teſtamento: aut quo alio iure interitu ipſius liberatur, *leg. ſi ex legato 23. de verb. oblig.* Ergo non eſt cogendus ille ex litigatoribus, qui fideiuſſores idoneos dedit ſi poſtea ij defuncti ſint, alios dare fideiuſſores, maximè cùm nihil tale compromiſerit. Compromiſſum enim non fit niſi per ſtipulationem, ſtipulatio autem non ad aliud obligat, quàm ad id quod verbis ſtipulationis diſertè ac nominatim comprehenſum eſt, *l. quicquid adſtringenda 99. eod. tit. De verb. oblig.*

Ratio decidendi. Mortuo fideiuſſore non ideò compromiſſum finitur aut extinguitur, quod diei prorogationem fuit continuatum, ſed vnum idémque manet, ac eaſdem retinet conditiones, *leg. prox. §. 1. ſuprà.* Ergo ſi fideiuſſores qui in priore compromiſſo dati fuerant deceſſerint, alij ex integro dandi ſunt, & quidem æquè idonei ſi haberi poſſint, alioqui pœna committetur. Nec ad rem pertinet quod de eo nihil dictum fuerat in ſtipulatione compromiſſi. Quæ enim de nouo & ex inopinato emergunt, nouo indigent auxilio, *l. planè 4. infr. vt in poſſ. legat.*

27. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

DIem proferre vel præſens vel per nuntium, vel per epiſtolam poteſt.

Ad leg. Diem proferre 27.

Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum, *leg. 1. ſuprà.* Atqui in iudicijs nihil fieri poteſt, niſi & conſidente iudice & præſente vtraque parte, *leg. à procedente 4. C. de dilat. leg. de vnoquoque 47. de re iud.* Ergo nec arbiter diem proferre poteſt per nuncium vel per epiſtolam, ſed præſens & per ſeipſum id facere debet.

Ratio decidendi. Diem proferre non eſt ſententiam ferre, at ne quidem de controuerſia cognoſcere, ſed tantùm id facere, quod pendet à mera arbitri voluntate, vt poſſit ille poſtea & cognoſcere, & pronunciare. Id enim eſt quod diximus, ad *leg. Labeo 15. ſuprà,* diei prolationem; neque ſententiam eſſe, neque partem ſententiæ. Ergo nihil vetat quominus arbiter etiam abſens, & per nuncium aut per epiſtolam prorogare diem poſſit. Quæ enim conſenſum nudum, requirunt etiam per epiſtolam & per nuncium expediri poſſunt, *leg. 1. §. vlt. de cont. emp.* Malè igitur Accurſius diei prolationem accipit pro interlocutoria ſententia, ex cóque infert poſſe interlocutoriam ſententiam per alium dari, quod certè falſum eſt. Non magis enim poteſt iudex per alium ferre interlocutoriam ſententiam quàm definitiuam. Nec rurſus poſſis cum eodem Accurſio excipere caſum, *leg. 2. in fin. Cod. de ſent. ex peric. recit.* Ibi enim tractant Imperatores de ſententia per alium non lata, ſed recitata; quomodo paſſim hodie per iudicis miniſtros & officiales, quos vulgò grapharios appellamus recitari ſolent, ſententiæ omnes quæ ex ſcripto proferuntur. Cùm tamen olim ſolis eminentiſſimis præfectis prætorio, & alijs illuſtrem adminiſtrationem gerentibus, cæteriſque illuſtribus, iudicibus id permiſſum eſſet, vt per alios poſſent ſuas ſententias recitare. Sanè nec arbitri ſententiam per alium recitari poſſe conſtat, *l. 1. eod. titul. Cod. de ſentent. ex peric. recit.* Sed obſeruandum eſt, non de arbitro compromiſſario legem illam loqui, at de arbitro per iudicem dato, de quo in *leg. arbitro 9. & ſequent. ſuprà qui ſatiſd. cog.* vt ex eo apparet quod loquitur lex de appellatione ab eo arbitro interponenda. Nec enim ab arbitro compromiſſario appellari vnquam poteſt, vt dicemus ad *§. ſtari infr.* Neque tamen eò minùs verum eſt in arbitro compromiſſario, quòd de arbitro iudiciale ſcriptum eſt, *in d. l. 1.* per alium pronunciare illum non poſſe.

1 ¶ Si hæredis mentio, vel cæterorum facta in compromiſſo non fuerit: morte ſoluetur compromiſſum; nec vtimur Labeonis ſententia [a], qui exiſtimauit ſi arbiter aliquem pecuniam dare iuſſerit, & is deceſſerit, antequam daret, pœnam committi, licèt hæres eius paratus ſit offerre.

Ad §. 1. Si hæredis.

Ratio dubitandi. Hæres ſuccedit in vniuerſa defuncti iura & actiua & paſſiua, *leg. cùm hæres 11. de diuerſ. temp. præſcrip. leg. vlt. Cod. de hæred. action. leg. 1. Cod. ſi cert. pet.* quia cenſetur eadem perſona cum defuncto. *§. 1. Nouell. 48. de iureiur. à morient. præſt.* Ergo etiamſi hæredis mentio vel cæterorum ſucceſſorum, qui hæredum loco habentur; cuiuſmodi ſunt bonorum poſſeſſores, aut fideicommiſſarius cui reſtituta ſit hæreditas, facta in compromiſſo non fuerit, non eſt dicendum morte ſolui compromiſſum, ſi modò hæres aliquis ſit, aut ſucceſſor defuncti litigatoris. Nam & qui ſibi ſtipulatur etiam ſuis hæredibus ſtipulari intelligitur, vulg. *leg. ſi pactum 9. de probat.* & contra qui ſe promittendo obligat, hæredem quoque ſuum obligare velle creditur.

Ratio decidendi. Arbiter nullam habet poteſtatem, niſi quæ ſibi à compromittentibus data, & quatenus data eſt, *leg. non diſtinguemus 32. §. de officio, & leg. arbiter 50. infra hoc tit.* Ergo non inter alios pronunciandi quàm qui in compromiſſo nominati ſunt. Proinde ſi nulla in compromiſſo facta ſit mentio hæredum aliorumve ſucceſſorum, neceſſe eſt morte alterius ex litigatoribus compromiſſum ſolui, quia compromiſſum niſi inter duos eſſe non poteſt; quorum alter deficit per mortem licèt relinquat hæredem. Nam nec poſſet committi pœna ab hærede, non tam quod nihil ipſe promiſiſſet: (poſſet enim promiſſio defuncti ſufficere, ſi aliud nihil obſtaret;) quàm quia non poteſt exiſtere, poſt mortem vnius ex litigatoribus conditio, ſub qua fuit promiſſa pœna. Conditio enim illa fuit ſi alterutrum litigatorum arbitrio parêre nollet, quæ conditio litigatorum perſonas non egreditur, quia nec ad hæredem tranſire ſolet, *leg. à teſtatore 109. de condit. & dem. leg. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.* Similiter compromiſſum ſoluitur morte arbitri, idque eadem ratione, quia ſolus arbiter non etiam eius hæres poſitus fuit in conditione ſtipulationis pœnalis. Sed hoc diſſimile eſt in arbitrio & litigatoribus, quod in compromiſſo fit plerunque mentio hæredum vtriuſque litigatoris (alioqui nihil prodeſſet fieri mentionem alterutrius hæredum, *leg. ſed & interpellatur 49. §. vlt. infrà*) At hæredum arbitri mentio nunquam fit, quia eligitur induſtria certæ perſonæ, quæ induſtria non tranſit in hæredem, cuius perſona non ſolùm incerta, ſed etiam per conſequens incognita eſt. Quid ſi plures fuerint compromiſſores ex vna parte, & vnus ex iis deceſſerit, an quoad cæteros quoque ſolutum erit compromiſſum? vtique niſi cauſæ fuerint ita diſtinctæ, vt tot poſſint videri compromiſſa quot ſunt perſonæ compromittentium, argum. *leg. quid tamen 21. ſupr. eod.* Et ita benè Accurſius.

6 *Nec vtimur Labeonis ſententia.* Ratio dubitandi. Cùm arbiter aliquem ex litigatoribus & compromiſſoribus pecuniam dare iuſſit, & is deceſſit antequam daret, verum eſt eum, neque dediſſe, neque dare amplius poſſe, argum. *leg. Gallus 29. §. videndum, in fin. de liber. & poſt.* Ergo bene Labeo exiſtimabat pœnam hoc caſu compromitti non contrarium videtur inferri poſſe, ex eo quod proximè dictum eſt, morte vnius ex litigatoribus ſolui compromiſſum. Id enim tunc obtinet cùm alteruter litigatorum deceſſit ante dictam ab arbitro ſententiam; non autem cùm ab arbitro dicta ſententia eſt, cui pareri potuerit, nec paritum fuerit.

Ratio decidendi. Etiam poſt ſententiam ab arbitro dictam non poteſt dici non paruiſſe is qui deceſſit eo tempore quo parere adhuc poterat, quique hodie parere poſſet ſi viueret. Id verò contingit non ſolùm ſi arbiter diem præſtituerit intra quem dari pecuniam velit, & intra eum diem alteruter litigatorum deceſſerit, ſed & ſi nullum tempus præſtitutum ſit; quia licèt hoc caſu non niſi modicum tempus tacitè arbitrio ineſſe intelligatur, tandiu tamen arbitrio ſatisfieri impunè poteſt, quandiu lis conteſtata non eſt ſuper pœnæ petitione, *leg. quid tamen 21. §. vlt. vbi dixi. ſuprà hoc tit.* Non igitur pœna hoc caſu committitur. Idque ex eo bene ſequitur, quod proximè dictum eſt morte vnius ex litigatoribus ſolui compromiſſum; quia ſi non ſolueretur, expectandum eſſet, an hæres defuncti litigatoris parere arbitrio vellet, an recuſaret: quo tamen non expectato dicimus abſolutè, ex quo inſtanti alter ex litigatoribus deceſſit, neque commiſſam eſſe pœnam, neque committi vnquam poſſe, nec ſi hæres eius recuſet parere. Neque enim vt pœna non committatur, neceſſe eſt hæredem paratum eſſe ſatisfacere, cum morte ſolutum fuerit compromiſſum. Ergo malè Labeo exiſtimauit pœnam hoc caſu committi, licèt hæres eius paratus ſit pecuniam offerre, vt ſcriptum eſt in fin. huius §. vbi tamen vereor ne tota illa adiectio, *licèt hæres eius paratus ſit offerre*, inepti ſit interpretis exiſtimantis, quod per hæc ipſa verba noſter ſenſit. Accurſ. ita demum liberari à pœna hæredem ſi paratus ſit ſatisfacere, quemadmodum defunctus ſatisfaciendo liberatus fuiſſet. Quaſi verò poſſit pœna compromiſſi tranſire in defuncti litigatoris hæredem non ſatisfacientem, in quem tamen non tranſit compromiſſum: imò verò quaſi exiſtimauerit. Labeo duriùs agendum eſſe cum hærede, cuius mentio nulla facta eſt in compromiſſo, quàm cùm ipſo litigatore qui compromiſit: quod ſanè nimis abſurdum eſt, & indignum Labeone. Quamuis enim obligatio compromiſſi tranſiret in hæredem, cuius nulla mentio facta fuiſſet quod Vlp. negat, non alio tamen iure cenſeri poſſet quàm quo fuiſſet penes compromiſſum, id eſt, vt ſi paratus eſſet ille ſatisfacere pœnam euitaret: & verò Labeonem Vlp. reprehendit, non in eo quod putabat nihil prodeſſe hæredi debere, tametſi paratus eſſet arbitrio parere; ſi tamen Labeo hoc vnquam putauit, ſed in eo quod putabat commiſſam eſſe pœnam à defuncto, qui poſt ſententiam latam deceſſiſſet, nec ſatisfeciſſet: nimirum ſi hæres nollet ipſe ſatisfacere. Cur non enim liceret hæredi conuento ex perſona defuncti, quod ipſi defuncto in ipſo mortis inſtanti licuiſſet? Præſertim cùm datio & ſolutio pecuniæ ſit ex earum rerum genere, quæ per alium impleri quandocunque, & in ipſo etiam mortis inſtanti poſſint, *leg. vlt. de condit. inſtit.* Reprehendit verò Labeonem Vlpian. non alia vtique ratione, quàm quia compromiſſum morte ſoluatur: quæ ratio inepta eſſet ſi compromiſſi pœna per litigatorem antequàm moreretur commiſſa eſſet. Quis enim dubitat pœnam à defuncto commiſſam in hæredem tranſire, nec poſſe ab hærede purgari moram, quæ à defuncto purgari ampliùs non potuiſſet? Denique parum elegans eſt illa locutio, *licèt hæres paratum ſit offerre.* Idem enim eſt, *paratum eſſe ſatisfacere & offerre.* Paratum verò eſſe offerre nihil eſt, niſi vel paratum eſſe, vel offerre ſcripſiſſet Labeo aut Vlpian. *licèt hæres paratus ſit ſoluere.* Credidit nimirum interpres noſter nihil eſſe in hac Labeonis ſententia quam Vlpian. reprehendit, quod reprehendi iure poſſit, ſi non hoc etiam adderetur, vt nihil hæredi prodeſſet tametſi pecuniam offerret, quam offerre defunctus debuiſſet. Cùm tamen Vlpian. reprehenſio iuſtiſſima ſit in eo quod putabat Labeo commiſſam eſſe à defuncto pœnam, quæ ſanè commiſſa dici nullomodo poteſt, ſoluto ſcilicet per mortem compromiſſo, quamuis hæres non modò nihil offerat, ſed etiam interpellatus ſatisfacere recuſet.

2 ¶ Stari autem debet ſententiæ arbitri, quam de re dixerit: ſiue æqua, ſiue iniqua ſit: & ſibi imputet, qui compromiſit. Nam & Diui Pij reſcripto adiicitur. *Vel minùs probabilem ſententiam æquo animo ferre debet.*

Ad §. 2. Stari autem.

Ratio dubitandi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar & ſimilitudinem iudiciorum, *leg. 1. ſuprà.* Atqui nemo cogitur ſtare ſententiæ iudicis, nec ſi æqua ſit multò minùs ſi iniqua, cùm in eam rem comparatus ſit vſus appellationis, per quam iniquitas ſit ſententiæ corrigatur, *leg. 1. & paſſ. de appellat. leg. præfect. 17. ſuprà de minor.* prætérquam in caſibus, in quibus appellatio prohibita eſt, *vt in leg. vlt. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ. leg. 1. §. 1. Cod. de aſſert. tollend.* Ergo multò minùs ferendum eſt vt cogatur litigatores qui compromiſerunt ſtare ſententiæ arbitri, quamuis ſit iniqua. Ne alioqui plus authoritatis habeat arbitri ſententia, quam iudicis: quod vtique dici non poteſt, ſiquidem ſententia iudicis parit exceptionem rei iudicatæ, quam arbitri ſententia parere non poſſet, *leg. 2. ſuprà.* Adde quòd compromiſſum fit in arbitrum tanquam in virum bonum, *leg. 3. §. tametſi ſuprà.* Ergo non ea mente vt iniqui aliquid ſtatuat, vel vt ſi ſtatuerit, litigatores obtemperare cogantur.

Ratio decidendi. Plus iuris hac parte habet arbiter quàm iudex, non quantum ad hoc vt quod præcepit omnimodo fiat, ſed vt ſi non fiat pœna eo nomine omnimodo committatur, quantumuis iniquum ſit quod arbiter fieri præcepit, non quia maior ſit poteſtas arbitrij quàm rei iudicatæ; ſed quia imputare ſibi debent qui compromiſerunt cur compromiſerint, non etiam illi qui ad iudicem ierunt cur ierint, cùm id fecerint ex neceſſitate. Æquo igitur animo ferrent, etiamſi apertè iniquam ſententiam arbiter tulerit, nec audiendi ſunt ſi velint appellare, *leg. 1. Cod. hoc tit.* vt neque ſi velint ſententiam arbitri redigi ad arbitrium boni viri, quæ appellationis quædam ſpecies eſſet, argum. *leg. non diſtinguemus 32. §. cùm quidam, infrà eod.* Nullus enim huic redactioni locus eſt, cùm ad arbitrum litigatores ierunt ex compromiſſo, *leg. ſocietatem 76. verſ. arbitriorum, infrà pro ſocio.* Interdum tamen aduerſus petitionem pœnæ datur doli exceptio, ſed nunquam propter iniquitatem ſententiæ, ſed propter perſonam arbitri, ſi per ſordes vel per euidentem gratiam, aut per inimicitias, denique dolo malo pronunciauerit, *dict. §. cùm quidam*, iunct. *leg. ita demum 31. infr. & leg. 3. Cod. eod. tit.* Nec obſtat quod pluriſque locis mentio ſit appellationis interpoſitæ à ſententia arbitri, vt in *leg. 1. Cod. de ſentent. ex peric. recit. leg. ab arbitro 9. & ſeq. ſuprà qui ſatiſd. cogant.* Non enim de arbitro compromiſſario leges illæ loquuntur, de quo nunc agimus, ſed de arbitro

bitro dato à iudice. Hic enim iudicis quodammodo partibus fungitur; ideoque ab eo, perinde atque ab ipso iudice appellari poteſt. Quid verò ſi arbiter compromiſſarius non modò iniquam ſententiam tulerit, ſed etiam contra leges expreſſim, aut ſacras conſtitutiones? Negat Accurſ. valere poſſe ſententiam: Exemplo eius quod de ſententia per iudicem lata ſcriptum eſt, in *leg. ſi expreſſim 19. ſupr. de appell.* Ego contra ſentio. Quid enim refert, an contra leges expreſſim pronunciauerit arbiter necne, cùm nullam autoritatem habeat ſententia arbitri; niſi quantùm ad hoc vt pœna committatur, quemadmodum iam diximus, ex *dict. leg. 2. ſuprà.* An non ſemper ea ratio quantum ad pœnam locum habet, quæ hic ponitur à Iureconſulto, quod imputare ſibi debeant, qui in talem arbitrum compromiſerunt? Ergo pœna omnimodo committetur. Nam quamuis omnis lata ſit ſententia expreſſim contra leges, ſi tamen ei parere litigatores vellent, exinde inciperet valere iure conuentionis, *l. 2. C. commun. vtriuſque iudic.* Nec enim ſicut prohibentur iudices contra leges iudicare, ita prohibentur litigatores de iure ſuo quod ex legibus iam quæſitum habent, quicquam remittere, *l. pen. C. de pact. l. pactum 46. in fin. ſupr. eo. tit. leg. ſi quando 35. §. illud. C. de inof. teſt.* Non diſſimilis error eiuſdem Accurſij eſt in eo quod requirit vt ſententia ſolemniter prolata ſit, ex *leg. prolatam 4. C. de ſent. & interloc. om. iud.* Nulla enim ſolemnitas exigitur in ſententia arbitri, & ad ſolas ſententias iudiciales ea lex pertinet. Arbitratorum diuerſa ab arbitris ratio eſt, *d. l. ſociet. 76. pro ſocio*, vbi dicam.

3 ¶ Si plures arbitri fuerint, & diuerſas ſententias dixerint, licebit ſententiæ eorum non ſtari: ſed ſi maior pars conſentiat, ei ſtabitur, alioquin pœna committetur. Inde quæritur apud Iulianum [a], ſi ex tribus arbitris vnus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent: cui ſententiæ ſtetur & Iulianus ſcribit, quinque deberi præſtari quia in hanc ſummam omnes conſenſerunt.

Ad §. 3. Si plures.

Ratio dubitandi. Non eſt neceſſe arbitros omnes conſentire, vt ſententia ex compromiſſo dicta valeat, ſed quamuis diuerſæ ſententiæ ſint, ea tamen præualet quæ maiore numero comprobatur, *l. item ſi 13. §. vlt. & ſeq. ſupr.* Quòd ſi ſint pares, quidni etiam præualeat illa quę ſit fauorabilior? putà pro libertate, aut pro teſtamento. Nam & in ſententia iudiciali idem obtinet, ſi plures ſint iudices, quorum diuerſæ pareſque ſint ſententiæ, *l. inter pares 38. de re iud. l. ſi pars 10. infr. de inof. teſt.*

Ratio decidendi. Intelligendus eſt hic §. de eo caſu quo & arbitrorum & diuerſarum ſententiarum par ſit numerus. Nam ſi impar eſſet, maior pars vinceret quæ in eandem ſententiam conſentiret, vt ſequitur in hoc texto. Cùm verò par numerus eſt, neutra poteſt vincere, nec ſi vna ſit pro libertate: quia nullā authoritatem habet ſententia arbitri, niſi quantum ad pœnam; cuius maior vno caſu quàm alio fauor eſſe non poteſt. Itaque in numero pari diuerſarum ſententiarum, cùm non poſſit dici vtra debeat vincere, quia neutra maior, neutra fauorabilior eſt, illud ſtatim conſequens ſit, vt neutra valeat, quod in iudicium diuerſis ſententiis diuerſum eſt, quia cum id quod à iudice pronunciatur, vim & authoritatem habeat rei iudicatæ, intereſt reipublicæ, vt aliqua ſit res iudicata quæ liti finem imponat, quem non ſimiliter imponeret ſententia arbitri niſi metu pœnæ, *l. 1. C. hoc tit.* Ideóque dicuntur compromiſſa non lites dirimere, ſed ad lites dirimendas pertinere, *l. 1. ſuprà*, vbi dixi, & ad *d. l. 13. §. vlt. & ſeq.*

a *Inde quæritur apud Iulianum.* Ratio dubitandi. Si ex tribus arbitris vnus in quindecim, alius in decem, tertius in quinque condemnet, verum eſt diuerſas eſſe ſententias, & tot ſententias eſſe quot ſunt arbitri, cum ſinguli aliter, atque aliter pronunciauerint. Ergo nulli eorum ſententiæ ſtandum erit, ſecundum id quod proximè dictum eſt.

Ratio decidendi. Omnes arbitri hoc caſu conſentiunt in vnam, eandemque ſummam, id eſt in quinque quia maiori ſummæ minor ineſt, *d. l. inter pares 38. in fi. l. 3. §. ſi quis plus de adi. leg. l. 1. §. ſi ſtipulati. de verb. obl.* Ea igitur ſententia præualere debet quæ condemnat in quinque. Nec aliud erit ſi duo condemnent in decem, tertius in quinque: nam etſi verum eſt hoc caſu duos conſentire in decem, illud tamen æquè verum eſt tres conſentire in quinque. Alioqui etiam in ſpecie huius §. dicendum ſimiliter eſſet præualere ſententia, quæ condemnat in decem, cùm is qui condemnat in quindecim, condemnet etiam in decem: vt Accurſ. bene diſputat contra veterem neſcio quem gloſſatorem. Idem Accurſ. bene notat aliud eſſe in teſtibus, de alicuius rei valore teſtificantibus, quia non inſpicimus, in quo teſtes omnes conſenſerint vt in arbitris, ſed quid maior pars dixerit, *leg. 3. de teſtibus*, & plus creditur duobus teſtibus affirmantibus quàm mille negantibus. Ergo ſi duo dixerint fundum eſſe ducentorum, alius verò dixerit dignum eſſe centum dumtaxat præualebunt illi, & quia plures, & quia affirmantes vſque ad ducenta. Tertius verò in eo quod excedit in centum, negat potiùs quàm affirmat, ſi Accurſio credimus. Quid ergo ſi duo vel tres centum dumtaxat aureis fundum æſtiment? An minor eorum quaſi negantium ratio habebitur? Haud quanquam, ſed maior numerus vincet. Nec enim negant ſed affirmant qui dicunt rem eſſe dignam centum. Itaque non eſt bona ratio, quam hîc affert Accurſ. de teſtibus negantibus illud planè verum eſt quod addit, valere ſententiam arbitri aut iudicis eſſet, qui probata ſit negatiuè putà in hæc verba. *Pronuncio Titium non debere, leg. quid tamen 21. §. ſi arbiter. ſuprà hoc tit.* quod non ita eſſet in teſtibus, quia negationis probatio per rerum naturam impoſſibilis eſt niſi certo loco & tempore coarctata ſit, *leg. actor 23. Cod. de probat. leg. aduerſario 10. Cod. de non num. pecun.* Ratio igitur diuerſitatis inter teſtes & arbitros non ex affirmationis aut negationis diuerſitate petenda eſt, ſed ex eo tantum, quod arbitria feruntur & ſententiæ vt ſciatur, quid arbitri & iudices ſenſerint. Proinde ſi in vnam aliquam ſummam conſentiant omnes, id vnum ſequendum eſt, ſi diſſentiant, maior pars præualet. Teſtes verò audiuntur, vt ſciatur quid ſit in rei veritate nemo autem dixerit, eò minùs verum eſſe teſtimonium duorum, qui dixerint fundum eſſe ducentorum, quod alius dixerit centum aureis dumtaxat dignum eſſe, vt contrà ſi tres aut quatuor dicerent, dignum eſſe fundum centum aureis, non eò minùs id verum eſſet quod alius eum fundum æſtimaret ducentis. Eadem ratio facit vt ſi vnus teſtis dicat ſe vidiſſe fundum Cornelianum à Titio poſſideri per 10. annos alius per viginti, alius per triginta, credendum ſit poſſeſſum fuiſſe per viginti, quia in eo tempore duo poſteriores ſunt conteſtes, licèt primus diſſentiat. Longéque minorem dubitationem hic caſus habet quàm prior, quia nihil vetat vt quod duo poſteriores teſtes viderunt, primus non viderit: quanquam & in ſuperiore ſpecie dici perinde poteſt, iuſtiorem eſſe æſtimationem, quæ pluribus teſtibus iuſtior viſa ſit quàm quæ vni quoniam & poſſunt illi meliores eſſe æſtimatores, quam vnus hic qui ab iis diſſentit, contra quem vel ob id maximè præſumptio magna eſt, quod maiore aliorum numero ſuperetur, nimirum ſi cætera ſint paria, id eſt, ſi ſint omnes alioquin paris fidei & authoritatis, *d. l. 3. §. 2. de teſtibus.*

4 ¶ Si

4 ¶ Si quis litigatorum defuerit: quia per eum factum eſt, quò minùs arbitretur, pœna committetur. Proinde ſententia quidem dicta coram litigatoribus a non valebit: niſi in compromiſſis hoc ſpecialiter expreſſum ſit, vt vel vno vel vtroque abſente, ſententia promatur; pœnam autem is qui defuit, committit: quia per eum factum eſt quò minùs arbitretur.

Ad §. 4. Si quis litigatorum.

Ratio dubitandi. Is demum tenetur ad pœnam compromiſſi qui arbitri ſententiæ non paret, *l. 1. C. h. t.* Atqui cùm quis litigatorum defuit, ideóque nihil pronunciauit arbiter, nulla eſt ſententia cui pareri poſſit vel non poſſit, ergo neque hoc caſu pœna committi poteſt.

Ratio decidendi. Pœna ex compromiſſo committitur non tantùm ſi quis arbitri ſententiæ parere nolit, ſed etiam ſi recuſet operam præbere in iis quæ neceſſaria ſunt, vt arbiter pronunciare & arbitrari poſſit, *leg. non ex omnibus* 38. *infrà hoc tit.* Recuſat autem præbere operam is qui non vult adeſſe, vt de cauſa cognoſcatur per arbitrum & pronuncietur. Pœna ergo contra eum committitur, quia per eum factum eſt quominùs arbiter arbitretur, *l. 2. C. hoc tit.*

a *Non coram litigatoribus.* Ratio dubitandi. Etiam in iudiciis abſentia quæ contumaciam adnexam habet pro præſentia eſt, auth. *qua in prouincia. Cod. vbi de crim. agi oportet.* Ergo idem in arbitriis eſſe debet, quippe quæ redacta ſint ad inſtar & ſimilitudinem iudiciorum, *leg.* 1. *ſuprà hoc tit.* Proinde ſi arbiter poſtquam iuſſit adeſſe litigatores, abſente aliquo eorum pronunciauerit, perinde valere ſententia debebit, atque valeret ſi à iudice ex eremodicio proferretur.

Ratio decidendi. Non quælibet abſentia contumacia eſt, ſed ea demum quæ peracto edictorum ordine & poſt edictum peremptorium perſeuerat, *l. ad peremptorium* 68. *cum ſeq. infr. de iud.* Nullus autem edictorum ordo eſſe poteſt apud arbitrum, qui ſcilicet edicendi, & comminandi poteſtatem publicam nullam habet, quam habet iudex. Igitur ſi non coram litigatoribus ſententia ab arbitro dicta ſit, non valebit, quia neque ex eremodicio dicta videri poteſt. Adde exceptionem quàm hîc addit Vlp. niſi in compromiſſo hoc ſpecialiter expreſſum ſit, vt vel vno vel vtroque abſente ſententia proferatur, vt quod à iure publico non habet arbiter non habere poteſt, habeat ex voluntate & conſenſu litigatorum. Aliam rationem affert Accurſ. nec inſubtilem, quòd compromiſſum ſoluatur, ſtatim atque commiſſa eſt pœna, quæ vbi ſemel commiſſa eſt, iterum committi non poteſt, *l. non diſtinguemus* 32. *§. ſumma rei eſt infrà.* Quòd cùm ita ſit mirari quis non immeritò poſſit cum eodem Accurſio, quam rationem habeat quod ſubiicitur de pœna, poſt propoſitum per exceptionem caſum illum, quo in compromiſſum actum ſit ſpecialiter, vt vel vno vel vtroque abſente ſententia proferatur: nam ſi verum eſt quod modo diximus, ſolui compromiſſum ſtatim atque commiſſa eſt pœna, qui fieri poteſt, vt & committatur pœna propter contumaciam, & nihilominùs ex compromiſſo pronuncietur? Reſpondet Accurſ. accipiendum eſſe finem huius §. de eo caſu quo pœna ſic promiſſa ſit: vt in ſingulas cauſas committatur, quòd cùm euenit in ſingulas cauſas committitur pœna, quoniam ita fuerunt, & faciunt verba ſtipulationis. Mox variat, & ait ponendum eſſe quòd actum fuerit, vt non tantùm abſente, ſed etiam non citata parte ſententiam ferre arbiter poſſet quo caſu nullam vtique pœnam debere poteſt quaſi contumax is, qui ne quidem citatus fuit. Tertiò reſpondet, quoties in compromiſſo expreſſim actum eſt, vt altero vel etiam vtroque litigatore abſente pronuncietur, id quoque tacitè actum videri, vt propter contumaciam ſi fortè vnus ex litigatoribus etiam citatus non venerit, pœna nihilò magis committatur. Quæ omnes reſponſiones prorſus commentitiæ ſunt, neque ex Vlpiani verbis elici vllomodo poſſunt. Debuit dicere quod nos reſpondemus exceptionem illam, *niſi in compromiſſo hoc ſpecialiter expreſſum ſit, vt vel vno vel vtroq; abſente ſententia promatur.* parentheſi concludenda eſſe, vt quod ſequitur, *pœnam autem* non ad hanc exceptionem, ſed ad initium huius §. referatur quod apparet euidẽter ex oppoſitione quę eſt in duabus illis dictionibus, *quidem autem*, quarum prior poſita eſt in priore parte §. poſterior verò in poſteriore. Plus dico exceptionẽ illam totam Triboniani eſſe non Vlp. Sunt enim Triboniano familiariſſimæ, & frequentiſſimæ huiuſmodi exceptiones ita conceptæ, *niſi ſpecialiter expreſſum ſit.* Adeò ſibi placet ille, & in formandis exceptionibus, & in ſpeciali expreſſione requirenda, vbi vel expreſſio nulla neceſſaria eſt, vel rei natura repugnat ne fieri eiuſmodi expreſſio poſſit: quod poſtremum in propoſita ſpecie contingit. Nec enim defendi meo iudicio poteſt, valere huiuſmodi conuentionem in compromiſſo additam, vt poſſit arbiter abſente altero litigatore pronunciare: vt verò vtroque abſente multò minùs. Cui enim pronunciabit ſi nemo adeſt qui audiat pronunciationem? Sed & ſi alter abſit & contra abſentem pronuncietur; quomodo pœna committi poterit per eum qui neſciat quid fuerit pronunciatum? Nam nec coram litigatoribus corpore præſentibus pronunciatum fuiſſe ſufficeret ſi arbitri mentem non percepiſſent, putà ſi coram demente vel furioſo vel pupillo, vt ſubiicitur in §. *ſeq.* Denique iuris ratio pati nullomodo poteſt, vt abſens quiſquam condemnetur. Præſentem enim & auditum eſſe oportet eum, quem condemnare iudex velit, aut ſaltem pro præſente & audito haberi, *lege in cauſa* 3. *§. cauſa autem cognita, & leg. etiam* 19. *§. vltim. ſuprà de minor.* Vt verò is qui abſens & inauditus eſt re vera eſt pro præſente auditóque habeatur, ſola contumacia facere poteſt, *dict. authen.* quia in prouincia, quæ potiò contumacia nulla eſſe poteſt eius, qui legitimis edictis nec euocatus ſit, nec euocari potuerit per arbitrum. Prodit etiam Triboniani manum, vt mihi quidem videtur verbum illud *promatur.* Non enim memini alio vllo iuris loco, ſic quenquam ex Iurisconſultis loqui, vt dicat *promi ſententiam*, pro eo quod ſolent illi paſſim dicere, *proferri aut pronunciari.* Planè ſi poneres valere conuentionem in compromiſſo factam vt poſſet arbiter altero ex litigatoribus abſente pronunciare, non eſſet dubitandum quin pœna per abſentem nullomodo committeretur propter abſentiam: quia ceſſaret eo caſu ratio qua in hoc §. mouetur Vlpianus: nempe quod per litigatorem iſtum abſentem factum ſit ne arbitrari quicquam arbiter potuerit. Quidni enim arbitrari poſſet ac pronunciare ſecundùm legem in compromiſſo dictam? At neque contumacia vlla eſſet neceſſaria, cùm pronunciationem abſentia non impediret. Imò neque litigatores neceſſe eſſet operam vllam arbitro in ea re præbere, quàm vt ab iis præberi neceſſe ſit, hoc vnum dumtaxat facit, quod alioquin eueniret vt nihil pronunciare arbiter poſſet. Cùm igitur non ex omnibus cauſis pœna ex compromiſſo committatur, ſed iis tantùm quæ ad ſolutionem pecuniæ, vel ad operam præbendam pertinent, *leg. non ex omnibus* 39. *infrà hoc tit.* conſequens eſſet in propoſita ſpecie, vt pœna committi non poſſet aduerſus litigatorem, qui defuiſſet, ob id quod defuiſſet, nec operam ſuã in veniendo præbere arbitro voluiſſet, at eo demum caſu quo prolatæ arbitri ſententiæ obtemperare noluiſſet: atque ita fieret ſanè vt non niſi ſemel pœna committeretur. Extra locum hunc explicandum arbitror, qui difficultatem haberet nullam penitus ſi à Triboniano corruptus non eſſet.

5 ¶ Coram autem dicere ſententiam videtur, qui ſapientibus dicit: cæterùm coram furioſo, vel demente non videtur dici. Item coram pupillo non videri ſententiam dictam, niſi tutor præſens fuit [a], & ita de his omnibus Iulianus libro quarto Digeſtorum ſcribit.

¶ Et, ſi quis præſens [b], arbitrum ſententiam dicere prohibuit, pœna committetur.

Ad §. 5. Coràm autem.

Ratio dobitandi. Coram dicere ex latini ſermools ratione nihil aliud eſt quam præſentem præſenti dicere, ergo ſufficit vt præſentibus litigatoribus ſententia dicatur, nec diſtinguendum eſt an ſapientes ſint, an inſipientes ij quibus ſententia dicitur.

Ratio decidendi. Coram aliquo facere allod ioſſus, non videtur præſente eo feciſſe niſi is intelliga. Itaque ſi is qui præſens eſt aut furioſus ſit, aut demens, aut infans, aut etiam dormiat, non videtur coram eo feciſſe, *leg. coram* 209. *de verb. ſignific.* Parum enim eſt corpore quem adeſſe ſi mente alienus ſit, *leg. nihil intereſt.* 26. *de captiuit. & poſtlim.* Itaque iſti abſentium loco habentur, *leg. Fulcinius* 7. *§. adeò autem, & §. planè interdum, ex quibus cauſ. in poſſ. eat. leg. vbi non voce* 124. *§. furioſus, de regul. iur.* Requiritur ergo vt ſciant non etiam vt velint, quod inuitis fieri poteſt, *dict. leg. coram in fin.* Nec eſt quod quis replicet ea quæ inuitis quibuſdam fieri poſſunt, multò magis fieri poſſe iis ignorantibus, *leg. qui poteſt* 26. *de reg. iur.* Id enim neque in iudiciis neque in arbitriis procedit: non in iudiciis quia redduntur quidem in inuitum, ſed nunquam in ignorantem, *leg. inter ſtipulantem* 83. *§. 1. de verb. oblig.* Non in arbitriis, quia licèt ſumant originem à voluntate litigatorum, pronunciatio tamen arbitri fit etiam inuitis, non vt cogantur parere iudicato ſi nolint, ſed vt ſi non pareant cogantur pœnam perſoluere, *leg. 1. Cod. hoc tit.* Scire igitur litigatores neceſſe eſt, vt ſciri poſſit an pœna committatur. Neque enim committitur niſi maturo iudicio neget alteruter litigatorum velle ſe obtemperare, adeò vt ſi inconſulto calore quod plerumque fit, declarauerit ſuam voluntatem, vel appellando, poſtquàm receptum hodie eſt, vt etiam ab arbitris compromiſſariis appellari poſſit; vel petendo reductionem, vt aiunt ad arbitrium boni viri, locus tamen pœnitentiæ relinquatur ad euitandam pœnam, quouſque ex perſeuerantia appareat certo ratóque animi iudicio factum id fuiſſe, vt in *leg. quicquid* 48. *de reg. iur.* Atque ita ab ampliſſima & celeberrima Curia Diuionenſi ſæpiùs iudicatum fuiſſe audio: igitur vt pœna committi poſſit, non tantùm præſentes litigatores eſſe oportet, ſed etiam ſcientes & ſapientes, id eſt, qui quod agitur intelligant: at non etiam vt alicuius Iureconſulti copiam habeant, vt Accurſius noſter adnotat, probátque non malè, argum. *leg. vel amente.* 4. *C. de poſtul.* Proinde ſi dementis vel furioſi nomine compromiſſum factum ſit, ſcilicet à curatore (quis enim alius pro huiuſmodi perſonis compromitteret?) non alij quàm curatori ſententiam dicere arbiter debebit, pœnáque committatur ſi curator nolit obtemperare.

a *Niſi tutor præſens fuerit.* Ratio dubitandi. Etiam cùm pupillus ſine tutoris authoritate compromiſit, valet tamen compromiſſum, pœnáque committitur à fideiuſſoribus ſi qui fortè dati ſint à pupillo, *leg. ſi pupillus* 35. *infrà hoc tit.* Ergo multò minùs neceſſaria eſt tutoris præſentia, vt ex compromiſſo ſententia contra pupillum feratur.

Ratio decidendi. Neceſſaria eſt authoritas tutoris, vt valeat compromiſſum à pupillo factum, quòd ad hoc vt non tantùm à fideiuſſoribus pupilli, ſed etiam à pupillo ipſo pœna committi poſſit, ſed neceſſaria etiam eſt, vt ſententia pronunciari pupillo poſſit, tum quoque cùm interueniente tutoris authoritate pupillus compromiſit. Alioqui pœna non committetur, quamuis ex parte pupilli non pareatur ſententiæ, quia vt committatur, non ſufficit valuiſſe compromiſſum, niſi etiam pronunciatio ſequatur, & imputari non poſſit condemnato cur paruerit: quod imputari non poteſt pupillo cui arbiter pronunciauit ſententiam abſente tutore. Nihil enim eſt quod pupillus facere poſſit ſine tutore: at cum tutore omnia facere poteſt, in quo differt à demente & furioſo qui nihil facere poſſunt, ne quidem ex curatoris authoritate, ſed omnia neceſſe eſt per curatorem ipſum expediri, *l. in negotiis* 5. *de reg. iur.* Ideóque aliter Vlp. in hoc §. loquitur de furioſo & demente, aliter verò de pupillo: quid verò in adoleſcente? Idémne quod in pupillo? Ita ſentit Accurſ. eo omnium caſu, quo adoleſcens habeat curatorem, quòd huius adoleſcentis eadem ratio eſſe ſoleat quæ prodigi vel pupilli, ex *l. 3. C. de in integr. reſt. minor.* Hoc verò mihi per abſurdum videtur. Tunc enim admitti poteſt ea comparatio, cùm de alienatione aut ſaltem adminiſtratione bonorum minoris agitur, vt in *dict. l. 3.* non etiam cum de cæteris cauſis, quæ ad ſolam minoris perſonam obligandam pertinent, vt conſtat ex *l. puberes* 101. *infr. de verb. oblig.* & ſæpiùs iam à nobis traditum eſt. Nulla porrò alienatio vel adminiſtratio bonorum in hoc verſatur, ſi pronunciationem ſententiæ arbitri minor audiat, cum eius præſentiam exigamus ad hoc tantùm vt ſciat quid arbiter dixerit, non ad hoc etiam vt ſciamus an velit obtemperare, *d. l. coram* 209. *de verb. ſign.* cùm alterutrum ei omnino neceſſe ſit facere vt vel obtemperet, vel pœnam præſtet. Ponimus enim compromiſſum ritè rectéque à minore factum fuiſſe, id eſt, ex authoritate curatoris, quomodo & de eo pupillo qui tutore authore compromiſerit, accipi hic §. debet, cùm ſi tutor non interueniſſet non cogeretur arbiter pronũciare, quia nec pœna committi poſſet, *d. l. ſi pupill.* Ideóque fruſtrà quæreretur, an pronunciare arbiter deberet coram tutore an ſine tutore. Nec enim coram litigatoribus pronunciare cogitur, qui ne quidem vt pronunciet, cogi poteſt. Alioquin ſi poneres compromiſſum factum à minore ſine curatoris authoritate, obtinerent ea vt ſuprà quæ diximus, ad *l. 3. ſupr. hoc tit.* Aliud enim eſt quærere, an minor poſſit compromittere ſine curatore quem habet, aliud verò an ſi compromiſerit ex curatoris authoritate poſſit audire pronunciationem ſine curatore: quod vnũ eſt de quo nunc tractamus. Quis verò credat adoleſcentem ſine curatore habendum abſentis loco? aut adeò carere iudicio, vt quod agitur non intelligat? Cur ergo de pupillo tractat hîc Vlp. ſi potanit idem dicendum etiam eſſe de quolibet minore? Planè ſi minor, qui pronunciationem audiit non paruerit, ob idque pœna aduerſus eum commiſſa ſit, cùm debuerit potiùs obtemperare, reſtitui poterit in integrum, vt etiam poſt commiſſam pœnam audiri debeat, ſi arbitrio ſatisfacere ſit paratus. Sic dicimus aliam eſſe quæſtionem, an pupillus poſſit obligari ſine tutoris authoritate, at ſi authoritas tutoris interueniat rectè obligatur, & ciuiliter, nec eo magis tamen ſoluere poteſt, ſine eadem authoritate tutoris, quia perſona faceret locum repetitioni, *l. interdum* 29. *de condict. indeb.* Et ſi verò minor curatorem habens pupillo æquiparari poteſt, in hoc quoque; vt ſine curatore ſuo non poſſit ſoluere, ne id quidem quod eodem curatore autore promiſerit, quoniam ſolutio debiti non tantùm ad cauſam adminiſtrationis pertinet, ſed etiam alienatio vera eſt, cùm neceſſe ſit nummorum dominium à ſoluente

nente in accipientem transferri ; longè tamen minùs eſt audire pronunciationem ſententiæ quàm ſoluere, quia is qui audit pronunciationem nec alienat quicquam, nec ſe obligat ; denique nihil facit, ſed tantùm patitur ſibi pronunciari. Qua ratione defendi probabiliùs poſſet, etiam pupillo ſine tutoris authoritate permittendum, illud eſſe vt arbitri pronunciationem audire poſſit, ſicut & illud benignè receptum eſt, vt pupillo etiam ſine tutoris authoritate poſſit denunciari ex duplæ ſtipulatione ſi tutor non appareat, id eſt, ſi vel nullus tutor exiſtat, vel neſciatur quis tutor ſit, *leg. ſi dictum 56. §. vlt. infrà de euict.* Quàm vt exemplo pupilli hoc ipſum minori denegetur, quamuis curatorem habenti. Nam quod pupillo tutorem nullum habenti fieri poteſt, cur non multò magis fieri poterit minori etiamſi habeat curatorem ? Non autem dubito quin poſſet etiam pupillo ſine tutoris authoritate pronunciari arbitri ſententia, ſi eo tempore tutorem nullum haberet, fortè defunctum poſt compromiſſum ex eius authoritate factum, & ante ſententiam, argum. *dict. §. vlt.* Nam ſi tutor aliquis ſit eo tempore, nulla ratio eſt cur non adhiberi debeat eius præſentia & authoritas, quæ perinde neceſſaria eſſet in ſpecie, *dict. §. vlt.* Iudicio enim caret pupillus, quo certè minor non æquè caret, nec ob id magis quod habeat curatorem. Curator enim ſupplet conſilium potiùs quàm iudicium & animi ſenſum minoris. Pupillus iudicium nullum habet. Minor habet quidem, ſed non ſatis firmum, quale eſſe debet ad conſilium bonum capiendum. Itaque indiget pupillus vt aliquem habeat, qui iudicium eſſe ſupplere poſſit, minor verò vt aliquem habeat, cuius conſilio regatur. Plus eſt conſilium quàm iudicium. Conſilium ſine iudicio eſſe non poteſt. Iudicium verò infirmum cuiuſmodi eſt minoris, ſine conſilio eſſe poteſt.

b *Et ſi qua præſens.* Ratio dubitandi. Sententiam ab arbitro præſentibus litigatoribus dictam eſſe oportet, vt pœna committatur, quemadmodum diximus in præcedentibus. Atqui cùm quis præſens arbitrum ſententiam dicere prohibuit, alterum ex his duobus quæ coniunctim requiruntur deeſt. Nam litigator quidem vterque præſens eſt, ſed nulla eſt ſententia cui poſſit pareri vel non pareri. Ergo pœna committi non magis poteſt, quàm ſi ſententia ab arbitro dicta fuiſſet, alteruter verò litigatorum defuiſſet.

Ratio decidendi. Non tantùm ex ea cauſa committitur, pœna, quod arbitri ſententiæ non pareatur, ſed ex illa etiam quod nolit litigator operam ſuam præſtare, vt ſententia dici poſſit, *leg. non ex omnibus 19. infrà hoc tit.* Putà ſi litigator nolit adeſſe vt coram eo ſententia pronuncietur. Ergo idem eſt etiamſi adeſſe quidem voluerit, ſed præſens arbitrum ſententiam dicere prohibuerit. Quid enim refert an prohibuerit per ſolam abſentiam ſuam, an per contradictionem ? Nam & odioſior contumacia eius eſt qui præſens prohibet, quàm ſi abeſſet. Planè ſi eo inuito & prohibente, nihilominùs arbiter ferat ſententiam impunita erit prohibitio, tanquam quæ fuerit ſine effectu, argum. *leg. 1. in fin. ſuprà*, quod quiſque iuris dummodò arbitri ſententiæ pareatur : quòd ſi non fiat, committetur pœna non propter prohibitionem, ſed quia litigator arbitri ſententiæ non paruerit, vt rectè Accurſius noſter tractat.

7 ¶ Sed ſi pœna non fuiſset adiecta compromiſso, ſed ſimpliciter ſententiæ ſtari quis promiſerit: incerti aduerſus eum foret actio.

Ad §. vlt. Sed ſi pœna.

Ratio dubitandi. Nullam authoritatem habet ſententia arbitri, neque ad actionem, neque ad exceptionem perducendam, niſi vt ei parendum ſit metu pœnæ, *leg. 1. Cod. hoc tit.* Ergo ſi pœna nulla in compromiſſo adiecta ſit, impunè arbitro non paretur. Nam & cùm pœna ab initio promiſſa fuit, ſi tamen poſtea deſinat exigi poſſe compromiſſum ſoluitur, nec ſententiam dicere arbiter cogitur, *leg. non diſtinguemus 32. §. 1. & ſeq. infr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Etiam cùm pœna in compromiſſo nulla adiecta eſt, ſed ſimpliciter ſententiæ ſtari quis promiſit, valet compromiſſum : quia ex eo agi poteſt, non quidem ad pœnam quæ nulla promiſſa fuit, ſed ad id quod intereſt, vt euenit in cæteris omnibus faciendi obligationibus qualis iſta eſt, *leg. ſi quis ab illo 13. §. de re iudic. leg. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* Ideòque datur ex huiuſmodi compromiſſo incerti actio, i. ex ſtipulatu ad id quod intereſt, non vt malè habet prima Accurſij interpretatio condictione certi. *Tit. de verb. oblig. Inſt. in prin. iunct. leg. ſi quis certum 14. infr. de reb. cred.* quia incertum ſemper eſt, an & quatenus interſit, quouſque probetur, *§. vlt. eo. tit. Inſt. de verb. oblig.* Sed quamuis valeat huiuſmodi compromiſſum, quòd ad hoc vt ex eo poſſit agi ex ſtipulatu ad id quod intereſt contra eum qui arbitri ſententiæ parêre recuſat, non tamen puto poſſe cogi arbitrum per prætorem hoc caſu vt ſententiã ferat, quod & iam olim Petrus interpres ſenſit, ex *d. leg. non diſtinguemus. §. 1.* Fieri enim facilè poſſet vt inane ac illuſorium eſſet arbitrium, tum quoque cum alterius litigatoris qui vinceret, tenera intereſſet, defectu ſcilicet & inopia probationum ; *leg. vltim. de prætor. ſtipulat.* quia quatenus cuiuſque interſit, in facto non in iure conſiſtit, *leg. quatenus 24. de reg. iur.* Certum autem eſſe debet, fore vt condemnetur & puniatur is qui arbitrio parêre nolet, priuſquàm poſſit cogi arbiter vt pronunciet. Sufficit enim vt pendeat ; an ex eo compromiſſo aliquid exigi poſſit, *dict. leg. non diſtinguemus. §. ſummares eſt.* Pendet autem ſemper, quoties pœna nulla promiſſa eſt, quia in incerto manet an futurum ſit vt probari poſſit quicquam intereſſe ſtipulatoris, *dict. leg. vlt. de præt. ſtipulat.* Nihil namque intereſt, an nullatenus interſit ; an verò nullomodo probari poſſit aliquatenus intereſſe, cùm veriſſimum ſit quòd vulgò iactari ſolet, non entium & non apparentium idem eſſe iudicium, *leg. duo ſunt Titij 30. de teſtament. tutel. §. ſi aduerſus I. ſtit. de nupt.* Proinde neceſſe eſſet probationem aliquam præcedere, quòd aliquatenus intereſſet victoris, priuſquàm prætor ſe poſſet interponere, vt cogeret arbitrum pronunciare. Atqui id ipſum ſciri non poteſt priuſquam arbiter pronunciauerit, quia nec priùs ſciri poteſt, quis victor futurus ſit : eſſéque præpoſterum de eo quod victoris intereſſe poſſet quærere ante victoriam. Igitur pœnam promiſſam eſſe oportet, vt ex hoc edicto is qui arbitrium recepit ſententiam ferre cogi poſſit. Nam cum pœna aliqua promiſſa eſt, non quærimus, an aut quatenus interſit ſtipulatoris, *lege ſtipulatio iſta 38. §. alteri. de verb. oblig.* Neque pugnat quod ſubiicitur in *leg. ſequent.* nihil intereſſe, an certa, an incerta ſumma comprehenſa ſit in compromiſſo, vt putà, *quanti ea res erit.* Sic enim id accipi debet, vt nihil interſit quantum ad hoc vt compromiſſum valeat, ex eóque agi poſſit, at non etiam vt arbiter ſententiam dicere cogatur. Alia enim quæſtio illa eſt, de qua non agitur in hoc §. nec in *leg. ſequent.* Sed & obſeruandum eſt, quod ex Paulò ſcribitur, in *leg. ſequent.* non de eo quod intereſt intelligi debere, vt vult Accurſ. ſed de iuſta rei æſtimatione, cuius ſumma quidem incerta eſt, ſed quæ tamen promitti poteſt vice pœnæ, dicam ad *dict. leg. 32. §. 1. infrà.*

28. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

NOn autem intereſt, certa, an incerta ſumma compromiſſa ſit: vt putà *quanti ea res erit.*

Ad leg. Non autem intereſt 28.

Ratio dubitandi. Cùm certa ſumma compromiſſa eſt petitur per condictionem certi; cùm verò incerta petitur actione ex ſtipulatu, *lege ſi quis certam* 24. *infrà de reb. credit.* Rurſus cum certa ſumma eſt, cogi poteſt arbiter vt pronunciet, non etiam cùm incerta ſecundùm id quod proximè diximus. Ergo multum intereſt an certa ſumma compromiſſa ſit, an incerta.

Ratio decidendi. Intereſt ſanè quantùm ad hæc duo quæ modò diximus, ſed non intereſt quantum ad id de quo agitur, in §. *vlt. l. præcedentis*, id eſt, vt compromiſſum valeat, ex cóque agi poſſint contra eum qui arbitrio parêre nolit, vt explicauimus, ad *dict. §. vlt.* Iunge quæ ſcribam, ad *leg. non diſtinguemus* 32. §. 1. *infrà.*

29. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ADuerſus ſententiam arbitri fit, ſi petatur ab eo, à quo arbiter peti vetuit. Quid ergo, ſi à fideiuſſore [a] eius petatur, an pœna committatur? & puto committi; & ita Sabinus ſcribit: nam τῇ δυνάμει, *id eſt, poteſtate:* à reo petit. Sed ſi cum fideiuſſore compromiſſi [b], & à reo petatur: niſi interſit fideiuſſoris: non committetur.

Ad leg. Aduerſus 29.

Ratio dubitandi. Etiam cùm petitur ab hærede illius à quo peti arbiter vetuit, pœna committitur, quamuis arbiter nihil dixerit de hærede, quoniam eadem creditur perſona eſſe hæredis quæ fuit defuncti. *Non.* 48. *de iureiur. à morient. præſt.* §. 1. Ergo aduerſus ſententiam arbitri fit etiamſi ab alio petatur, quàm ab eo à quo arbiter peti vetuit.

Ratio decidendi. Loquitur hîc Vlpian. de eo ſolo à quo arbiter peti vetuit non ad excluſionem hæredis, qui in vniuerſa defuncti iura ſuccedit, *leg. cùm heres* 11. *de diuerſ. temp. præſ.* 1. *leg. vlt. Cod. de hær. action. leg. ſi pactum* 9. *infrà de probat.* ſed ad excluſionem alterius cuiuſlibet, cuius perſona ita ſit altera, vt nihil commune habeat cum perſona litigatoris quantum ad hoc vt per eam ſi conueniatur, ipſa quoque litigatoris perſona conueniri videatur. Idque apparet euidenter ex eo quod ſequitur, pœnam committi etiamſi à fideiuſſore petatur, quamuis nihil dictum ſit ab arbitro de fideiuſſore; nimirum per fideiuſſorem conuentum ad reum quoque peruenitur, *leg. cùm lex* 46. *de fideiuſſ.*

a *Quid ergo ſi à fideiuſſore.* Ratio dubitandi. Aduerſus ſententiam arbitri fit ita demum ſi petatur ab eo ipſo à quo arbiter peti vetuit, non etiam ſi ab alio. Sic enim accipi debet quod initio huius legis ſcriptum eſt. Atqui alia eſt perſona rei, alia fideiuſſoris, ſiue rei veritatem ſpectes, ſiue iuris fictionem. Nulla enim iuris fictio eſt, quæ eandem faciat perſonam debitoris & fideiuſſoris. Ergo ſi arbiter à reo peti vetuerit, nec quicquam de fideiuſſore dixerit, pœna non committetur tametſi à reo petatur.

Ratio decidendi. Non tam quid arbiter dixerit, quàm quid ſenſerit, inſpiciendum eſt. Id autem vtique ſenſit cùm à reo peti vetuit, ne qua ratione reus inquietaretur. Atqui perinde inquietatur cùm fideiuſſor eius conuenitur atque ſi ipſe conueniretur, quia regreſſum aduerſum eum habiturus eſt fideiuſſor actione mandati. Proinde cùm à fideiuſſore petitur, à reo quoque peti videtur, τῇ δυνάμει, id eſt, vi ipſa, poteſtate ipſa, effectu ipſo, *dict. leg. cum reus* 46. *leg. ſi quis reum* 5. *de liber. legat.*

b *Sed ſi cum fideiuſſore compromiſſi.* Ratio dubitandi. Intereſt ſemper fideiuſſoris vt nec à reo peti poſſit, quod ab ipſo fideiuſſore peti arbiter prohibuit. Non quaſi perinde reus habere poſſit regreſſum aduerſus fideiuſſorem, atque habet fideiuſſor aduerſus reum, ſed vt habeat fideiuſſor ſaltem beneficij debitorem, qui ad ἀντίδωρα obligetur, *leg. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit de petit. hered. l. ſi pignore* 54. §. 1. *de furt.* Ergo dicendum eſt omni caſu committi pœnam ſi à reo petatur quod à fideiuſſore ipſo peti arbiter vetuit.

Ratio decidendi. Intereſſe fideiuſſoris in hac ſpecie videtur ita demum ſi interſit pecuniariter, vt dixi, ad *dict. leg. & heredi* 21. §. *vlt. & leges ſequentes, ſuprà de pact.* Nihil autem intereſt pecuniariter fideiuſſoris, an à reo petatur, niſi in caſibus hîc ab Accurſio notatis, id eſt, ſi fideiuſſor interuenerit in rem ſuam, vel ſi ſocius rei fuit. His enim caſibus habetur fideiuſſor pro reo, & viciſſim reus pro fideiuſſore, *dict. lege ſi quis reum* 5. *de liber. legat. leg. ſed ſi fideiuſſor* 24. vbi dixi, *ſuprà de pact.* Dices, Nec aliter committi pœnam cùm à fideiuſſore petitur quòd à reo peti arbiter vetuit, quàm ſi rei interſit. Si enim poneres nihil rei intereſſe, putà quòd fideiuſſor aut in rem ſuam, aut donandi animo fideiuſſiſſet, non committeretur pœna, etiamſi à fideiuſſore peteretur quòd à reo ipſo peti impunè non poſſet; quia nimirum nihil rei intereſſet, *lege quod dicam* 32. vbi dixi, *ſuprà de pact.* Ergo nulla hac parte inter debitorem & fideiuſſorem differentia eſt. Reſpondeo differentiam non in eo eſſe, vt pœna vno caſu magis quàm alio committatur, ſi nihil interſit eius à quo arbiter peti prohibuit, ſiue reus ille ſit, ſiue fideiuſſor, ſed in eo vt regulariter ſententia arbitri pro reo lata prodeſſe debeat fideiuſſori non contra, quia regulare eſt vt fideiuſſor pro fideiuſſore habendus ſit non pro reo, ac proinde vt regreſſum habeat per actionem mandati contra reum, non ſimiliter reus contra fideiuſſorem. Illi enim caſus ſpeciales ſunt & minùs frequentes, vt fideiuſſor vel in rem ſuam interuenerit, vel animo donandi.

30. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SI quis rem, de qua compromiſſum ſit, in iudicium deducat, quidam dicunt, prætorem non interuenire ad cogendum arbitrum ſententiam dicere: quia iam pœna non poteſt eſſe, atque ſi ſolutum eſt compromiſſum. Sed ſi hoc obtinuerit: futurum eſt, vt in poteſtate eius, quem pœnitet compromiſiſſe, ſit compromiſſum eludere. Ergo aduerſus eum pœna committenda eſt, lite apud iudicem ſuo ordine peragenda.

Ad leg.

Ad leg. Si quis rem 30.

Ratio dubitandi. Compromiſſum ſoluitur variis modis, inter quos etiam iudicio, id eſt, ſi iudicium dictetur & accipiatur inter eoſdem litigatores de ea ipſa re, de qua compromiſſum fuit, *leg. non diſtinguemus 32. §. ſumma rei eſt infrà*. Atqui ſoluto compromiſſo non eſt cogendus arbiter ſententiam dicere, cùm ex eo pœna committi ampliùs non poſſit, vt ibidem ſcriptum eſt. Ergo verum eſt quod dicunt illi, quorum ſententiæ refertur & refellitur in hac lege.

Ratio decidendi. Soluitur compromiſſum iudicio ſed non impunè. Pœnam enim præſtare debet is qui prior ad iudicem prouocauit aduerſarium, quaſi per eum factum ſit, vt compromiſſum ſolueretur. Alioqui futurum eſt vt in poteſtate ſit eius quem pœnitet compromiſiſſe, compromiſſum eludere, quòd ſanè abſurdum eſſet. Nunquam enim vis & poteſtas obligationis ex eius qui obligatus eſt voluntate pendêre debet, *leg. ſub hac conditione 8. infrà de verb. oblig.* Ergo dicendum eſt aduerſus eum qui in iudicium deducit rem de qua compromiſerat, committi pœnam, nec eò minùs tamen tractari litem apud iudicem. In qua lite etiam vincet is qui iam conſecutus eſt pœnam, ſi modò cauſam bonam habuit, atque ita vtrumque conſequetur, & rem & pœnam; quamuis regula tr ſit, vt alterutro contentum eſſe oporteat, *leg. reſcriptum 10. §. ſi pacto*, vbi dixi, *ſuprà de pact.* Nempe quia hoc caſu pœna debetur non vice rei aut eius quod intereſt, ſed ob ſpretum & contemptum arbitrum, in quem fuerat compromiſſum, vt & Accurſ. benè tractat. Ego tamen facilè mihi perſuadeo hanc *leg. ex earum numero eſſe quas Trib. corrupit.* Primùm ob illa poſtrema verba, quæ Triboniani manum & elegantiam nimis apertè produnt, *ergo aduerſus eum pœna committenda eſt, lite apud iudicem ſuo ordine peragenda.* Dixit enim ille, *pœna committenda eſt*, pro eo quod ſcribere voluit, *dicendum eſt aduerſus eum pœnam committi.* Quis verò præter Tribonianum ſic vnquam locutus fuit? Quis rurſum ex noſtris tam familiares habet iſtos ablatiuos abſolutos? Præterea ſi bene inſpicias, ſtulta & planè inepta reprehenſio eſt, quæ ponitur in *hoc lib.* Illi enim quorum ſententiam refellere Tribonian. voluit hoc vnum dicebant. Si quis rem de qua compromiſſum ſit in iudicium deducat, prætorem non debere interuenire ad cogendum arbitrum vt ferat ſententiam, quia iam pœna nulla eſſe poteſt, ſoluto, ſcilicet per iudicium compromiſſo. Quid verò eſt in hac opinione quod refellere Tribonian. velit aut poſſit? An quod illi dicebant, non eſſe arbitrum cogendum, à prætore imò verò fatetur hoc Tribonian. cùm ait litem apud iudicem ſuo ordine peragendam eſſe. Nec enim fieri poteſt, vt & apud iudicem & apud arbitrum eodem tempore lis tractetur. Quare nec Accurſ. ipſe diſſimulat benè hoc prudenterque dictum fuiſſe. An igitur illud reprehendendum eſt, quod iidem rationis loco afferebant ſolui iudicio compromiſſum, nullamque iam ex eo petitionem pœnæ eſſe poſſe? Atqui hoc ipſum apertè ſcriptum eſt, in *dict. §. ſumma rei leg. 31. infrà.* Neque verò dicebant iſti impunitum eſſe debere factum eius qui rem, de qua contendebant. Pœnam ex compromiſſo ampliùs committi non poſſe, tametſi arbiter ſententiam dicat, cui non pareatur, Quòd ſanè verùm eſt. Nam vt maximè illud quoque verum eſſet, quod Tribonian. obiicit fore ſecundùm hanc ſententiam, vt in eius, quem pœnitet, compromiſiſſe, poteſtate ſit compromiſſum eludere. Tantò magis verum relinquetur. Non ergo cogendum eſſe arbitrum per prætorem, vt ſententiam ferat. Nec enim ex eodem compromiſſo pœna ſæpiùs committi poteſt, *leg. ſi duo 34. infrà.* Et conſequenter fruſtrà ferret arbiter ſententiam, cui impunè non pareretur. Iſque haud dubiè ſenſus eſt eorum verborum, *quia iam pœna non poteſt eſſe*, ac ſi ſcriptum eſſet: *quia etiamſi feratur ſententia cui obtemperare vnum ex litigatoribus nolit pœna non committetur.* Id enim verum eſt, non ſolùm ſi ponas iam antea commiſſam eſſe pœnam, quæ vt diximus committi ſæpiùs non poteſt, ſiue dicas non fuiſſe commiſſam: quia ſemper verum erit dicere ſolutum fuiſſe iudicio compromiſſum. Igitur non ſolùm propoſitio iſtorum, quos Tribonianus reprehendit vera eſt, ſed etiam ratio quæ ab iis allata fuit. Quid ergo eſt quod potuerit ille reprehendere. Sed & videamus, quàm rationem afferat reprehenſionis. *Sed ſi hoc obtinuerit*, inquit: nempe quod iſti volunt. Quid verò volunt? Prætorem non debere interuenire. Hoc enim vnum eſt quod iſti dicunt. Cætera quæ adiiciunt, *quia iam pœna non poteſt eſſe*, &c. rationem tantùm dicti non nouam propoſitionem continent. Ita verò ſi intelligas, apertè ſtulta reprehenſio eſt. Quamuis enim concedamus quod iſti volunt, quódque neceſſariò vel fatente Tribonianus ipſo concedendum eſt. Prætorem hic ſe interponere non debere, non tamen ſtatim conſequens fiet vt in poteſtate ſit eius quem pœnitet compromiſiſſe, compromiſſum eludere. Quid enim vetat & pœnam eum debere, quod per eum factum ſit vt compromiſſum ſolueretur, & nihilò magis cogi arbitrum ſententiam dicere. Quare hæc ipſa verba interpretatur aliter Accurſius ac ſi ſcriptum eſſet. *Sed ſi hoc obtinuerit, vt pœna non committatur ſi ad iudicem ventum fuerit.* Sed malè. Non enim negabant iſti pœnam deberi ab eo per quem factum eſſet, ne iretur ad arbitrum, ſed negabant, *pœnam iam eſſe poſſe*, id eſt, vt explicauimus, pœnam committi poſſe ex eo quod arbitri ſententiæ, poſtea non obtemperaretur. Ex qua tamen cauſa neceſſe eſt pœnam committi poſſe, vt arbiter ſententiam dicere compellatur, *leg. ſi pupillus 35. infrà.* Sed & quod me magis mouet, nego abſurdum eſſe, quod pro abſurdo Tribonianus habet, vt in poteſtate ſit eius quem pœnitet compromiſiſſe, compromiſſum eludere. Nam vt in præcedentibus ſæpiùs monuimus, non ex omnibus cauſis, ex quibus compromiſſum ſoluitur, pœna committitur, at neque ex iis omnibus, ex quibus arbitri ſententiæ paritum non eſt, ſed ex his dumtaxat quæ ad ſolutionem pecuniæ aut ad operam præbendam pertinent *lege ex omnibus 39. infrà.* Inter quas cauſas illa cenſeri non poteſt, ſi de re in compromiſſum deducta poſtea ad iudicem eatur: niſi iuſſerit arbiter adeſſe litigatores, priuſquàm ad iudicem iretur. Tunc enim pœna certè committeretur ex ſecundo capite, id eſt, ob operam non præbitam arbitro qui ea ratione impeditus fuit, ne ſententiam dicere potuerit. Sed cùm ad iudicem itum eſt ante præceptum arbitri, quamuis compromiſſum ſoluatur facto eius ex litigatoribus, qui prior ad iudicem prouocat; nihil tamen eſt propter quod pœna committi debeat, quippe quæ in hunc caſum promiſſa non fuit, ſibique debet imputare compromiſſor, cur non in hunc quoque ſpecialiter caſum ſibi proſpexerit. Nam cùm per ſtipulationem compromiſſa fiant, quicquid in ſtipulatione omiſſum fuit, pro omiſſo habendum eſt, *l. quicquid adſtringenda 99. de ver. obl.* Quanquam vix eſt vt dolo malo & litis protrahendæ conſilio velit quis omiſſo arbitro ire ad iudicem. Sicut enim dicimus non fugere illum qui vadit ad Cæſarem, ita nec fugit ille qui mauult ad iudicem ire, quàm ad arbitrum, ſiquidem melior eſt bonæ cauſæ conditio ſi ad iudicem quàm ſi ad arbitrum remittatur, vt alio iam loco diximus ex Seneca, nec iuri publico dictandorum & accipiendorum iudiciorum per compromiſſa derogari poteſt. Planè ſi in hunc quoque caſum pœna compromiſſa ſit, omnimodò debebitur, nec eò minùs tamen lis apud iudicem peragetur.

31. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ITa demum autem committetur ſtipulatio, cùm aduerſus eam quid fit, ſi ſine dolo malo ſtipulantis factum eſt, ſub hac enim conditione committitur ſtipulatio, ne quis doli ſui præmium ferat.

¶ Sed ſiquidem compromiſſo adiiciatur [a], *vt ſi quid dolo in ea re factum ſit:* ex ſtipulatu conueniri qui dolo fecit, poteſt: & ideò ſi arbitrum quis corrupit [b], vel pecunia, vel ambitione, vel aduocatum diuerſæ partis: vel aliquem ex his, quibus cauſam ſuam commiſerat: ex doli clauſula poterit conueniri. vel ſi aduerſarium callide circumuenit.

¶ Et omninò, ſi in hac lite doloſè verſatus eſt, locum habebit ex ſtipulatu actio; & ideò, ſi velit de dolo actionem exercere [c] aduerſarius, non debebit, cùm habeat ex ſtipulatu actionem.

¶ Quòd ſi huiuſmodi clauſula in compromiſſo adſcripta non eſt: tunc de dolo actio, vel exceptio locum habebit [d].

¶ Hoc autem compromiſſum plenum eſt, quòd & doli clauſulæ habet mentionem [e].

Ad leg. Ita demum 31.

Ratio dubitandi. In ſtipulationibus nihil niſi verborum vim & poteſtatem inſpicimus, *leg. quicquid 99. de verb. oblig.* quia & ſtipulatio ipſa nihil niſi verborum obligatio eſt, *l. 1. & paſſ. eo. tit.* Atqui verba compromiſſi per mutuam ſtipulationem contracti nihil aliud exigunt ad hoc vt pœna committatur, niſi vt contra ſtipulationem factum ſit, nec illam præterea conditionem continent, *ſi ſine dolo malo ſtipulantis factum eſt.* Ergo nihil aliud inſpiciendum eſt, niſi an contrà ſtipulationem quicquam factum ſit, nec illud præterea diſtinguendum, an dolo malo ſtipulantis factum illud ſit, an ſine dolo ipſius. Alioqui extrinſecus conditionem ſupplebimus, quòd in ſtipulationibus aut nunquam, aut certè non niſi perrarò faciendum eſt, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. in fi. eod. tit. De verb. oblig.*

Ratio decidendi. Semper in ſtipulationibus quoque vt in cæteris contractibus ſequimur id quod actum eſt, *l. ſemper 34. de reg. iur.* Id autem actum eſſe nemo negauerit, vt doli ſui præmium ferre ſtipulator non debeat, *leg. ſi duo 5. ſuprà ſi quis caution.* Obligatio enim quæ ex ſtipulatione naſcitur, licèt ſtricta ſit, nec vllam ex ſola æquitatis ratione interpretationem admittat, dolum tamen pati nunquam poteſt, nec vnquam vel ciuilis legiſlator vel prætor feret dolum cuiquam ſuum prodeſſe. Ergo huic ſtipulationi pœnali quæ in compromiſſis interponitur, conditionem illam tacitam ineſſe fatendum eſt, *ſi ſine dolo malo ſtipulantis aduerſus ſtipulationem factum ſit.* Alioqui dolus malus vnius non tantùm ei prodeſſet, ſed etiam aduerſario noceret, quod vtrumque abſurdum ac iniquum eſt, & contra vulgatem regulam iuris. Noli tamen hoc ita intelligere, quaſi ſtipulatio hæc ſit conditionalis. Non enim conditionalem ſtipulationem, aut conditionale legatum facit vnquam conditio quæ non niſi tacitè ineſt, & extrinſecùs ſumitur, vt bene Accurſ. docet ex *l. conditiones extrinſecus 99. infr. de condic. & demonſtr.*

a *Sed ſi quidem compromiſſo adiiciatur.* Ratio dubitandi. Expreſſio eorum quæ tacitè inſunt nihil operatur, *leg. 3. de reb. cred. l. 3. de legat. 1.* Atqui clauſula doli tacitè ineſt ſtipulationi, vt proximè diximus. Ergo fruſtra adiicitur.

Ratio decidendi. Adiectio clauſulæ doli mali facit vt contra eum qui dolo malo fecit actio ex ſtipulatu competat, quæ alioqui competere nulla poſſet. Nec enim datur ex ſtipulatu actio, niſi de eo quòd in ſtipulatione nominatim deductum eſt, *l. quicquid 99. de verb. oblig.* Nec nouum eſt vt quemadmodum ſolent expreſſa nocere, non expreſſa non nocere, ita è contrario expreſſa proſint quæ non expreſſa prodeſſe nullomodo poſſent. Eſt enim longè difficilius vt actio ex ſtipulatu detur contra doloſum, quàm vt ei qui ex ſtipulatu à doloſo conuenitur exceptionem demus iuſta ſtipulationis interpretatione.

b *Et ideò ſi arbitrum quis corruperit.* Ratio dubitandi. Imputare ſibi debet qui in talem arbitrum compromiſit, quem tam facilè vel pecunia, vel ambitio, vel aduocatus diuerſæ partis corrumpere potuerit, arg. *l. diem proferre 27. §. ſtari ſuprà.* Ergo non eſt ex hac cauſa danda actio contra eum, qui dolo malo fecit.

Ratio decidendi. In omni conuentione dolus ſemper exceptus intelligitur, nec quicquam poteſt imputari ei qui adiecta doli clauſula ſibi proſpexit, vt ſi quid dolo malo fieret, haberet eo nomine actionem.

c *Si velit de dolo actionem exercere.* Ratio dubitandi. Stipulatio quæ doli mali clauſulam annexam habet, ideò interponitur vt tantò magis, non vt eò minùs teneatur is qui dolum malum admiſiſſe probabitur, atqui ſi non fuiſſet adiecta ea clauſula daretur actio de dolo ei qui dolum paſſus eſſet vt ſequitur in text. Ergo & dari debebit etiamſi in ſtipulatione ſit adiecta clauſula doli mali. Ne alioqui noceat ſtipulatori quòd pro eo cautum eſt, contra *leg. legata inutiliter 14. de adm. leg. l. 3. §. ſi emancipatus de bonor. poſſ. cont. tab. l. in ratione 30. §. tametſi ad l. Falc.*

Ratio decidendi. Non datur actio de dolo quæ famoſa eſt, quoties alia actio competit quæ non ſit famoſa, *l. 1.* vbi dixi, *ſupr. de dolo*, nec in eo deterior fit conditio ſtipulatoris, qui per actionem ex ſtipulatu eandem conſequitur indemnitatem, quam alioqui poſſet conſequi per actionem De dolo.

d *Vel exceptio locum habebit.* Ratio dubitandi. Exceptio omnis præſupponit actionem, cùm nihil aliud ſit, quàm actionis excluſio, *l. 2. & paſſ. infr. de excep.* Atqui ex ſententia arbitri, tum quoque cum arbiter neq; per ſordes, neque per gratiam pronunciauit nulla naſcitur actio, *l. 1. C. h. tit.* Ergo exceptio locum hîc habere nullum poteſt.

Ratio decidendi. Habet exceptionem is qui dolum paſſus eſt, non contra actionem in factum, quæ certè nulla datur ex ſententia arbitri, præterquàm eo iure nouo, quòd Iuſtinianus introduxit, in *l. 4. & 5. eo. tit. C.* ſed contra petitionem pœnæ, quia dolo malo facit, qui vult conſequi pœnam ex compromiſſo, ob id ſolum quòd non ſit paritum ſententiæ quam ipſe proprio dolo malo extorſerit, *l. prox. §. cùm quidam inf. hoc tit.* Ex quo loco apparet exceptionem de qua hîc agitur, non aliam eſſe quàm doli mali. Itaque ridiculum eſt diſputare cum Accurſio an arbitri ſententia teneat quæ lata ſit per gratiã aut per ſordes. Aut an danda ſit reſtitutio litis contra ſententiam latam per aduocati corruptionem: cùm ſententia ab arbitro lata nullam vim vnquam habeat, vt ex ea poſſit agi, nec ad aliud proſit, niſi vt pœnam præſtari oporteat ſi non pareatur. Præſtari, inquam, non tamen ex ſententia, ſed ex ſtipulatione, quam ponimus validam præceſſiſſe, ita vt de ipſius viribus, dubitari non poſſit.

e *Hoc autem compromiſſum plenum eſt.* Ratio dubitandi. Etiamſi doli clauſulæ mentio nulla facta ſit in compromiſſo, non eò minùs tamen cautum eſt aduerſus dolum per actionem de dolo, vel exceptionem doli, quam proximè diximus eo caſu competere contra eum, qui dolum fecit. Ideóque proinde cogi poteſt arbiter, vt ex eiuſmodi compromiſſo ſententiam dicat, ſi modò arbitrium receperit, atque ſi compromiſſum expreſſam

habe

haberet doli clauſulam. Ergo non facit adiectio huius clauſulæ compromiſſum plenum, quod æquè plenum eſt ſine ea clauſula, *l. Pomponius* 13. §. 1. *verſ. quanquam ſupr. hoc tit.* Præſertim ſi de omnibus controuerſiis factum ſit. Solet enim ex eo maximè compromiſſum æſtimari an plenum ſit necne, *l. quid tamen* 21. §. *plenum compromiſſum eo.*

Ratio decidendi. Compromiſſum æſtimatur ex ſtipulatione, ſtipulatio autem non aliter poteſt dici plena, quàm ſi habeat clauſulã doli mali, quoniam alioqui per actionem ex ſtipulatu vindicari dolus non poſſet, ſed recurrendum eſſet ad actionem de dolo, vel ad exceptionem doli, vt ſcriptum eſt in præced. Ergo nec aliter plenum eſſe poteſt compromiſſum, quàm ſi habeat mentionem clauſulæ doli. Cuius clauſulæ effectus ille eſt, vt ad cæteros omnes doli caſus pertineat, de quibus nominatim cautum non ſit in ſtipulatione, *l. doli clauſula* 119. *infr. de verb. obl.*

32. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

NOn diſtinguemus in compromiſſis, minor, an maior ſit pœna, quàm res de qua agitur.

Ad l. 32. Non diſtinguemus.

Rat. dub. Non cogitur arbiter ſententiam dicere niſi futurum ſit, vt metu pœnæ cogantur litigatores parêre ſententiæ arbitri, *l. 1. C. h. tit.* Atqui facile pœnam contemnet victus litigator ſi pœna minor ſit, quàm res de qua agitur. Ergo vt tale ſit compromiſſum ex quo arbiter qui arbitrium recipit, cogi poſſit ſententiam dicere maiorem pœnam eſſe neceſſe eſt, quàm ſit res quæ deducitur in compromiſſum.

R. dec. Solet quidem pœna maior compromitti ob hoc ipſum, vt metu pœnæ faciliores ſint litigatores ad parendum ſententiæ arbitri. Sed ſi per imprudentiam aliter factum ſit, vt in ſpecie, *l. apud Celſum* 4. §. *item quæritur* 3. *de dol. mal. except.* vbi legendum omnino eſt, *ſexcenta*, vt vulgò, non vt in Pand. Flor. *ſexaginta*, non eò minùs valet compromiſſum, vt & arbiter cogatur ſententiam dicere, & litigator pœnam præſtare: Quæ res non facit vt quicquam minus debeat ex ea actione, quam victor habet, & quæ fuerat in compromiſſum deducta: non enim pœna hæc præſtatur in vicem eius, quod intereſt, quomodo in ſpecie, *leg. ſi quis à ſocio* 41. *infr. pro ſocio l. prædia* 28. *de act. empt.* ſed ad vindicandum factum eius qui arbitrum, in quem compromiſerat, contempſit, vt in *l. ſi quis rem* 30. vbi *ſupr. hoc tit.*

1 ¶ Non cogetur arbiter ſententiam dicere ſi pœna commiſſa ſit.

Ad §. 1. Non cogetur.

Ratio dubitandi. Etiamſi pœna non fuerit adiecta in compromiſſo, ſed ſimpliciter ſententiæ ſtari quis promiſerit, tamen incerti actio aduerſus eum eſt qui non vult ſtare ſententiæ arbitri, quia nihil intereſt an certa ſumma compromiſſa ſit an incerta, *l. diem proferre* 27. §. *vlt. & l. ſeq. ſupr. hoc tit.* Ergo cogendus eſt arbiter ſententiam dicere, quamvis pœna compromiſſa ſit. Atque ita Accurſius putat, ſed malè.

Ratio decidendi. Nihil quidem intereſt an pœna certæ ſummæ promiſſa ſit, an incerta ſumma, quod ad hoc vt agi poſſit contra eum qui non vult parêre ſententiæ arbitri. At intereſt valde quantum ad hoc vt cogi poſſit arbiter ſententiam dicere. Nunquam enim cogendus eſt, niſi certum ſit impunitum non fore factum eius qui arbitri ſententiam contempſerit, quod certum eſſe non poteſt ſi victori non ad aliud ſit actio competitura, quàm ad id quod re vera ipſius intererit. Quid enim ſi ſit calumniator? Quid ſi iniqua ſit ſententia, quam pro eo arbiter tulerit? Vtique nihil eius intereſſe videbitur, quia non intereſt ex iuſta, & honeſta cauſa, *l. 3. §. ſi mecum infr. ad exhib. l. is cuius* 11. *infr. de fur.* Et tamen hoc quoque caſu pœnam præſtari neceſſe eſt, ſi arbitri ſententiæ non pareatur, *l. diem proferre* 27. §. *ſtari, ſupr.* Ergo vt arbiter cogi poſſit ſententiã dicere, neceſſe eſt compromiſſam eſſe pœnam, quæ ſi arbitrio non parebitur, peti omnimodo poſſit, nec ſufficit vt ex ſtipulatione poſſit agi ad id quod intererit. Planè ſufficiet promiſſum aliquid eſſe, quod ſit vice pœnæ, *l. litigatores* 11. §. *& quod ait prætor ſupr.* quale illud eſt ſi ponas fuiſſe promiſſam rei controuerſæ æſtimationem. Atque ita intelligo quod ſcriptum eſt, in *l. non autem* 28. *ſup.* de ſumma incerta compromiſſa his verbis *quanti ea res erit*, vt ſcilicet ea verba non veritatem contineant, ſed quantitatem, quomodo loquitur Vlpianus in *l. 2. §. vlt. qui ſatiſd. cog.* id eſt, non ad id quod intereſt re vera, ſed ad veram rei æſtimationem referantur, vt in *l. vn. §. vlt. ſupr. ſi quis ius dic. non obtemp. l. inter hæc verba* 171. *& leg. hæc verba quanti* 193. *infra de verb. ſignific.* Vtróque quidem caſu incerta ſumma eſt, quia vera, & iuſta cuiuſque rei æſtimatio ſemper incerta eſt, *l. pretia rerum* 63. *ad leg. Falcid.* licèt eius probatio facilior ſit, quàm eius quod intereſt, *l. vlt. de prætor. ſtipul.* Sed tamen facilius eſt, vt promittatur vera rei æſtimatio, quàm vt id quod intereſt vice pœnæ, quia quoties pœna promiſſa eſt, aut aliquid loco pœnæ, nunquam de illo laborandum eſt, an actoris quicquam interſit, nec abſurdum. eſt iuſtam rei æſtimationem ei quoque deberi cuius nihil penitus interſit, putà qui ſit calumniator, *l. penult. §. 1. ſupr. ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* In Pandectis Florentinis aliter legitur hic §. Non cogi arbitrum ſententiam dicere ſi pœna commiſſa ſit. Quæ etiam lectio ſuum, & bonum ſenſum habet, nec malè conuenit iis quæ in hac *l. ſequuntur.*

2 ¶ Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromiſſa propter interceſſionem [a].

Ad §. 2. Si mulier.

Ratio dubitandi. Poteſt quilibet ſuo iuri renunciare, *l. pactum* 46. *ſup. de pact. l. penult. Codic. eodem*, nec prohibetur mulier etiam quæ pro alio intercedit, cauere ſe exceptione Senatuſconſulti non vſuram, *l. vlt. §. pen. infra ad SC. Velleian.* Ergo ſi mulier compromiſerit quamvis alieno nomine, nec poſtea pareatur ſententiæ arbitri pœna perinde committitur, atque ſi alius quilibet compromiſiſſet.

Ratio decidendi. Senatuſconſultum Velleianum ſuccurrit mulieribus, quoties pro alio ſe obligant intercedendo, *l. 1. 2. & paſſ. ill. tit. ad SC. Vell. D. & C.* Ergo etſi compromittant, quia compromiſſum nihil niſi mutua obligatio eſt. Nec cautio vlla recipi poteſt per quam iuri publico derogetur, quamvis vbi Senatuſconſulti exceptio competere mulieri poſſit illa cauere ſe exceptionem non vſuram, *d. paragraph. penult. de quo alibi ſcripſimus.*

a *Propter interceſſionem.* Id eſt, quia pro alio intercedit mulier quæ pro alio compromittit, & conſequenter cum iuuetur Senatuſconſulto Velleiano ita vt vel deneganda ſit in eam actio, vel danda ſit ei exceptio, dicendum eſt pœnam hoc caſu committi non poſſe ſaltem

cum effectu, nec proinde cogendum arbitrum, vt ex eiuſmodi compromiſſo ſententiam ferat. Eo namque referendum eſt, quod ſcribitur in hoc §. *vt conſtat ex prac. & ſeq.*

3 ¶ Summa rei eſt, vt prætor ſe non interponat: ſiue initio nullum ſit compromiſſum: ſiue ſit; ſed pendeat, an ex eo pœna exigi poteſt, ſiue poſtea deficiat pœna compromiſſo ſoluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto.

Ad §. 3. Summa rei eſt.

R. dub. Tum quoque cùm ab initio nullum eſt compromiſſum, aut valet quidem; ſed pendet an ex eo pœna exigi poſſit ſi arbitri ſententiæ non pareatur, aut ex poſtfacto deficit pœna, compromiſſo nimirum ſoluto, vel die, id eſt, lapſu temporis, quod fuerat præſtitutum, vt in *l. quid tamen* 21. §. *ſi intra*, vel morte vnius ex litigatoribus, vt in *l. diem proferre* 27. §. 1. vel acceptilatione pœnæ, vt in *l. Pomponius* 9. vel iudicio accepto, vt in *l. ſi quis rem* 30. *ſupr. eod.* vel pacto de non petendo, vel denique, quod Accurſ. addit, commiſſa pœna, ex *l. ſi duo* 34. §. *vlt. infr. eod.* imputare ſibi debet arbiter cur arbitrium in ſe receperit, nec decipi debent litigatores qui eum, vt virum bonum elegerunt. Ergo perinde his caſibus cogendus eſt, vt ſententiã dicat, *l. 3. §. tametſi ſup. eo.*

Ratio dec. Nihil prætor agit fruſtrà, vt neque lex neque natura. Fruſtrà verò ſe interponeret ad cogendum arbitrum ſententiam dicere, ſiue nullum ſit compromiſſum, ſiue aliquod ſit, ſed pendeat an ex eo pœna peti poſſit, ſiue denique pœna deficiat poſt ea compromiſſo ſoluto per aliquem ex iis modis, quos enumerauimus, quia cùm ſententia arbitri nullam vim, & auctoritatem habeat quæ facere poſſit vt ei pareri oporteat, niſi metu pœnæ, *l. 1. C. hoc tit.* conſequens eſt, vt omni caſu quo peti non poteſt pœna, inutilis & illuſoria futura ſit ſententia arbitri, cuius tamen intereſt, vt non impunè arbitrium ipſius contemnatur, *leg. ſed etſi* 7. §. *vlt. & legib. ſeq. ſupr.* Quemadmodum enim non debent litigatores ab arbitro decipi, ita neque arbiter à litigatoribus contemni.

4 ¶ Sacerdotio obueniente, videbimus an cogatur arbiter ſententiam dicere, id enim non tantùm honori perſonarum; ſed & *maieſtati Dei indulgetur, cuius ſacris vacare Sacerdotes oportet*: Cæterùm ſi poſtea ſuſcepit a, iſte quoque omnimodo ſententiam ferre debet.

Ad §. 4. Sacerdotio.

Ratio dubit. Arbiter qui ſemel arbitrium in ſe recepit non alia ratione cogitur ſententiam dicere, quam quia non debeant litigatores decipi qui in eum tanquam virum bonum compromiſerunt, *l. 3. §. tametſi ſupr.* Atqui Sacerdotio obueniente hæc eadem ratio perinde locum habet. Nec enim maieſtati Dei indulgere eſt permittere Sacerdoti, vt quemquam decipiat cùm vix ſit, vt fidem Deo præſtet qui perfidus erga homines eſſe velit. Ergo non eò minùs ſententiam dicere arbiter cogendus eſt, quòd Sacerdotium ei obuenerit.

Ratio decidendi. Quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio, *l. de ætate* 11. §. *ex cauſa, infr. de interrog. in iur. fac.* Ergo quamvis arbitrium ſemel quis in ſe receperit, obueniente tamen Sacerdotio excuſari debet ne cogatur ferre ſententiam; quia non decipit litigatores, nec fidem fallit is, qui iuſtam ex Sacerdotio cauſam habet ne facere debeat, quod alioqui facere cogeretur. Id enim non tantum honori huiuſmodi perſonarum indulgendum eſt, ſed etiam maieſtati Dei, cuius ſacris vacare oportet Sacerdotes, qui nomen inde ſumpſerunt, *l. omnes* 33. *in princ. C. de Epiſcop. & Cleric. & Nou. 81. vt Cleric. apud propr. Epiſcop. conuen.* §. 1.

a *Cæterùm ſi poſtea ſuſceperit.* Ratio dubitandi. Sacerdotes oportet vacare ſacris Dei: non autem ſecularibus negotiis, *d. l. omnes.* Ergo etiamſi poſteaquàm Sacerdos quis factus eſt, arbitrium in ſe receperit non eò magis tamen cogendus eſt ferre ſententiam, ne alioqui ſit in eius poteſtate arbitrium recipiendo abſtrahere ſe ab eo faciendo, quod ad officium ipſius, maximè ac præcipuè pertineat.

R. decid. Nullam excuſationem ob Sacerdotium habere poteſt is qui arbitrij recepti tempore iam Sacerdos erat, & eſſet hoc demum litigatores decipere, non ſacris Dei vacare, quibus nec quicquam vetat vacare arbitrum & nihilominus ferre ſententiam, vt & Deo primum, & hominibus quoque fidem præſtet. Ergo hoc ſaltem caſu cogendus eſt arbiter à prætore, vt ſententiam ferat. Accurſ. ex eo notat, poſſe quid vitiari etiamſi perueniat in eum caſum à quo incipere poteſt, argum. *l. ſolent.* 3. *& l. iis em* 11. *de alt. leg.* iunct. *l. 3. infr. de his quæ pro non ſcript. hab. l. verum* 5. *de aſſig. libert.* iunct. §. *datur autem inſt. eo.* Item quædam vitiare iam facta quæ non impediunt facienda. Sed ſunt iſta brocardica periculoſa, & vt plurimùm falſa, de quibus tamen non eſt hîc dicendi locus. Nihil enim eſt in hac ſpecie de quo poſſit quæri an vitiet, aut vitietur, cum nec Sacerdotium obueniens vitiet compromiſſum, aut arbitrium vitietur ſi arbiter Sacerdos factus ſententiam ferre velit, ſed tantùm excuſationem iuſtam arbitro afferet Sacerdotium, ne cogi poſſit ſententiam dicere ſi nolit.

5 ¶ Item non eſt cogendus ſi de negotio tranſactum eſt, vel homo mortuus eſt a, de quo erat compromiſsum: niſi ſi poſteriore caſu aliquid litigantium interſit.

Ad §. 5. Item non eſt cogendus.

Ratio dubitandi. Sententia arbitri non proficit niſi ad petendam pœnam ſi arbitrio non pareatur, *l. 2. ſupra l. 1. C. eod.* Ergo quamuis tranſactum ſit de negotio poſt compromiſſum, tamen non eò minùs cogendus eſt arbiter, vt ſententiam dicat, ad hoc vt pœnæ petitio eſſe poſſit, de qua non ponimus tranſactum fuiſſe.

Rat. decid. Tranſactio plus poteſt ad finiendas lites quàm arbitri ſententia, cùm pariat exceptionem ſicut, & res iudicata, *leg. non minorem* 20. *C. de tranſaction.* ſententia verò arbitri non item, *d. l. ſupr.* vbi dixi. Et quamvis de arbitri ſententia quæri non ſoleat niſi propter pœnam. Attamen nec de pœna quæritur, niſi ad finiendam litem, vt lis quæ per arbitri ſententiam finiri non potuit defectu iuris, & poteſtatis, finiatur ſaltem metu pœnæ tranſlata, vt ſic dixerim, ſententia arbitri in conuentionem, quod fit cum litigatores metu pœnæ parent arbitrio non minùs quàm ſi à iudice lata eſſet ſententia. Ergo cùm inter eos qui compromiſerant poſtea de negotio tranſactum eſt, licet nihil de pœna dictum ſit, tamen de pœnæ quoque tranſactum intelligitur de qua ſcilicet tractare nihil attinet poſt litem tranſactione finitam non magis quàm ſi per rem iudicatam finita eſſet.

a *Vel homo mortuus eſt.* Ratio dubit. Etiamſi homine mortuo poteſt eſſe neceſſaria ſententia iudicis propter partos,& fructus,*l.vtique 16.infr.de rei vind.* Quidni ergo poterit arbiter ferre ſententiam mortuo etiam homine qui petebatur, nec ſolùm propter acceſſiones iſtas, ſed etiam propter pœnam? Interdum enim pœna committitur,quamvis perſona nulla ſit quæ ſoluere, aut cui ſolui poſſit, *leg.ad diem 77.de verbor.obligat.l.vlt.de leg. commiſſ.* Multò igitur magis committi poteſt etiamſi res perierit de qua compromiſſum erat. Finge enim periiſſe poſt moram cur non poterit arbiter pronunciare æſtimationem deberi? & cur non committetur pœna ſi victus litigator æſtimationem rei peremptæ præſtare nollet.

Ratio decidendi. Cùm res de qua compromiſſum erat periit,diſtinguendum eſt cum Paulo noſtro, an interſit litigantium ferri ſententiam putà propter partus, vel fructus, an verò deſierit intereſſe. Priore caſu perinde cogendus eſt ſententiam dicere atque ſi res non periiſſet,ac proinde multò magis eo caſu quo res perierit poſt moram,quia tunc habetur pro extante,*leg.ſi ſeruum 91.§.ſequitur.& §.vlt.de verb.oblig.* Poſteriore verò caſu non eſt cogendus, quia nunquam ratione ſolius pœnæ poteſt intereſſe litigantium, cùm priùs ſit,vt ſententia aliqua lata fuerit cui pareri oporteat, quàm vt de pœna tractari poſſit. Quam verò ſententiam ferre arbiter poterit cui pareri oporteat, ſi nulla amplius ſit res quæ peti præſtarive poſſit? Interitu namque rei debitæ, vel petitæ citra moram culpamve vllam debitoris, aut poſſeſſoris contingente,vtique debitor,aut poſſeſſor liberatur, *l.ſi ex legati 23.eo tit.* Bene autem Accurſius notat nec poſſe litigantium intereſſe propter ſtipulationem de euictione, cùm nihil proſit ſententia arbitri ad hoc vt ſtipulatio de euictione committatur, *l.ſi dictum 56.§.1.infr.de euict.* Aliud eſt ſi coram iudice lis tractetur,*l.ſi ſeruus 11.infr.iudicat.ſolui.*

6 ¶ Iulianus indiſtinctè ſcribit: Si per errorem de famoſo delicto ad arbitrium itum eſt: vel de ea (re,) de qua publicum iudicium ſit conſtitutum,veluti de adulteriis, ſicariis,& ſimilibus: vetare debet prætor ſententiam dicere,nec dare dictæ executionem [a].

Ad §.6. Iulianus.

R.dub. Sicut intereſt reipublicæ delicta puniri,ita & lites finiri, nec minùs criminales quàm ciuiles,*tot.tit. C.vt intr.cert.temp.crim.q.term.* Imò tantò magis quantò grauiores, & periculoſiores diſcordias in republica mouent,quàm ciuiles, quòd in illis de capite vt plurimum, aut de exiſtimatione ac de fortunis plerúmque omnibus, in his verò de aliquo duntaxat pecuniario commodo, aut incommodo dimicatur. Ergo etiam de famoſis, & criminalibus iudiciis compromiſſa fieri permittendum fuit.

Ratio decidendi. Reipublicæ intereſt delicta puniri,nec liberari delinquentem ſoluendo pœnam pecuniariam, ſi meruit corporalem. Semper verò liberaretur ſoluendo pœnam pecuniariam ſi ex compromiſſo de crimine cognoſci,& pronunciari poſſet,quia etiamſi arbiter eum de crimine condemnaret, eique pœnam corporalem legibus publicorum iudiciorum conſtitutam irrogaret, nullam tamen vim haberet ea ſententia niſi hactenus,vt delinquens condemnatus ſi obtemperare nollet cogeretur præſtare pœnam compromiſſam: quam vtique præſtare ſemper mallet, cùm nunquam ſit niſi pecuniaria. Atque ita remanerent delicta impunita,nec eò magis tamen finita lis eſſet, quia tametſi litigatores ſententiæ paruiſſent metu pœnæ,non ob id tamen prohiberetur Magiſtratus, ad quem ea res,id eſt,vindicta, & vleo publica pertineret criminalem litem inſtituere, & perſequi aduerſus delinquentem, *l.locatio 9.§.quod illicitè de public. & vectig.* Eadem ratio facit, vt neque tranſigere de crimine liceat, præterquam ſi tale ſit,quod irroget pœnam ſanguinis, *l.tranſigere 18 C.de tranſact.* Planè ſi de crimine priuato agatur ciuiliter non criminaliter,quod fieri poſſe conſtat, *l.vlt.de priuat.delict.*dubitandum non eſt,quin de eo compromitti poſſit quamvis famoſum crimen proponatur, neque ea arbitri ſententia infamia vlla irrogetur, quoniam ea lis ad publicam vindictam non pertinet,*l.quid ergo 13.§.ex compromiſſo,ſupr.de his qui not.infam.*

a *Nec dare dicta executionem.* Eo ſcilicet modo quo fieri poteſt executio ſententiæ arbitri,hoc eſt,data per prætorem pœnæ perſecutione,vt bene Accurſ.explicat. Nullam enim aliam executionem poteſt habere arbitri ſententia, quippe quæ vim,& poteſtatem nullam habet niſi quod ad hoc,vt ſi non pareatur ſententiæ,pœna committatur. Itaque paria ſunt dari executionem ſententiæ arbitri, & dari executionem pœnæ, quomodo idem Paulus noſter loquitur,in §.*ſi ſeruus infr.*

7 ¶ De liberali cauſa compromiſſo facto, rectè non compelletur arbiter ſententiam dicere: quia fauor libertatis eſt,vt maiores iudices habere debeat.

¶ Eadem dicenda ſunt. ſiue de ingenuitate, ſiue de libertinitate, quæſtio ſit: & ſi ex fideicommiſſi cauſa libertas deberi dicatur [a].

¶ Item dicendum eſt in populari actione.

Ad §.7. De liberali.

Ratio dubitandi. Fauor libertatis ſuadet, vt quàm citò fieri poteſt cauſa libertatis terminetur, vt & alia quælibet quæſtio ſtatus,quoniã & reipublicæ valde intereſt non manere in ſuſpenſo ſtatum hominis, vt ſciatur an liber quis ſit an ſeruus, & an ingenuus, an libertinus. Atqui in eam rem vtiliſſimus eſt vſus compromiſſorum, quia pertinent ad lites non modò finiendas, ſed etiam citiùs finiendas quàm finiri & expediri poſſint per iudicem. Habet enim ſuas moras iudicij executio, *leg.etiam 15.infr.vt legat.nom.caueat.* Ergo etiam de liberali cauſa cogendus eſt arbiter ſententiam dicere, ſicut & de alia qualibet. Ne alioqui decipiantur, qui ſtudio finiendæ quàm primùm litis eum vt virum bonum elegerunt,*l.3.§.tametſi ſupr.*

Ratio decidendi. Libertatis fauor eſt vt maiores iudices habere debeat, imò maximos, vt loquitur Iuſtinianus,in *leg.vlt.Cod.vbi cauſ.ſtat.agi deb.* ne de re tanti momenti quanti libertas eſt per alios Magiſtratus cognoſcatur,quàm per eos quorum dignitas ſit maior, & fides exploratior. Vnde eſt, quod etiam hodie poſt abrogatum ab Imperatoribus illud ius vetus quo obtinebat,vt non poſſent Magiſtratus ipſi per ſe cognoſcere; ſed iudicem dare cogerentur. Exceptio quam iidem Imperatores addiderunt. Niſi aliqua iuſta de cauſa impediantur,non habet locum in cauſis ſtatus, libertatis, & ingenuitatis, *l.2. C. de pedan.iudic.* Separat hic Paulus cauſam liberalem à cauſa libertinitatis,& ingenuitatis, quia liberalis cauſa eſt in qua agitur de libertate, de qua non tractatur in cauſa libertinitatis. Nam & qui libertinus eſt liber eſt, quamvis ingenuus non ſit. Quod

Accurſius

Accurſius non intellexit, qui putat Paulum noſtrum, in *verſ. eadem dicenda ſunt,* id ipſum dicere in ſpecie, quod iam dixerat in genere, quaſi liberis cauſa non alia ſit, quàm quæ eſt de ingenuitate, aut libertinitate.

a *Etſi ex fideicommiſſi cauſa libertas deberi dicatur.* Ratio dubitandi. De fideicommiſſo compromitti poteſt, vt & de aliis quibuſlibet cauſis quæ ſpecialiter exceptæ non reperiuntur. Alioqui non eſſet cur de fideicommiſſaria libertate tractaretur, ſi ne quidem de cæteris fideicommiſſis compromitti poſſet. Ergo etiam de fideicommiſſaria libertate compromitti poterit.

Rat. dec. Libertas ſemper fauorabilis eſt, nec eò minùs quòd ex fideicommiſſo deberi dicatur. Nam & fideicommiſſa ipſa fauorabilia ſunt, adeò vt meruerint habere Prætores duos, in hoc vnum ab Imperatore Claudio creatos, vt de fideicommiſſis cognoſcerent, quos ideò Prætores fideicommiſſarios appellarunt, *l. 2. §. Diuus deinde Auguſtus, ſupr. de origin. iur.* Ergo non magis de fideicommiſſaria libertate quàm de alia qualibet compromitti poteſt cùm habeat duplicem fauorem, libertatis ſcilicet, & fideicommiſſi. Cúmque fideicommiſſorum fauor idem ſit hac parte qui eſt libertatis, vt maiorem iudicem habere debeat, id eſt, prætorem, facilè mihi perſuadeo, nec de cæteris fideicommiſſis compromitti poſſe. Etſi enim Paulus in hoc §. non niſi de cauſa liberali loquitur, & de cauſa libertinitatis, & ingenuitatis. Ratio tamen quam affert generalis eſt, & ad fideicommiſſa quoque pertinet, de quibus non alius, quàm prætor cognoſcere poteſt. Nam & prætor ex maioribus iudicibus eſt: Arbiter verò nullomodo iudex eſt, ne quidem ex minoribus. Nec rurſus permittendum eſt, vt metu pœnæ ſi contra fideicommiſſum arbiter malè pronunciauerit, circumueniatur voluntas teſtatoris, qui fideicommiſſum reliquit, non magis quàm vt libertati, vel ingenuitati præiudicium fiat ſi arbiter pronunciauerit pro libertinitate contra ingenuitatem, aut pro ſeruitute contra libertatem. Quænam ergo potuit eſſe ratio dubitandi propter quam videri poſſet permittendum compromiſſum de fideicommiſſaria libertate, ſi ne quidem de cæteris fideicommiſſis compromitti poteſt? Nempe quia is cui fideicommiſſaria libertas debetur, interim ſeruus eſt, ideóque certum eſt nullum eius ſtatum eſſe, *l. 4. ſupr. de cap. minut.* Et quamvis per ſe aditum habeat ad prætorem ſi velit, *leg. mulier 22. §. non eſt dubitatum ad SC. Trebell.* ſi tamen malit ſeruus manere, nec libertatem fideicommiſſariam petere, quidni liceat ei tacere? Ergo & compromittere. Quod non ſimiliter dici poteſt de eo cui directa libertas data fuit. Hic enim ipſo iure liber eſt, priùs etiam quàm pro eius libertate fuerit pronunciatum, quia pronunciatio non facit liberum, ſed iam liberum eſſe declarat. Nec proinde permittendum ei eſt, vt metu pœnæ patiatur ſe, vel redigi in ſeruitutem ſi fortè per imperitiam arbitri fuerit pronunciatus ſeruus, vel remanere in poſſeſſione ſeruitutis, ſi cùm re vera liber eſſet, pro ſeruo tamen habebatur, & erat in poſſeſſione ſeruitutis, *l. circa 14. infr. de probat.* Aperta igitur hac parte differentia, & differentiæ ratio eſt inter directam, & fideicommiſſariam libertatem. Sed tamen bene Paulus negat de fideicommiſſaria quoque libertate compromitti poſſe, quia nec ferendum eſt, vt ſiue metu pœnæ, ſiue quo alio prætextu ſeruus maneat is qui liber fieri iure poteſt, & ab inuito etiam domino extorquere libertatem, cùm interſit maximè reipubl. liberis hominibus repleri ciuitatem, *l. 1. infr. ſolut. matrim.*

b *Idem dicendum eſt, & in populari actione.* Vt ſcilicet de ea compromiſſum fieri non poſſit.

Ratio dubitandi. In popularibus actionibus exercendis præfertur is cuius intereſt, *leg. 3. §. 1. de popul. action.* Ergo in eius poteſtate eſſe debet, vt compromittat, cùm neque ſibi neque alius vllam in eo faciat iniuriam.

Ratio decidendi. Ea demùm popularis actio dicitur quæ ſuum populi ius tuetur, *leg. 1. eod.* Non ergo permittendum eſt, vt quis metu pœnæ omittat id facere, quod fieri cuilibet de populo expediret, vt & Accurſius hîc ratiocinatur. Sed quod idem vult huius §. ſententiam trahendam eſſe ad omnes cauſas in quibus vertatur, vt ipſe loquitur, merum, vel mixtum imperium ridiculum eſt, & ex eo natum quod non intellexit quid ſit mixtum imperium, vt ex iis apparet quæ adnotauimus, ad *tit. De iuriſd.* Debuit dicere, non poſſe compromitti de qualibet alia cauſa ſtatus, quales illæ ſunt de adſcripritiis, & cenſitis, de quibus in *leg. ne diutiùs 21. Cod. de agric. & cenſit.* de matrimonio, de controuerſione, & monachatione, vt Accurſ. loquitur.

8 ¶ Si ſeruus compromiſerit, non cogendum eſſe dicere ſententiam arbitrum, nec, ſi dixerit, pœnæ executionem dandam de peculio, putat Octauenus. Sed an, ſi liber a cum eo compromiſerit, executio aduerſus liberum detur, videamus? Sed magis eſt, vt non detur.

Ad §. 8. Si ſeruus.

Ratio dubitandi. Permiſſum eſt ſeruis etiam contra dominos conſiſtere ex certis cauſis, de quibus in *l. vix. certis ex cauſis 53. infr. de iudic.* Quidni ergo ex iiſdem cauſis liceat ei compromittere? Nam ſi quis dicat, ſeruum nulla habere bona in quæ poſſit fieri executio ad conſequendam pœnam ſi fortè is arbitri ſententiæ parêre noluerit, in prompto reſponſio eſt, poſſe ex compromiſſo pœnæ perſecutionem eſſe contra dominum per actionem de peculio, ſicut ex alio quolibet contractu ſerui, quaſi ex negotio geſto, *leg. 1. & toto titulo de pecul.*

Ratio decidendi. Compromiſſa redacta ſunt ad inſtar, & ſimilitudinem iudiciorum, *leg. 1. ſupr.* Iudicium autem non poteſt conſiſtere cum ſeruo, *l. cum ſeruo 107. de reg. iur.* nec ſi ſeruus iudicio condemnaretur, daretur tamen actio de peculio, *leg. 3. §. ſi ſeruus infr. de pecul.* vbi lego *tamen* pro eo quod vulgò legitur *in eum* cùm in toto §. nulla fiat mentio domini, vt ad ipſum poſſis cum Accurſio referre pronomen illud demonſtratiuum *eum.* In Pandectis verò Florentinis multò peius legitur *in rem actio,* quæ nullius ſenſus lectio eſt. Ergo neque arbitrium cum ſeruo reddi poteſt. Prius autem eſt, vt & compromiſſum, & arbitrium valeat, quàm vt quæri poſſit de pœna an eius executio danda ſit, ſiue contra compromiſſorem, ſiue contra quemlibet alium ex compromiſſoris facto & perſona.

a *Sed an ſi liber.* R. dub. Ratio quæ impedit ne compromiſſum, & arbitrium valere poſſit ex parte ſerui, non habet locum in perſona liberi hominis qui cum ſeruo compromiſit, quia poteſt ille, & obligari & conueniri. Ergo quamvis executio pœnæ dari non poſſit contra ſeruum neque contra dominum per actionem de peculio, non eò minùs tamen contra liberum hominem danda eſt, cùm poſſit ei imputari cur cum ſeruo compromiſerit, quomodo dici ſolet de eo qui cum pupillo contraxit non adhibita tutoris auctoritate, *leg. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo de act. empt.* vbi ſcribit Vlp. ex vno tantùm latere ſtare hoc caſu contractum.

Ratio decid. Neque compromiſſum, neque arbitrium claudicare poteſt, *leg. quid tamen 21. §. penult. ſupr.* ne alioquin auctoritas arbitri impunè contemnatur ex parte illius qui ad pœnam præſtandam vrgeri non poteſt, ſi

fortè

forte contra eum pronuncietur, niſi arbitro quoque imputare volumus cur non pronunciauerit contra eum à quo pœna peti potuiſſet: quod eſſet abſurdum, cùm fieri poſſit vt bonam cauſam habeat is qui inutiliter compromiſit. Atqui claudicaret arbitrium ſi aduerſus liberum hominem, qui cum ſeruo compromiſit, executionem pœnæ daret prætor, qui eam contra ſeruum ipſum aut ſerui dominum dare non poſſet. Ergo magis eſt, vt neque contra liberum hominem dari non poſſit.

9 ¶ Item ſi quis Romæ compromiſerit, mox Romam in legationem venerit, non eſt cogendus arbiter ſententiam dicere: non magis, quàm cogeretur, ſi litem ante conteſtatus eſſet, nunc eam exercere; nec intereſt, tunc quoque in legatione fuerit, an non. Sed ſi nunc in legatione compromittat [a], puto cogendum arbitrum ſententiam dicere: quia &, ſi iudicium ſponte accepiſſet, cogeretur peragere. Sunt tamen, qui de iſto non rectè dubitant: qui vtique nullomodo dubitabunt, ſi de ea re in legatione compromiſit, quam in legatione contraxit: quia & iudicium eo nomine accipere cogeretur.

¶ Illud in prima ſpecie [b] poteſt diſpici: an, ſi ante compromiſit legatus, cogendus ſit arbiter ſententiam dicere, ſi ipſe legatus poſtulet: quod prima ratione poterit videri iniquum, vt in ipſius poteſtate ſit; ſed hoc tale erit, quale ſi actionem velit dictare: quod facere ei licet. Sed compromiſſum iſtud comparabimus [c] ordinariæ actioni, vt non aliàs audiatur deſiderans, vt arbiter ſententiam dicat, quàm ſi ſe defendat.

Ad §. 9. Item ſi quis Romæ.

R. dub. Cùm is qui Romæ compromiſit Romam venit, quamvis legationis cauſa perinde adeſt ac ſi legationis cauſa non veniſſet. Ergo perinde arbitrio quoque parêre cogendus eſt, & conſequenter perinde cogi debet arbiter vt ſententiam dicat.

Rat. dec. Adeſt quidem Romæ, ſed tamen ius habet domum reuocandi, quoniam ob aliam cauſam venerat, licèt in eo ipſo loco contraxerit, in quo fungitur legatione, *leg. 2. §. legatus, & §. omnes autem infr. de iudic.* Ergo non eſt hoc caſu cogendus arbiter ſententiam dicere, quia ſi diceret contra legatum, cogeretur legatus metu pœnæ amittere priuilegium ſuum, quod ei conſeruari non tantùm eius intereſt, ſed etiam reipublicæ. Nam & ſi antè ſuſceptam legationem, hic legatus litem conteſtatus eſſet Romæ, mox Romam legationis cauſa veniſſet, non cogeretur eam actionem nunc, id eſt, poſt legationem ſuſceptam exercere. Nec aliud erit, quamvis eo tempore quo compromiſit in alia fuerit legatione, ſecus verò ſi in eadem fuiſſet, vt ſequitur in textu.

a *Sed ſi nunc in legatione compromittat.* Ratio dub. Tametſi in legatione quis compromiſerit, æquè tamen verum eſt, legatum eum eſſe. Ergo priuilegium, quod habet tanquam legatus perinde ei conſeruandum eſt, & conſequenter non magis hoc quàm ſuperiore caſu arbiter ſententiam dicere cogendus eſt, quia nec iudicium accipere legatus cogeretur, ſcilicet de ea re quam ante legationem contraxiſſet, *dict. leg. 2. paragraph. omnes de iudic.*

Ratio decidendi. Habet quidem legatus hoc priuilegium, & tanquam legatus, ſed ratione eorum dumtaxat contractuum, quos ante legationem celebrauit, non ratione cæterorum in legatione eadem initorum, *d. leg. 2. §. omnes. infr. de iudic.* Videtur enim legatus huic priuilegio renunciare quoties contrahit in ipſa legatione. Nec vllorum magis intereſt quàm legatorum ita ius conſtitui, vt ſi contrahant durante legatione nullum habeant priuilegium, ne alioqui huiuſmodi perſonis commercio interdicatur quodammodo, nemine cum eis contrahere volente, argum. *l. quod ſi minor 24. §. non ſemper ſupr. de minoribus leg. Diuus 24. de teſt. milit. leg. ratas 7. C. de reſcind. vend.* Nec mirum eſt, ita ſeruari in compromiſſo, quod etiam in iudicio ſeruaretur. Nam etſi legatus iam in eadem ipſa legatione conſtitutus iudicium ſponte accepiſſet, cogeretur illud peragere. Ergo & arbitri ſententiam audire, & vel ei obtemperare, vel pœnam præſtare. Nec diſtinguemus an legationis tempore compromiſerit. Legatus de ea re, de qua in legatione contraxit, an de alia. Etſi minor dubitatio eſt, cum de ea re, de qua contraxit, compromiſit: quia & iudicium eo nomine accipere cogeretur, non etiam de ea re qua ante legationem contraxiſſet, *d. §. omnes.* Cur ergo, inquies reprehendit Paulus eos qui hanc diſtinctionem adhibebant, de qua re compromiſſum factum eſſet? Nempe quia tractet de compromiſſo facto in legatione. Quod compromiſſum contractus eſt, cùm per mutuam ſtipulationem contrahatur. Ergo quod ius obtinet in cæteris contractibus in legatione factis idem in compromiſſis quoque obtinere debet, de quacunque tandem re facta proponantur.

b *Illud in prima ſpecie.* Ratio dubitandi Cùm legatus ante ſuſceptam legationem compromiſit, ſi dicamus cogendum eſſe arbitrum ſententiam dicere Legato ipſo poſtulante, fiet vt in ipſius poteſtate ſit an arbiter ſententiam dicat, quam vtique non poſſet dicere ipſo inuito. Ita igitur fiet, vt arbitrium claudicet, quod abſurdum eſſe diximus, ad §. *praced. leg. quid tamen* 21. §. *penult. ſup.* Et ſanè cùm compromiſſa redacta ſint ad inſtar iudiciorum, *l. 1. ſupr.* iniquum eſt pendêre neceſſitatem arbitrij ex voluntate vnius ex litigatoribus, ex qua iudicium pendêre non poſſet. Etſi namque in poteſtate actoris eſt, an & quando agat, *l. vnic. C. vt nem. inuit. agere vel accuſ. cog.* vbi tamen ſemel egit, & iudicium accepit, non eſt in ipſius poteſtate, vt iudex à prætore datus ſententiam dicat, vel non dicat. Iudicium enim redditur quidem in reum inuitum pro actore id poſtulante, *leg. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verbor. obligat.* ſed ſententia iudicis fertur etiam in actorem inuitum, ſi fortè iudex abſoluere reum velit.

R. dec. Tale hoc eſt quale ſi velit Legatus actionem dictare, quod ei facere licet, ne alioqui, quod ipſius fauore conſtitutum fuit, in eius odium retorqueatur contra, *l. nulla 25. ſupr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* Ergo nec prohibendus eſt Legatus poſtulare, vt cogatur arbiter ſententiam dicere, quamvis ante ſuſceptam legationem compromiſerit.

c *Sed compromiſſum comparabimus* Non reprehenditur aut corrigitur his verbis, quod ſcriptum eſt in præcedentibus. In legati poteſtate eſſe, vt arbiter cogatur ſententiam dicere, ſed ex eo ipſo inſertur. Hoc igitur ita eſſe accipiendum vt non aliter audiatur legatus deſiderans vt arbiter ſententiam dicat quàm ſi ſe defendat. Vtrunque enim proficiſcitur ex comparatione tam ſæpè facta compromiſſi & iudicij ordinarij, quia nec aliter auditur Legatus volens agere in eo loco in quo fungitur legatione, quàm ſi ſe defendat, & quidem contra omnes vt ſcriptum eſt, in *d. l. 2. item ſi extra verſic. ſed ſi agant. infr. de iud.* Ergo vt bona ſit comparatio in hoc ipſo de quo quærimus, dicendum eſt, eo caſu quo Legatus velit arbitrum cogere, vt ſententiam dicat, non aliter

audiri

audiri cum debere quàm ſi paratus ſit ſe defendere non modò aduerſus eum contra quem agit, & de inchoatis tantùm controuerſiis, vt voluerunt ij interpretes quos refert & ſequitur Accurſ. ſed contra cæteros quoque omnes.

Rat. dubitandi. Arbiter nullam habet iuriſdictionem quæ poſſit prorogari, quomodo poteſt prorogari iuriſdictio eius apud quem iure ordinario legatus conuenitur. Ergo non eadem hac parte ratio eſt compromiſſi, & iudicij. Et ita Accurſius ex veterum illorum interpretum ſententia ratiocinatur.

Ratio decidendi. Nulla hîc opus eſt prorogatione iuriſdictionis, neque quod ad iudicem, neque quod ad arbitrum. Neuter enim habet iuriſdictionem, nec magis iudex quàm arbiter. Eſt enim iuriſdictio prætoris qui dat iudicem. Notio autem iudicis dati à prætore, *l. ait prætor §. infr. de re iud.* At neque prætoriæ iuriſdictionis hac parte prorogatio vlla fit. Non enim cogitur Legatus, etiamſi apud prætorem agere velit Romæ vbi in legatione eſt contra alios ſe defendere quàm à quibus iure ordinario conueniri poſſet apud eundem prætorem, & ex eius iuriſdictione ſi priuilegium reuocandi domum non haberet. Alioqui nullo priuilegio quis indiget; vt non conueniatur apud eum, cuius iuriſdictioni ſubiectus non eſt, licèt non eo minùs vocare debeat vt hoc ipſum ſciatur cuius ſit iuriſdictio, *leg. 2. ſup. ſi quis in ius vocat. non ier. l. ſi quis ex aliena §. infr. de iud.* Nec quod cogitur pati reconuentionem in eo ipſo loco in quo agit, Auth. *& conſequenter, C. de ſent. & interloc. omn. iudic. ad rem facit.* Id enim ita debet accipi ſi competens ſit iuriſdictio in cauſa reconuentionis, ſicuti fuit competens in cauſa conuentionis. Reconuentio ſiquidem tollit incompetentiam iudicis dati à prætore, ſed non iuriſdictionis, vt pluribus tractabimus in tertia parte Chilyadis noſtræ. De erroribus pragmaticorum, ſi Deus Opt. Max. conatibus noſtris fauebit. Quod tamen diximus, legatum qui deſierat cogi arbitrum, vt ſententiam dicat non aliter audiendum eſſe quàm ſi ſe defendat, ſic accipiendum eſt, vt ſi de qua alia re apud eundem arbitrum compromiſerit, pati debeat vt aduerſario quoque poſtulante arbiter, ſiue idem ille ſit, ſiue alius cogatur ſententiam dicere. Si verò nullum aliud compromiſſum ſit, pati debeat vt apud eundem prætorem apud quem agit, conueniri etiam poſſit, de iis nimirum quæ ad eiuſdem prætoris iuriſdictionem pertinent.

10 ¶ Si is faciat controuerſiam hæreditatis, qui cum defuncto compromiſerat: futurum eſt præiudicium hæreditati, ſi arbiter ſententiam dicat: ergo interea inhibendus eſt arbiter.

Ad §. 10. Si is faciat.

Ratio dubitandi. Cùm is facit controuerſiam hæreditatis, qui de fundo aliquo hæreditario compromiſerat cum defuncto, de alia re lis eſt; quàm de qua fuit compromiſſum: ſiquidem nec hæreditas, nec pars vlla hæreditatis eſſe intelligitur in re vna hæreditaria, *leg. quamuis 14. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Ergo prætextu inſtitutæ poſtea petitionis hæreditatis, arbitrio mora fieri non debet.

Rat. dec. Fieret præiudicium hæreditati, id eſt, actioni quæ de hæreditate inſtituta eſt, ſi arbiter de fundo hæreditario ſententiam diceret, ſine pro eo pronunciaret, qui hæreditatem peteret, ſiue pro eo qui hæreditatem poſſideret. Non quaſi ſententia arbitri poſſit habere vim rei iudicatæ, ſed quia metu pœnæ habeat plerúmque eundem effectum quem haberet res iudicata: quod cùm euenit, abſurdum eſt rem hæreditariam penes eum manere qui poſtea non hæres reperietur, aut côtrà euinci ei qui poſtmodum hæres pronuncietur. Atqui eorum iudiciorum qui ſunt de hæreditaris petitione, auctoritas ea eſt, vt nihil in præiudicium ipſorum fieri debeat, *l. Diuus §. in ſi. de pet. hæred. inf.* Magnitudo enim, & auctoritas centumviralis iudicij non patiebatur olim, per alios tramites viam petitionis hæreditaris infringi, vt ait Iuſt. in *l. vlt. in princ. C. eod.* vbi tamen ille hoc ius corrigit in pleriſque. Ergo interea inhibendus eſt arbiter ne ſententiam dicat, etiamſi dicere velit. Tantum abeſt, vt ſit cogendus ſi nolit. Generale omnque eſt, vt per minorem cauſam maiori cognitioni præiudicium fieri nunquam debeat, maióque quæſtio minorem cauſam ad ſe trahat, *l. per minorem 54. inf. de iud. l. ſi quis liberi. 7. infr. de pet. hæred. l. fundi 18. de except. rei iud.* Maius autē iudicium eſt, quod vniuerſale eſt, quàm quod ſingulare: ideóque durante iudicio vniuerſali ſingularia iudicia conquieſcere oportet. Planè iis caſibus quibus placuit Iuſtin. in *d. §. vlt.* vt pendente quæſtione petitionis hæreditatis ſingularia tamen iudicia pleráque exerceri poſſint, non video cur non etiam arbiter cogi poſſit ſententiam dicere, & in eo quoque correctum ſit per conſequentias ius vetus, ex cuius ratione Paulus noſter in hoc reſpondit. Idque ab Accurſio non fuiſſe obſeruatum miror. Illud benè Accurſ. notat in huius §. ſpecie ponendum eſſe id actum in compromiſſo, vt non finiretur morte. Alioqui mortuo vno ex compromiſſoribus non eſſet tractandum an arbiter ſententiam cogeretur dicere, quam nec ſi vellet, poſſet: *l. diem proferre 27. §. 1. ſupr.* Sed an ſimiliter ponendum erit quod vult Accurſ. id etiam actum fuiſſe, vt arbiter diem proferre poſſet? Minimè. Nihil enim vetat compromiſſi tempora laxiri, vt expectari poſſit tempus, quo iudicium petitionis hæreditatis finitum fuerit, & terminatum. Alioqui perinde quidem inhibendus eſt interim arbiter ne ſententiam dicat, ſed non eo magis poſt finitum iudicium petitionis hæreditatis, aut ſententiam dicere poterit arbiter ſi dies præterierit, aut diem proferre ſi non in compromiſſo ea poteſtas ipſi data ſit: *§. vlt. huc l. & l. non ex omnibus 39. §. vlt. infr. eod.*

11 ¶ Dies compromiſſi proferri poteſt, non cùm ex conuentione, ſed cum iuſſu arbitri eam proferri neceſſe eſt, ne pœna committatur.

Ad §. 11. Dies compromiſſi.

Ratio dubitandi. Cùm inter litigatores conuenit, vt dies proferri poſſit, videtur id actum, vt poſtulante vno ex litigatoribus alter cogatur conſentire, aut alioqui pœnam præſtare. Nec enim ſtipulationis verba quicquam exprimunt de neceſſitate expectandæ diei proferendæ. Ergo ſi ſtatim poſt conuentionem alter ex litigatoribus diem proferri velit alter nolit, pœna vtrique aduerſus nolentem committetur.

Ratio decidendi. Conuentio iſta ſic accipienda eſt, vt non tam ad tempus conuentionis, & ad voluntatem alterutrius litigantium relata videatur, quàm ad iuſſum arbitri, & ad id tempus quo arbiter videat neceſſariam eſſe diei prolationem. Interim igitur ſi vno ex litigatoribus vrgente proferri diem alter diſſentiat, non ideò pœna committetur. Quid enim attinet diem proferri ſine vlla neceſſitate? Aut cur credamus conuentionem huiuſmodi ſic accipiendam eſſe, vt diei prolatio intempeſtinè ac citra neceſſitatem facta ad aliud non proficere

quàm

quam ad pœnam committendam? Quid ergo ſi arbiter iubeat diem proferri priùs etiam quàm ſit neceſſe? An ei impunè non parebitur? Imò pœna committetur quoniam arbitro omnimodo parendum eſt, nec vlterius inquirendum cur ita iubeat, & an neceſſitas aliqua ſit, ita iubendi necne: non magis quam in alia qualibet eius ſententia, æquàne ſit an iniqua, *l. diem proferre* 27. *§. ſtari ſupr. eod.* Quid ſi neuter ex litigatoribus diem proferre velit? Neuter pœnam præſtabit. Ei námque debetur pœna qui paruerit, non qui in eam ipſe quoque inciderit, *l. cùm par* 154. *§.* 1. *de regul. iur.* Alioqui perabſurdum erit vice mutua petitionem induci, vt ab altero pœnam petat is qui eam viciſſim debeat, *l. cùm pater* 77. *§. libertis de legat.* 2. iunct. *l. arbiter Kalendis* 40. *infr. hoc tit.* Et ita locus hic explicandus eſt omiſſis Accurſij ambagibus.

12 ¶ Si arbiter ſeſe celare tentauerit, prætor eum inueſtigare debet, & ſi diu non paruerit multa aduerſus eum dicenda eſt.

Ad §. 12. Si arbiter.

Ratio dubitandi. Non debet prætor facere, at neque pati vt fiant de lite lites, cùm ob hoc ipſum cogat arbitrum ferre ſententiam quòd ſtudeat lites finiri, *l.* 3. *§. tametſi ſupr.* Atqui cùm arbiter ſeſe celare tentat ſi prætor eum inueſtigare velit, & eo diu ac per multum temporis non apparente mulctam aduerſus eum dicere litigatoribus nimirum poſtulantibus (hoc enim ponendum neceſſariò eſt, vt habeat prætor cauſam ſe interponendi) fient de lite lites. Noua ſiquidem lis hoc modo inſtituitur aduerſus arbitrum, nec magis finitur lis prior de qua fuerat compromiſſum.

Rat. dec. Non noua lis hoc caſu inſtituitur, quàm contumacia arbitri punitur, vt quemadmodum metu pœnæ coguntur litigatores parêrere ſententiæ arbitri, ità & arbiter metu mulctæ cogatur ſententiam ferre poſtquam in ſe arbitrium recepit Prætore contumaciam eius coërcente, tum quòd ſtudeat lites finiri, tum quòd nolit pati, vt decipiantur ab arbitro litigatores, qui eum tanquam virum bonum elegerunt, *d. §. tametſi.* Solet verò hoc modo prætor ad factum cogere illos qui facere aliquid promiſerunt, mulcta ſcilicet aduerſus eos dicta, quoniam ad factum ipſum præcisè cogi nemo vnquam poteſt, vt dixi, ad *d. §. tametſi.*

12 ¶ Cùm in plures compromiſſum eſt ea conditione, vt quam quilibet vel vnus dixiſſet ſententiam, ei ſtaretur: abſentibus, cæteris nihilominùs qui præſens eſt cogetur, at ſi ea conditione [a], vt omnes dicant, vel quod de maioris partis ſententia placuerit: non debet ſingulos ſeparatim cogere: quia ſingulorum ſententia ad pœnam non facit.

Ad §. 13. Cùm in plures.

Ratio dub. Præſentia cæterorum trahere hunc qui præſens eſt in aliam & fortaſſis contrariam ſententiam. Ergo non debet cogi qui præſens eſt, vt ſolus pronunciet cæteris abſentibus in quos pariter compromiſſum fuit, cùm etſi omnes adeſſent excepto vno, ſufficeret vnius abſentia ad hoc ne cæteri ſententiam dicere cogerentur, *l. item ſi vnus* 17. *§. vlt. ſupr. eod.*

Ratio decidendi. Hoc fit propter adiectam in compromiſſo conuentionem illam vt quam quilibet, vel vnus ex iis arbitris ſententiam diceret, ei ſtari perinde oporteret ac ſi omnibus dicta eſſet. Dictio enim *quilibet* diſtributiua eſt, vt bene hîc Paulus notat. Quid igitur ſi poſtquàm hic præſens ſententiam dixit ſuperuenian‍t alij arbitri, qui etiam ipſi velint ſententiam dicere? An audiendi erunt & coniungendæ ſententiæ, vt ea obtineat in qua pars maior conſenſerit? arg. *d. l. item ſi vnus. §. principaliter.* Rectè Accurſius negat, quia vbi ſemel ſententia ſic dicta eſt, vt pœna ex eo committi poſſit ſi ſententiæ non pareatur, ſolutum finitúmque compromiſſum eſt, nec alia ſententia ferri amplius poſſet quia nec pœna committeretur. Præterquàm quòd nec ob id plures arbitri eliguntur, vt plures ſententiæ de vna eadémque controuerſia ferantur, ſed vt vel meliùs tutiúſque pronuncietur ſi omnes arbitros adeſſe neceſſe ſit, vel faciliùs & citiùs, ſi conuenerit, vt ex arbitris pluribus electis quilibet vel vnus ſententiam dicere poſſit, quemadmodum in hoc §.

a *At ſi ea conditione.* Ratio dubitandi. Etiamſi pluralitas reſoluitur plerúmque in ſingolaritates, vt in *l. falſa* 33. *§. vltim. de conditionib. & demonſtrationibus. leg. Lucius* 78. *§. Caio Seio, infr. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo etſi conuenerit in compromiſſo, vt omnes arbitri ſententiam dicant ſinguli tamen ſeparatim cogi poterunt.

Ratio decidendi. Dictio *omnes* quæ in huiuſmodi conuentione vſurpata proponitur, non tantùm pluralis eſt, ſed etiam collectiua, quæ proinde nunquam reſolui poteſt in ſingularitates. Id enim repugnat naturæ, & proprietati dictionis collectiuæ, quæ ideò collectiua dicitur, quia ſingularitates omnes colligit eáſque adunat ne ſeparatim accipi poſſint. Excipiendus tamen eſt caſus elegans, *l. heredes mei* 57. *§. cùm ita eod. tit. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, propter ſpecialem rationem, quam nos in eius loci explicatione attulimus in libris Conjectura rum. Ergo ſi ea conditione compromiſſum fit in plures arbitros, vt omnes ſententiam dicant, vel vt ei ſtetur, quod de maioris partis ſententia placuerit, non debebit prætor ſingulos ſeparatim cogere, quia id fruſtrà faceret cùm ſingulorum ſententia nihil prodeſſet ad pœnam. Sententiam enim ab arbitris ſecundùm legem compromiſſi latam eſſe oportet, vt pœna committi ex ea poſſit, *lege Pedius* 7. *§.* 1. *& leg. ſequent. & dict. leg. item ſi vnus* 17. *§. item ſi plures ſupr.* Quid ſi dictum non ſit neque vt omnes ſententiam ferre debeant, neque vt ipſorum quilibet? In dubio id actum videbitur vt adeſſe omnes oporteat, ex ratione poſita, in *d. leg. item ſi vnus §. vlt.* Et ita rectè Accurſius.

14 ¶ Cùm quidam arbiter ex aliis cauſis inimicus manifeſtè apparuiſſet teſtationibus etiam conuentus, *ne ſententiam diceret*, nihilominùs nullo cogente dicere perſeuerâſſet: libello cuiuſdam id quærentis Imperator Antoninus ſubſcripſit poſſe eum vti doli mali exceptione: & idem, cùm à iudice conſuleretur, apud quem pœna petebatur, reſcripſit, etiam ſi appellari non poteſt, doli mali exceptionem in pœnæ petitione obſtaturam. Per hanc ergo exceptionem [a] quædam appellandi ſpecies eſt, cùm liceat retractare de ſententia arbitri.

Ad §. 14. Cùm quidam.

Ratio dubitandi. A ſententia arbitri appellari nunquam poteſt, *l.* 1. *C. hoc tit.* ſed ei ſtari omnino neceſſe eſt, quantumvis ſit iniqua, vel pœnam præſtari, *l. diem proferre* 27. *§. ſtari ſupr.* Atqui appellandi quædam ſpecies

eſt, ſi liceat ei qui conuenitur ad pœnam ob id quod arbitri ſententiæ non paruerit, opponere doli exceptionem, cùm eo modo fiat, vt liceat retractare de ſententia arbitri. Ergo etiam arbiter tanquam inimicus ex alia ſuperueniente cauſa factus & teſtationibus quoque conuentus ne ſententiam diceret, nihilominùs dicere perſeuerauerit nullo etiam ex litigatoribus cogente, doli tamen exceptio aduerſus pœnæ petitionem danda non eſt, ne fiat per indirectum, quod directò fieri non poteſt contra *l. ſcire oportet* 21. *§. 1. infr. de legit. tut.* Præſertim cum non litigatoris qui nunc pœnam petit, ſed arbitri dolus interueniſſe proponatur.

R. dec. In omni compromiſſo id ſemper actum intelligi debet, ne quid dolo malo ſiue arbitri, ſiue alterius ex litigatoribus fiat, *l. prox. præced.* vbi dixi, *ſupr. l. 3. C. h. tit.* Nunquam enim æquum eſt ex dolo vnius fieri conditionem alterius deteriorem. In propoſito autem euidens eſt dolus arbitri, qui factus poſt ſuſceptum arbitrium inimicus vnius ex litigatoribus denunciatione quoque ei facta ne ſententiam diceret, nihilominùs ſententiam dicere voluit, & hunc cuius inimicus erat condemnauit, pro quo fortaſſis pronunciaſſet ſi inimicus non fuiſſet. Quamvis autem nihil in eo fecerit dolo malo litigator initio inſpecto, nunc tamen dolo malo facit cùm agit pœnali ſtipulatione, pœnamque petit ob id quod eiuſmodi ſententiæ non fuerit obtemperatum, cui nec obtemperari æquum eſt, non quòd ſit iniqua (nec enim ratio illa ſufficeret, *d. §. ſtari,*) ſed quod ab inimico reddita, & dolo malo arbitri, in quem litigatores tanquam in virum bonum compromiſerant, *l. 3. §. tametſi ſuprà.* Ergo victori pœnam petenti obſtare doli mali exceptionem dicendum eſt, arg. *l. 3. §. circa de doli mali except.* Poſuimus autem ſuperueniſſe inimicitias poſt compromiſſum; quia ſi quæ præceſſiſſent eæ per compromiſſum purgatæ eſſent, ſibique deberet imputare qui in reconciliatum inimicum à quo ſibi potius cauere debuerat, vltro compromiſſum. At cùm ex poſtfacto ſuperuenerunt, haberi earum rationem æquum eſt, quia quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio, *l. de ætate 11. §. ex cauſa de interrog. in iur. fac. leg. licèt autem 15. in fin. & hac ipſa l. in §. ſacerdotio* vbi dixi *ſupr.* Nec aliud in iudice obtinere exiſtimandum eſt. Nam quod dicimus non poſſe recuſari iudicem poſt litem conteſtatam, *l. apertiſſimi 16. C. de iud.* ita accipiendum eſt, niſi ſuperuenerit noua iuſtáque recuſationis cauſa poſt litis conteſtationem: in eóque Accurſius errauit qui aliam hac parte iudicis, aliam arbitri rationem eſſe ſcripſit. Sicut autem inimicitias iſtas neceſſe eſt ſuperuenisse poſt compromiſſum, & ante pronunciatum arbitrium. Quæ enim ex arbitrio ipſo quantumvis iniquo proficiſcerentur, eæ doli exceptionem inducere nullam poſſent, *d. §. ſtari.*

a *Per hanc igitur exceptionem.* Totus hic verſiculus videtur mihi eſſe imperiti interpretis. Eiuſdem fortaſſe cuius ſunt aliæ eiuſmodi pleræque illationes à nobis antehac obſeruatæ, vt in *leg. ſi pignori 22. §. ſi prædo verſ. proderit igitur de pignorat. actio. l. debitor 59. verſ. remanet. ergo ad Senatuſconſult. Trebell.* & aliæ ſimiles quamplures. Eſt enim hæc illatio ſanè inepta, & perabſurda, cùm nihil commune, aut ſimile habeat hæc doli exceptio cum appellatione. At neque verum eſt retractari hoc caſu de ſententia arbitri. Quantumvis enim æqua eſſet, ſemper tamen doli mali exceptio locum haberet ex cauſa inimicitiarum quæ inter arbitrum, & vnum ex litigatoribus ſuperueniſſent.

15 ¶ De officio arbitri tractantibus ſciendum eſt, omnem tractatum ex ipſo compromiſſo ſumendum, nec enim aliud illi licebit, quàm quod ibi, vt efficere poſſit cautum eſt: non ergo quodlibet ſtatuere arbiter poterit, nec in qua re libet: niſi de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſsum eſt.

Ad §. 15. De officio.

Rat. dub. Arbiter compromiſſarius eligitur tanquam vir bonus, & vt à tota lite & controuerſia diſcedatur, *l. 1. l. 3. §. tametſi, l. qualem 19. §. dicere ſupr. eod.* Ergo permiſſum ei intelligitur, vt ſtatuat quicquid velit, & de qua re velit dummodò finem litibus, & controuerſiis omnibus imponat. Alioqui ſi verba compromiſſi præcisè ſpectare oporteat, dicendum erit nec ſolutioni diem ſtatuere arbitrum poſſe, cùm de eo nihil adiici ſoleat in compromiſſo, quod tamen ſine dubio facere arbiter poteſt, *l. quid tamen 21. §. ſolutioni ſupr.*

Ratio decidendi. Nullam habet poteſtatem arbiter, niſi quam à litigatoribus ex compromiſſo accepit. Ergo non aliud arbitro licere poteſt quàm quod ibi, hoc eſt, in compromiſſo, vt efficere poſſit, expreſſim cautum eſt, *l. arbiter ex compromiſſo 50. infr. hoc tit.* Sicut enim iudex adſtrictus eſt formulæ, ita & arbiter: ſed illæ formulæ prætoris à quo datus fuit, hic verò formulæ compromiſſi à litigatoribus facti qui eum elegerunt. Non igitur quodlibet ſtatuere arbiter poterit, nec in qua re libet, ſed de qua duntaxat re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt. Quemadmodum nec iudex de alio pronunciare poteſt quàm de quo datus eſt, *leg. 1. Cod. ſi a non compet. iud.* nec procurator alia tractare quàm ad quæ datus fuit, ſiue ad lites ſiue ad negotia datus ſit, *leg. maritus 21.* iunct. *leg. ſi procurator. 10. de Cod. de procuratorib. leg. diligenter 5. Mandat.* Excipienda tamen ſunt ea, ſine quibus expedire non poſſet arbiter ea, de quibus nominatim compromiſſum fuit, quale illud eſt, quod diximus, ſtatuere diem ſolutioni. Nam & iudici, & procuratori tantundem licet, *leg. 2. ſupra de iuriſdiction. leg. ad rem mobilem 56. leg. ad legatum 62. ſupra de procuratoribus.* An ergo arbiter ſumptus de fundo non poterit pronunciare de fructibus? Ita nonnulli crediderunt, quos Accurſius refert. Ipſe verò diſtinguit an fructus debeantur per ſe, vt loquitur & obligationis iure, an verò iudicis officio duntaxat, vt poſteriore hoc caſo poſſit arbiter etiam de fructibus pronunciare, priore verò non item. Ego contra puto indiſtinctè permittendum eſſe arbitror vt de qua re compromiſſum fuit, de ipſius quoque fructibus pronunciet. Sunt enim fructus ſemper acceſſorij, ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis debeantur. Adeò vt etiam ſi per errorem malè pronunciatum ſit de fundo contra poſſeſſorem, debeat iudex eodem errore de fructibus quoque pronunciare ac poſſeſſorem condemnare, *l. ex diuerſo 35. §. 1. de rei vindicatione* Nec ſanè lis terminata dici poteſt quandiu ſupereſt quæſtio de fructibus, *leg. terminato 3. Cod. de fructibus, & lit. expenſ.* Boni autem arbitri eſt totam controuerſiam dirimere, *d. l. qualem 19. §. dicere ſupr. & §. prox. infr.* Et ſanè quid abſurdius eſt, quàm exiſtimari arbitrum qui pronunciare poſſet de fructibus etiam de quibus nihil in compromiſſo dictum eſſet, ob id minùs pronunciare de iis poſſe, quòd etiam obligationis iure debeantur?

16 ¶ Quæſitum eſt de ſententia dicenda & dictum, non quamlibet: licèt de quibuſdam variatum ſit: & puto verè non committi, ſi dicat ad iudicem de hoc eundem, vel ſe, vel alium (in) ſe, vel in alium compromittendum. Nam & Iulianus, impunè non pareri, ſi iubeat ad alium arbitrum

trum ire, ne finis non ſit: quòd ſi hoc modo dixerit, vt arbitrio Publij Mæuij fundus traderetur, aut ſatiſdatio detur: parendum eſſe ſententiæ idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferatur, ſua ſententia finem controuerſiæ eum imponere oportet: non autem finiri controuerſiam cum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur partémque ſententiæ eſſe, quemadmodum ſatiſdetur, quibus fideiuſſoribus: idque delegari non poſſe, niſi ad hoc compromiſſum ſit, vt arbiter ſtatueret cuius arbitratu ſatiſdaretur.

¶ Item ſi iubeat ſibi alium coniungi, cùm id in compromiſſo non ſit, non dicit ſententiam: nam ſententia eſſe debet de re compromiſſa de hoc autem compromiſſum non eſt.

Ad §.16. Quæſitum.

Initium huius §. totum eſt intricatum, & ni fallor planè Tribonianeum. Quid enim illud ſibi vult, *& dictum eſt non quamlibet*, Niſi cum Accurſio ſuppleas acſi ſcriptum eſſes, *& dictum eſt à ſapientibus non quamlibet ſententiam valere.* Rurſus quid illud eſt, quod ſequitur, *licèt de quibuſdam variatum ſit*, niſi cum Accurſ. ſimiliter intellegas, *de quibuſdam ſententiis*, cùm tamen de ſententia prius dictum eſſet in numero ſingulari. Denique quod adiicitur, *& puto verè non committi*, quem ſenſum obſecro habere poteſt ſi non referatur ad pœnam compromiſſam. Atqui de pœna nihil adhuc dictum eſt, ſed tantùm de ſententia, vt neque in §. præcedente. Ex quo tamen haud dubiè ſumpſit Tribonianus occaſionem ſubiiciendi huius §. ob alluſionem quæ eſt in illis verbis ſuperioris § *non quodlibet ſtatuere, nec in qualibet re*, & in iis quæ ſunt in hoc, §. *& dictum non quamlibet.* Sententia tamen recta eſt, & expedita. Non committi pœnam tametſi non pareatur arbitro, qui dixit *eundum ad iudicem de ea ipſa re de qua compromiſſum fuit*, vel *de ea ipſa re in ſe vel in alium compromittendum.* Sic enim legendum, vt vulgò non vt in Pand. Florent. *vel ſe vel alium in ſe vel in alium compromittendum*, quæ lectio planè inſulſa eſt, conflato errore ex eo quod in iiſdem Pand. Florent. ſcriptum eſt, *eundem* pro *eundum*. Núquam enim pœna committitur ſi arbiter iubeat ad alium ire, ne finis non ſit.

R. dub. Parendum eſt ſententiæ arbitri, ſiue æquum, ſiue iniquum ſit, quòd ille pronunciauit, dummodò de ea re pronunciauerit, de qua compromiſſum fuit. Alioqui pœna omnimodo committitur, §. *prox. præced. & leg. diem proferre* 27. §. *ſtari ſupr.* Ergo etiamſi arbiter ſine cauſa diſtulerit arbitrium, aut in alium tranſtulerit dicendum eſt pœnam committi.

R. dec. ad aliam cauſam ſumitur arbiter, quàm vt liti & controuerſiæ finis imponatur, *l. 3. § tametſi leg. Pomponius* 13. *§. recepiſſe leg. qualem* 11. *§ dicere ſupr. hoc tit.* Controuerſiæ autem finis non imponitur, quoties arbitrium, aut differtur, *leg. arbiter.* 37. *infr.* aut in alium transfertur quod poſtremum multo durius, & intolerabilius eſt. Non ſolùm ne propagentur arbitria, & ita progreſſus fiat in infinitum, quod leges abhorrent non minùs quàm natura, *l. ſi deicommiſſa* 11. *§. ſi quis decem de l. 3. l. vt inter* 23. *C. de ſacroſ. eccle.* Sed etiam, quia periculum eſſet ne transferrentur arbitria in alios interdum inimicos litigatorum. Idem ergo erit ſi arbiter hoc modo dixeris, vt arbitrio Publij Mæuij fundus tradatur, aut ſatiſdatio præſtetur. Nam & huic ſententiæ impunè non parebitur, quia pars ſententiæ eſt quemadmodum ſatiſdetur, id eſt, quibus fideiuſſoribus, & conſequenter videtur hoc caſu arbitrium in alium transferri, perinde acſi non ſatiſdatio, ſed principale negotium, alij delegaretur. Proinde dicendum eſt delegari hoc ab arbitro non poſſe, niſi ad hoc quoque compromiſſum ſit, vt arbiter ſtatueret cuius arbitratu ſatiſdaretur. Idem eſt ſi arbiter iubeat ſibi alium coniungi. Nam ſi hoc in compromiſſo non ſit, non dicit ſententiam. Nam ſententia debet eſſe de re compromiſſa, §. *vlt. infr.* de hoc, autem compromiſſum non eſt. Ergo nec pœna hoc caſu committetur. Non enim aliter committitur, quàm ſi ſententiæ non pareatur: atque ita ſententiam priùs dictam eſſe oportet, quàm vt de pœna tractari poſſit. Nam neque ex omnibus cauſis ex quibus arbitri ſententiæ paritum non eſt, pœna ex compromiſſo committitur, ſed ex his dumtaxat quæ ad ſolutionem pecuniæ, aut ad operam præbendam pertinent, *leg. non ex omnibus* 39. vbi dicam *infra.*

17 ¶ Si domini, qui inuicem ſtipulati ſint, procuratores ſuos agere apud arbitrum velint: poteſt iubere, ipſos etiam adeſſe.

¶ Sed ſi & hæredis in compromiſſis mentio ſit: poteſt iubere, etiam hæredem eorum adeſſe.

Ad §.17. Si domini.

Ratio dubitandi. Arbiter nihil poteſt ſtatuere niſi de quo ſit compromiſſum, & quatenus compromiſſum eſt, vt proximè diximus, & in §. *de officio ſupr.* Atqui in ſpecie huius §. nihil dictum eſt de procuratoribus in compromiſſo. Ergo etiamſi domini, qui compromiſerunt, & pœnam inuicem ſtipulati ſunt per procuratores ſuos agere apud arbitrum velint, ſi tamen arbiter ipſos etiam procuratores adeſſe iubeat (de dominis enim dubitatio nulla eſt, quin iubere poſſit eos adeſſe) videtur excedere fines compromiſſi, & conſequenter, etiamſi ei non pareatur, pœna tamen committetur. Præſertim cùm ea res neque ad ſolutionem pecuniæ pertineat, neque ad operam à litigatoribus præbendam, ex quibus tamen duabus tantùm cauſis placet committi pœnam ſi arbitrio non pareatur, *l. non ex omnibus* 39. *infrà.*

R. dec. Cùm litigatores cauſam agere volunt apud arbitrum per ſuos procuratores nihil intereſt an arbiter iubeat eos ipſos adeſſe an eorum procuratores. Vtroque enim caſu ſi neque ipſi neque ipſorum procuratores adſint, poteſt committi pœna tanquam ob non præbitam, cùm non aliter pronunciare arbiter poſſit, quàm ſi vel litigatores adſint, vel eorum procuratores.

a *Sed ſi & hæredis.* Hic caſus nullam penitus habet dubitationem. Nam quemadmodum ſi nulla hæredis mentio facta ſit in compromiſſo, certum eſt compromiſſum finiri morte vnius ex litigatoribus, *leg. diem proferre* 27. *paragraph.* 1. *ſupr.* Ita ſi hæredis mentio facta ſit, certum eſt compromiſſi obligationem tranſire in hæredem, & conſequenter non minùs poſſe arbitrum iubere, vt hæres adſit, quàm iubere poſſet vt litigator ipſe adeſſet ſi viueret, cùm eadem perſona ſit hæredis quæ defuncti fuit, nec alius quiſquam ſit præter hæredem, quem adeſſe poſſit iubere arbiter defuncto iam litigatore.

18 ¶ Arbitri officio continetur,& quemadmodum detur vacua poſſeſſio. An & ſatis ratam rem habiturum? Sextus Pedius putat, quod nullam rationem habet: nam ſi ratum non habeat dominus, committetur ſtipulatio.

Ad §. 18. Arbitri.

Non ille eſt huius §. ſenſus quem putat Accurſius, vt de hoc quoque compromitti poſſit qualiter detur vacua fundi poſſeſſio (quis enim dubitet?) ſed hic potiùs, quemadmodum in præcedentibus dictum eſt, partem ſententiæ eſſe, quemadmodum & quibus fideiuſſoribus ſatiſdetur, ideóque delegari hoc ab arbitro non poteſt quin arbitrium in alium transferatur, quod nos fieri poſſe ſupra negauimus, ita & pars ſententiæ ſit, cùm de fundi fortaſſe venditi controuerſia compromiſſum fuit, quemadmodum vacuam poſſeſſionem dari oporteat, & conſequenter hoc ipſum arbitri officio contineatur; nimirum vt de eo quoque pronunciare ipſe debeat, non alij eam rem delegare. Igitur ratio dubitan. & decid. ad hunc locum eadem afferenda eſt, quæ à nobis allata fuit, ad *§. quæſitum ſupr.* Poſſis addere pro augenda dubitandi ratione, Videri hoc pertinere non tam ad ſubſtantiam, quàm ad executionem ſententiæ quemadmodum vacua poſſeſſio detur. Nemo autem dixerit ob id minùs valere ſententiam, quòd ea omnia non complectatur quæ in eius executionem ſtatui, fieríque neceſſe eſt. Præpoſterum enim foret tractari de executione ſententiæ, antequàm ſententia lata eſſet, *leg. 1. C. de execut. rei iud.* Sed reſpondendum eſt, quod iam dixi, eſſe hanc partem ſententiæ non executionem. Sicut & pars obligationis & contractus venditi eſt, vt rei venditæ poſſeſſio vacua emptori tradatur, *l. 3. §. 1. de act. empt.*

a *An & ſatiſdare ratam rem dominum habiturum?* Ratio dubitandi. Cùm procurator compromiſit de cuius mandato dubitari probabiliter poteſt ſententia aduerſus eum lata, non aliter domino nocere poteſt, quàm ſi is factum procuratoris ratum habeat, ideoque nec hoc caſu audiendus eſſet procurator ſi iudicio experiri vellet, niſi præſtita cautione de rato, *l. 1. C. de procur. l. 1. & tot. t. infr. rat. rem hab.* Ergo benè Pedius putabat officio arbitri hoc quoque contineri, vt iubeat procuratorem ſatiſdare dominum ratam rem habiturum.

Ratio decidendi. Fruſtrà arbiter hoc iuberet, quia etiamſi dominus ratum non habeat, committitur ſtipulatio pœnalis, quod ſufficit vt arbiter officio ſuo functus videri poſſit. Quid enim aliud agere aut aſſequi poteſt arbiter, quàm vt ſententiæ pareri oporteat metu pœnæ? Nam vt ſententia ipſa vim aliquam habeat, hactenus vt eam executioni mandari oporteat, aſſequi nullomodo poteſt. Ergo nec curare vt dominus ratum habeat factum procuratoris, cùm nec ſi dominus ipſe compromiſiſſet, ſententiæ tamen obtemperare teneretur, ſi modo pœnam præſtare mallet, vt bene Accurſius noſter ratiocinatur.

19 ¶ Arbiter nihil extra compromiſſum facere poteſt: & ideò neceſſarium eſt adiici de die compromiſſi proferenda, cæterùm impunè iubenti non parebitur.

Ad §. vlt. Arbiter.

Ratio dubitandi. Arbiter poteſt omnia facere ſine quibus arbitrum ferri non poſſet, vt diximus, ad *§. de officio. ſupr.* Atqui non poteſt arbiter ferre ſententiam, niſi fiat prorogatio, cùm prorogationem fieri neceſſe eſt, quàm nec facere vnquam poteſt arbiter, niſi neceſſe ſit, id eſt, ne tum quidem cùm ea conuentione dies compromiſſi ab arbitro proferri poteſt, *§. dies compromiſſi ti. ſuprà.* Ergo etiamſi nihil in compromiſſo dictum ſit de die proferenda, poteſt tamen arbiter iubere vt dies proferatur, & ſi alteruter litigantium parere nolit, dicendum eſt pœnam eo nomine committi, quaſi ob non præbitam operam, *l. non ex omnibus 39. infrà.*

Ratio decidendi. Neceſſitas diei prorogandæ non ex natura & conditione arbitri quæ ab initio fuit, pendet, ſed ſuperuenit ex poſtfacto per lapſum temporis intra quod arbiter ſententiam ferre potuit & debuit; ac proinde ex culpa & negligentia ſiue arbitri ipſius, ſiue litigatorum. Ergo ſi nihil de die proferenda in compromiſſo dictum ſit, non eſt hoc ex eorum genere quæ in neceſſarium antecedens facere licet arbitro, vt ſententiam ferre poſſit. Itaque ſi iubeat arbiter diem proferri, cùm de eo nihil in compromiſſo dictum eſſet, impunè ipſi non parebitur: quia nihil arbiter extra compromiſſum facere poteſt, *d. §. dies ſupr.* vbi dixi.

33. PAPINIANVS lib. 1. Quæſtionum.

ARbiter ita ſumptus ex compromiſſo, vt & diem proferre poſſit, hoc quidem facere poteſt, referre autem contradicentibus litigatoribus non poteſt.

Ad leg. Arbiter 33.

Ratio dubitandi. Cùm arbiter ex compromiſſo, ita ſumptus eſt vt & diem proferre poſſit, non magis poſſunt litigatores inuito arbitro à lege & forma compromiſſi recedere, quàm arbiter inuitis litigatoribus. Sicut enim decipi non debent litigatores ab arbitro qui in ſe arbitrium recepit, ideóque cogitur arbiter ſententiam dicere, *lege 3. §. tametſi, ſuprà hoc titulo*; ita neque ferendum eſt, vt ea poteſtate arbitro data quicquam inuito arbitro per litigatores detrahatur; neque vt conſtituta ſemel compromiſſi forma immutetur, *lege ſed ſi in ſeruum 9. § penult. & vlt. legibus ſequentibus ſuprà iunct. lege vero procuratori 12. §. 1. infra de ſolution.* Multò minùs verò ferendum eſt, vt ſi vnus ex litigatoribus conſentiat, alterius ſolius contradictio impedire poſſit prorogationem. Ita enim fiet vt inutiliter facta reperiatur conuentio de die compromiſſi proferenda, cùm etiamſi nulla interueniſſet; nemo tamen dubitaret quin conſentientibus litigatoribus diem proferre arbiter poſſet, quaſi ex compromiſſo. Ergo dicendum eſt, in arbitri poteſtate eſſe debere hoc caſu vt diem proferat, iuris quoque litigatoribus.

Rat. dec. Contradictio quidem vnius ex litigatoribus impedit ne arbiter diem prorogare poſſit, quia prorogatio non ab arbitro facienda eſt, ſed iubenda, facienda verò à litigatoribus, *leg. prox. præc. §. dies, & §. vlt. ſuprà.* Atque ita accipi debent verba illa huius legis, *hoc quidem facere poteſt*; vt nimirum poſſit arbiter iubere diem prorogari, non vt ipſe proroget. Litigatores porrò niſi conſentiant prorogare non poſſunt, quamuis antea conſenſerint vt prorogari poſſet. Verùm tamen pœna committitur aduerſus nolentem prorogare, nempe ex cauſa non præbitæ operæ, *leg. non ex omnibus 39. infr.* Quid verò aliud vel arbiter vel litigator qui prorogano ni

ganoni

gationi conſenſit, poteſt curare, aut petere niſi vt pœna committatur? Planè ſi ambo contradicant pœna non poterit committi, ex reg. *leg. cùm par 154. §. 1. de reg. iur. l. cùm pater 77. §. libertis de l. 2.* Sed nihil hoc caſo intereſt arbitri, quia nec ſententiam hoc caſo dicere cogitur, *l. prox. §. ſumma rei eſt ſupr.*

34. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SI duo rei ſunt, aut credendi: aut debendi & vnus compromiſerit, iſque vetitus ſit petere, aut ne ab eo petatur: videndum eſt, an, ſi alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur: idem in duobus argentariis, quorum nomina ſimul eunt: & fortaſſe poterimus ita fideiuſſoribus coniungere, ſi ſocij ſunt, aliàs nec à te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licèt à te petatur.

Ad l. 34. Si duo.

Ratio dubitandi. Cùm duo ſunt correi debendi, vel credendi vna tantum obligatio eſt, *l. 3. §. 2. iuncł. l. 2. & paſſ. de duob. reis.* Ergo etiamſi non ſint ſocij ſi tamen vnus ex eis compromiſerit, iſque vetitus ſit petere, aut vetitum ſit ne ab eo petatur, dicendum eſt pœnam committi, ſiue alius petat, ſiue ab alio petatur, quia & petitione, & acceptilatione vnius tota obligatio ſoluitur, *d. l. 2.* Idémque in duobus argentariis, quorum nomina ſimul eunt, dicendum eſt, ſicut dicimus in fideiuſſore ſi ab eo petat is qui prohibitus fuit petere à reo pœnam committi, *l. aduerſus 29. ſupr. eod.*

Ratio dec. Non eſt bona comparatio fideiuſſoris, & correi debendi, vel vnius ex argentariis quorum nomina ſimul eunt, niſi ſint ſocij, quia licèt vna tantum ſit omnium obligatio, tamen in propria cuiuſque perſona conſiſtit, *l. eandem 9. §. vlt. de duob. reis, leg. ſi duo 128. de verb. obl.* Nec proinde à te petitur quòd à correo tuo petitur nec ego à te peto quòd à te petit correus meus credendi, quia non meo nomine petit, ſed ſuo, licèt à te petat. Diuerſum eſt ſi ſocij ſimus, quoniam hoc caſu commodum, vel incommodum vnius cum alio communicatur, *l. ſi duo 5. ſupra ſi quis caution. l. 2. l. ſi quis vni 14. infr. rat. rem haber. leg. qui hominem 34. §. vlt. i. ff. de ſolut.* ſed valdè obſtat huic Pauli ſententiæ quod ſcriptum eſt in *l. ſi vnus 27. ſupr. de pact.* neque tamen poſſis dicere eſſe *ἀντινομίαν* cum vterque locus ſit Pauli. Dicendum igitur eſt, quòd ad eam legem dictionem *ſocius*, eo loco poſitam irreptitiam eſſe.

1 ¶ Semel commiſsa pœna ſolui compromiſſum rectius puto dici: nec ampliùs poſse committi niſi id actum ſit, vt (in) ſingulas cauſas toties committatur.

Ad §. 1. Semel commiſſa.

Ratio dub. Pœna in compromiſſo adiecta pertinet ad omnes cauſas, & clauſulas in compromiſſum deductas. Ergo ex omnibus cauſis in compromiſſum deductis ſi non pareatur ſententiæ arbitri dicendum eſt pœnam committi, nec ob id minùs committi ex vna cauſa quod iam ſit commiſſa ex alia.

Rat. dec. Pertinet quidem pœna ad clauſulas omnes compromiſſi, ſed hactenus, vt ex qualibet ipſarum poſſit committi, aut ex omnibus ſimul, at non vt ex pluribus ſæpius committatur, quia id potiùs actum intelligitur, vt ſemel tantum committi poſſit. Niſi contrario id expreſſim actum ſit, vt in cauſas ſingulas toties committatur, vt in *l. pen. ſupr. de tranſact. Sic in l. 5. §. in hac ſtipulatione infr. iud. ſolui.* Alia cauſa eſt ſtipulationum ex quibus agitur ad id quod intereſt. Toties enim ex iis agi dicendum eſt, quoties incipit intereſſe, dum tamen non ampliùs quàm ſemel id quod intereſt præſtetur, quia nec niſi ſemel in ſolidum intereſſe poteſt vt Accurſ. notat ex *l. 1. §. habet autem infr. vſufr. quemad caueat. l. ſi procur. 18. rat. rem haber. l. ſi ſic ſtipulatus ſim 133. de verb. obl. leg. 3. §. quæſitum, infr. ſi cui plus quàm per l. Falc.* Sed quod addit idem Accurſ. in omnibus ſtipulationibus prætoriis idem dicendum eſſe, ex *l. prætoria 4. de prætor. ſtipul.* dubitationem recepit, ex *d. l. 5. §. in hac ſtipulatione iudic. ſolui,* vbi dicitur illam ſtipulationem, Iudicatum ſolui, quæ vtique prætoria eſt, ſi committatur ex vno caſu ampliùs ex alio committi non poſſe. Verùm dicendum eſt id fieri ratione illa quam eo loco affert Vlp quod eiuſmodi ſtipulatio plures quidem cauſas contineat, ſed vna quantitate concluſas. Senſus enim eſt, quicquid ex omnibus illis cauſis intereſſe vnquam poteſt vna quantitate concludi, ne ſit poſtea quærendum pluriſne an minoris intereſſit. Ex conſilio Iurecõſulti, in *leg. vlt. de prat. ſtipul.* Proinde ſi ea quantitas tota ſemel præſtita ſit (nec enim præſtari per partes poſſet, non magis quam pœna licèt re vera non ſit pœna, ſed id quod intereſt taxatum certa quantitate) non poteſt ampliùs committi ſtipulatio, quia nec quicquam actoris intereſſe amplius creditor. Malè tamen Accurſius hanc ſententiam probat ex *d. l. prætoria,* in qua non dicitur ſæpiùs agi poſſe ex eadem ſtipulatione prætoria ſed tantùm, Prætorias ſtipulationes ſæpius interponi, ſi ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſierit, quòd longè diuerſum ac potiùs contrarium eſt. Ergo vbi ſemel commiſſa eſt pœna, dicendum eſt ſolui compromiſſum ex quo ſcilicet pœna ampliùs committi non poteſt, *leg. non diſtinguem. 32. §. ſumma rei eſt ſupr.*

35. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

SI pupillus ſine tutoris auctoritate compromiſerit, non eſt arbiter cogendus pronunciare: quia ſi contra eum pronuncietur, pœna non tenetur, præterquàm ſi fideiuſſorem dederit, à quo pœna peti poſſit, idque, & Iulianus ſentit.

Ad l. 35. Si pupillus.

Ratio dubit. Pupillus qui compromiſit etiam ſine tutoris auctoritate, obligatur tamen naturaliter, *leg. 1. in fin. infr. de nou.* ideóque & fideiuſſorem dare poteſt, vt ſcribit Caius in hac lege. Alioqui nec fideiuſſorem dare poſſet ſi nec naturaliter obligaretur, *l. is cui 6. infra de verb. obligat.* cùm neceſſe ſit fideiuſſor accedere alicui obligationi, aut naturali, aut ciuili, *leg. 1. & 2. leg. ſtipulatus 6. §. vltim. leg. fideiuſſor. obligari 16. §. fideiuſſor accipi, infr. de fideiuſſ.* Ergo & compromittere vtiliter poteſt hactenus ſaltem, vt pœna committatur, non quidem, vt peti poſſit (opus enim eſſet in eam rem actione quæ ex obligatione naturali nulla vnquam naſcitur) ſed vt retineri ſi fortè is qui cum pupillo compromiſit aliquid habeat penes ſe quod ab eo petere pupillus

velit, aut ſi quid viciſſim ille pupillo debeat, quod velit compenſare. Naturales enim obligationes, vt exceptionem patiunt, ita & deductionem, & retentionem, & compenſationem, *l. naturales 10. de oblig. & act. l. ſed & ſi 9. §. 1. de pecul. l. etiam 6. de compenſ.* Hoc verò ſufficit, vt compromiſſum valeat, ex eóque cogatur arbiter ſententiam dicere. Adeo vt ob hanc cauſam poſſit in huiuſmodi caſu etiam nudo pacto fieri compromiſſum, *l. litigatores 11. §. interdum*, vbi dixi, *ſupr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Pupillus ſine tutoris auctoritate promittens alteri per ſtipulationem obligatur quidem naturaliter, *d. l. 1. in fin. de nouat. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis, de ſolut. l. cùm illud 25. §. 1. quand. dies leg. ced.* ſed non iure naturali, *l. quod pupillus 41. de cond. indeb. iuncta leg. cùm amplius 84. §. is natura debet, de reg. iur. l. penult. de oblig. & action.* idéoque nec retineri quicquam poteſt, aut deduci, aut compenſari aduerſus pupillum ex eiuſmodi obligatione naturali, *d. l. quod pupillus*, quia effectus iſti obligationis naturalis ſunt à iure ciuili à quo ſunt etiam actiones quæ per retentionem, deductionem, & compenſationem impediuntur. Atqui contra iuris ciuilis regulas eſt, vt poſſit pupillus quicquam promittere, & promittendo ſe obligare ſine tutoris auctoritate, *l. contra 28.* vbi dixi, *ſupr. de pact.* Ergo nullomodo poteſt pupillus teneri pœna compromiſſi, cùm fiant compromiſſa per ſtipulationem, ſi abſque tutoris auctoritate compromiſerit. Aliud eſt ſi non pupillus; ſed minor iam pubes factus promiſerit ſine curatoris auctoritate. Hic enim obligatur non tantùm naturaliter, & iure naturali, ſed etiam ciuiliter, idcóque, & pœna tenetur ipſo iure, ſed reſtitui in integrum poteſt, *leg. ſi minor. 34. §. 1.* vbi dixi *ſupra de minor*, & cùm petit in integrum reſtitutionem, denegat prætor aduerſus eum actionem, *leg. 3. in princip. ſup. hoc titulo.*

a *A quo pœna peti poſſit.* Rat. dub. Fideiuſſor non poteſt accipi in duriorem cauſam quàm debitor principalis, cùm non niſi acceſſionis iure obligetur, *l. Græcè 8. §. illud de fideiuſſ.* vbi dicitur cum hoc caſu omnino non, id eſt, nullomodo obligari. Atqui acciperetur in duriorem cauſam ſi ab eo poſſet peti pœna quam ſupra diximus à pupillo ipſo peti nullomodo poſſe. Ergo nec fideiuſſor datus à pupillo, qui ſine tutoris auctoritate compromiſit, poteſt teneri ad pœnam.

Ratio decidendi. Non accipitur hoc caſu fideiuſſor in duriorem cauſam, ſed obligatur fortiùs, & efficaciùs quàm debitor principalis, quod nouum non eſt. Alioqui nunquam poſſet accipi fideiuſſor pro eo qui naturaliter tantum obligatus eſſet, cum quoties accipitur, ſemper obligetur ciuiliter, quia obligatur ex ſtipulatione, *l. 5. §. ſatis accept. inſ. de verb. obl. l. blanditus 25. C. de fideiuſ.* Is demum verò in duriorem cauſam obligatur, qui plus promitti ſiue loco, ſiue tempore, ſiue cauſa, quàm promiſerit reus principalis: quod hîc non contingit. An verò fideiuſſor minoris reſtitui poſſit in integrum ex perſona minoris, aut an ei prodeſſe debeat reſtitutio à minore impetrata, quæſtio alia eſt, & ab hoc loco aliena, in quo non de reſtitutione, ſed de pupillo naturaliter tantum obligato, qui in integrum reſtitui non poteſt, nec debet, cùm ea naturalis obligatio ſit omnino ſine effectu, vt modò dixi: præterquàm quòd naturales obligationes eo quoque caſu, quo effectum aliquem habere poſſunt, nunquam per prætorem reſcinduntur, quia æſtimantur omnes ex æquitate naturali, *d. l. Stichum, §. naturalis, de ſolut.* cuius cuſtos non oppugnator eſt prætor, ſcripſimus de quæſtione illa, ad *l. an cauſa 13. ſup. de minor.*

36. VLPIANVS lib. 77. ad Edictum.

SI feriatis diebus cogente prætore, arbiter dicat ſententiam, & petatur ex compromiſſo pœna exceptionem locum non habere conſtat: niſi alia lege [a] eadem dies feriata, in qua ſententia dicta, eſt excepta.

Ad l. 36. Si feriatis.

R. dub. Non minus arbitri quam iudices obſeruare debent dies feriatos, & ne iis diebus ſententiam dicant, quæ ſi dicta ſit valere nullomodo poteſt. Adeò vt ipſa quoque iurgiorum cognitio iis diebus ſit interdicta, vt ſcriptum eſt, in *l. omnes 7. C. de fer.* Ergo ſi feriatis diebus arbiter ſententiam dixerit, quamvis cogente prætore, & petatur ex compromiſſo pœna, exceptio locum habere debet. Nam quo caſu ſententia per iudicem lata, qui iudicandi poteſtatem habet, mereri executionem non poſſet, nec pœnæ petitio ex ſententia arbitri permittenda eſt, cum in eo verſetur tota executio ſententiæ arbitri, *l. non diſting. 32. §. Iul. & §. ſi ſeruus ſupr. h. t.* Ne alio plus iuris, & poteſtatis habeat ſententia arbitri quam iudicis cum tamen arbiter minùs habeat auctoritatis.

R. dec. Hoc facit auctoritas prætoris qui arbitrum coëgit, vt feriatis quoque diebus ſententiam diceret. Cum enim prætoris ſit, & actionem ex ſtipulatione pœnali, & exceptionem aduerſus petitionem pœnæ ſi quam videat eſſe iuſtam cauſam excludendæ petitionis, quomodo poſſet prætor, aut qua fronte improbare factum arbitri quem ille ipſo ſit facere coëgiſſet? Ergo ſi feriato die arbiter pronunciauerit, non cogente prætore, aliud erit, non verò minùs pœna committatur (committatur enim ipſo iure quoties non pateretur ſententiæ) ſed vt aduerſus pœnæ perſecutionem danda ſit exceptio à prætore, qui factum arbitri à legibus improbatum, & cui nunquam ipſe auctoritatem præſtitit: approbare nullomodo poteſt. Approbaret autem ſi ex eiuſmodi ſententia daret petitionem pœnæ, exceptionem verò denegaret, nimirum doli, quia licèt nullus victoris dolus interuenerit in ſententia dicenda, nunc tamen dolo facit qui petit pœnam ob id quod paritum non ſit ſententiæ quæ feriato die lata fuit, vt in *d. l. non diſting. 32. §. cùm quidam*, vbi dixi *ſupr. eod. l. 2. §. circa de doli mali except.*

a *Niſi alia lege.* Ratio dub. Etiamſi alia lex ſit quæ diem feriatam nominatim excipiat, in qua ſententia dicta eſt, non eò minùs tamen verum eſt arbitrum cogente prætore ſententiam dixiſſe. Ideóque perinde abſurdum eſt prætorem ob id dare exceptionem contra petitionem pœnæ quod dicta ſententia fuerit die feriata, cùm non poſſit prætor improbare factum, cui ſemel præſtitit auctoritatem. Ergo etiam caſu idipſum obtinebit quod ſupra dictum fuit.

Ratio decidendi. Nihil poteſt facere prætor contra leges etiamſi maximè velit, quod tamen nec velle vnquam credendus eſt, *l. nec non 28. §. quoad eius ſupr. ex quib. cauſ. mai. l. cùm ſponſ. 12. §. ſi res ſupr. de publ.* Ergo nec iubere poteſt, vt arbiter ſententiam dicat ea die feriata quæ nominatim excepta ſit aliqua leg. Atqui inquies, nulla dies feriata eſt, niſi quam feriatam fecerit lex aliqua, aut Senatuſconſultum aut conſtitutio Principis, *leg. 1. ſupr. de fer. & dilat. d. l. omnes, §. C. de fer.* Nunquam igitur locum habebit prior pars huius legis, ſi exceptio iſta locum habeat, idque apparet, ex *l. ſi feriatis 6. ſupr. de fer.* cuius inſcriptio eadem eſt quæ huius loci. Quæ lex etiam conuincit interpretationem Accurſij qui legem hoc loco accepit pro pacto. Legem enim ibi intellexit Vlpianus Iuliam de iudiciis, de qua in *leg. cùm lege Iulia 41. ſupr. tit. 1.* Et ſanè exceptio hæc mihi valde ſuſpecta eſt: Neq; enim poſſum videre qua fronte poſſit

prætor

prætor contra eum qui pœnam petat ob id qood non ſit paritum ſententiæ arbitri, date exceptionem ex ea ſola cauſa quòd arbiter ſententiam dixerit die feriata: cùm vt ea die diceret, prætor ipſe coëgerit, qui ſi in eo fecerit contra leges mulctandus ipſe eſt à Principe aut à præfectô vrbi, aliiſve magiſtratibus ſuperioribus ad quos à prætore appellatur. Non autem inhibenda eſt, præſertim ab ipſo prætore perſecutio pœnæ quæ non ex arbitri ſententia petitur, ſed ex ſtipulatione. Poſſet tamen quis non malè hanc exceptionem defendere, ſi modò eam vellet intelligere de ea lege, quæ non ſolùm diem feriatam feciſſet; ſed etiam expreſſim prohibuiſſet ne ea die ſententiam ferre arbitro liceret, vt conſtitutum eſt, *in dict. leg. omnes*, ad quam proculdubio reſpexit Tribonianus cùm hanc exceptionem addidit. Nec enim poterat Vlpianus vllam habere rationem eius conſtitutionis, quæ à poſterioribus Imperatoribus longè post Vlpiani tempora lata fuit. Idque conſtat etiam ex *leg. arbiter Calendis 40. infrà*. Sanè magis facit contra leges prætor cùm iubet arbitrium ſententiam dicere eo die, quo ne is ſententiam dicat nominatim lege cautum eſt, quàm ſi de ea re nihil expreſſim lege cautum eſſet.

37. CELSVS lib. 2. Digeſtorum.

QVamuis arbiter alterum ab altero petere vetuit: ſi tamen hæres petit, pœnam committet: non enim differendarum litium cauſa, ſed tollendarum ad arbitros itur.

Ad leg. Quamuis 37.

Ratio dubitandi. Pœna ex compromiſſo peti non poteſt, niſi cùm aliud fit contra ſententiam arbitri quod euenit ita demum ſi petatur ab eo à quo arbiter peti vetuit, *leg. aduerſus 29. ſuprà hoc tit.* Atqui in propoſita ſpecie arbiter alterum ab altero petere vetuit, nec de hærede quicquam dixit. Ergo ſi ab hærede debitoris poſtea defuncti petatur, pœna non committetur. Nam nec ſemper verum eſt eum qui pactus ſuit de non petendo à debitore, ab ipſius hærede non poſſe petere, cùm eiuſmodi pacta plerumque ſint perſonalia, *l. idem in duob. 25. §. 1. ſupr. de pact.* quomodo etiam compromiſſa omnia perſonalia eſſe conſtat, nec ad hæredem tranſire ſi hæredis mentio nulla facta ſit, *l. diem proferre 27. §. 1. ſup.* Ergo & ſententiam ex compromiſſo redditam ſic accipi oportet, vt ad ſolas compromittentium perſonas referatur, nec ad eas egrediatur.

Ratio decidendi. Compromiſſa non differendarum ſed tollendarum litium gratia fiunt, *leg. 1. l. Pomponius 13. §. recepiſſe l. qualem 19. §. dicere ſuprà eod.* Atqui lis differretur dumtaxat, non tolleretur ſi is quem arbiter vetuit petere, à ſolo aduerſario non etiam ab eius hærede petere vetitus intelligeretur, quia morte debitoris teſtauraretur lis quam, eo adhuc viuo, iam finire arbiter voluiſſet.

38. MODESTINVS lib. 6. Regularum.

CVm pœna ex compromiſſo petitur; is, qui commiſit, damnandus eſt, nec intereſt, an aduerſarij eius intereſſuit, arbitri ſententia ſtati, nécne.

Ad leg. Cùm pœna 38.

Ratio dubitandi. Dolo facit qui petit & agit ex ſtipulatione, ſi nihil eius intereſt, *leg. 2. §. circa de doli mal. except.* cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ ſint, vt vnuſquiſque acquirat ſibi quòd ſua intereſt, *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo cum pœna ex compromiſſo petitur non omnimodo damnandus eſt is qui pœnam commiſit, ſed ita demum ſi aduerſarij intereſt arbitri ſententiæ ſtari. Alioqui repellendus eſt doli exceptione is qui pœnam petit, ſi nihil eius intereſt.

Ratio decidendi. Cùm pœna in ſtipulatione adiecta eſt, non quærimus an intereſſit ſtipulatoris, ſed tantùm quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis, *dict. §. alteri & leg. 3. §. 1. eod. tit. De verb. oblig.* Ea namque demum pœna verè eſt quæ præſtatur etiam ei cuius nihil intereſt, putà calumniatori, *leg. pen. §. 1. ſuprà ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* Nempe quia præſtatur in odium eius qui non impleuit fidem. In hac verò ſpecie in odium eius qui etiam arbitrium contempſit; quòd ſanè impunè ferre non debet. Planè ſi pœnam conſecutus ſit actor, & nihilominùs executionem ſententiæ petat, iis nimirum caſibus quibus arbitri ſententia nouo iure meretur executionem, *leg. pen. Cod. hoc titul.* non erit audiendus, quia alterutro contentum eum eſſe oportet. Niſi in compromiſſo actum & dictum ſit, vt pœna præſtetur rata manente ſententia, argum. *lege reſcriptum 10. §. ſi pacto, ſuprà de pact. & leg. pen. ſup. de tranſact.* Non tamen potuit Modeſtini temporibus huic quæſtioni locus eſſe, cùm ſententia arbitri nullo caſu executionem mereretur, niſi quantum ad pœnæ perſecutionem, *l. 1. C. hoc tit. l. non diſtinguemus 32. §. Iulianus, & §. ſi ſeruus,* vbi dixi, *ſupr. eod.*

39. IAVOLENVS lib. 11. ex Caſſio.

NOn ex omnibus cauſis, ex quibus arbitri paritum ſententiæ non eſt, pœna ex compromiſſo committitur: ſed ex his dumtaxat, quæ ad ſolutionem pecuniæ, aut operam præbendam pertinent.

¶ Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum aduerſario dari iubendo, quo in numero haberi non oportet, ſi teſtium nomina ex ſententia arbitri exhibita non ſunt.

Ad leg. Non ex omnibus 39.

Ratio dubitandi. Verba compromiſſi non diſtinguunt ex qua cauſa non parebitur ſententiæ arbitri, cui ſimpliciter ſtare litigatores permiſerunt. Ergo indiſtinctè dicendum eſt, ex quacunque cauſa non pareatur, pœnam committi, licèt neque ad ſolutionem pecuniæ, neque ad operam arbitro præbendam id pertineat, arg. *leg. de pretio 8. infr. de publician.* Sibi enim debet imputare qui in promittendo nihil excepit.

Ratio decidendi. In compromiſſo non aliud promitti ſolet quàm ſtari ſententiæ arbitri, *leg. diem proferre*

ferre 27.§.ſtari.& §.vltimo ſupra. Nec rurſus pœna promittitur niſi ſub ea conditione. Si quod promiſſum eſt non fiat. Ergo vt pœna committatur neceſſe eſt ſententiam latam eſſe eique paritum non fuiſſe, aut ſaltem per vnum ex litigatoribus ſtetiſſe, ne ſententia ferri potuerit; quòd ipſum nihil aliud eſt quàm operam non præbere. Cúmque ſententia non ſit, niſi quæ vel abſolutionem vel condemnationem contineat, *leg. 1. infrà de re iudicata*, fieri nequit; vt lata ſententia definitiua non pertineat neceſſario ad ſolutionem, ſumpto ſcilicet ſolutionis nomine generaliter pro præſtatione eius quod debetur, vt in definitione obligationis: cùm dicimus eſſe illam iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, *§.1. Inſtit. de obligationibus & actionibus.* Quomodo & pecuniæ nomen latè hîc accipiendum eſt, vt res omnes corporales comprehendat, *leg. pecunia 178. de verborum ſignificat.* quod & Accurſius docet. Malè verò hunc locum accepit Rug. vetus interpres de compromiſſo facto inter liberum & patronum de operis à liberto præſtandis. Sententia enim huius loci generalis eſt, & ad omnia compromiſſa pertinens.

a *Siquidem & contumaciam litigatoris punire poterit.* Ratio dubitandi. His ſolis datur mulctæ dicendæ ius, quibus publicè iudicium eſt, & non aliis niſi ſpecialiter eis permiſſum eſt, *leg. 2. §. vlt. infr. de iudic.* Atqui arbiter neque iudicium publicè exercet, neque mulctæ dicendæ ius ſpecialiter habet. Ergo nec contumaciam litigatoris punire poteſt.

Ratio decidendi. Punit iubendo eum qui contumax eſt pecuniam dare. Sed hoc ita debet accipi vt liberum tamen ſit ei cuius contumacia punitur, non parêre ſi modo paratus ſit pœnam, ſiue maior ſiue minor illa ſit, præſtare: quod diuerſum eſſet ſi arbiter aut iudex eſſet, aut dicendæ mulctæ ius ſibi ſpecialiter datum haberet. Tunc enim omnimodo parêre, & eam pecuniam quam mulctæ nomine dari placuiſſet, præſtari neceſſe eſſet. Hoc verò neque Accurſius, neque Martinus, neque alius quiſquam ex veteribus gloſſatoribus intellexit, vt videre eſt ex tot interpretationibus quas affert Accurſius, ſed ex eo præſertim quod ſomniat de actione arbitraria & de iureiurando in litem. Lego autem hîc *ſiquidem*, vt vulgò, non *idem* vt in Pandectis Florentinis.

b *Quæ in numero haberi non oportet.* An in numero eorum qui ſunt contumaces? Atqui contumax eſt quiſquis iubenti non paret. Ergo & hîc contumax eſt. Sed tamen non in præbenda opera. Is enim demum contumax eſt in præbenda opera, qui non vult venire ad arbitrum, *leg. quid tamen 21. §. penultim. ſupr.* Nempe quia niſi ambo litigatores adſint, non poteſt arbiter ſententiam dicere, quam ſcilicet dici oportet inter eos qui vel præſentes verè ſint, vel ſaltem pro præſentibus habeantur, id eſt, quorum alter ſit præſens, alter contumax. Contumacia enim pro præſentia eſt. *Authent. quia in Prouincia, C. vbi de crimin. agi oport.* Nemo autem verè contumax hoc ſenſu fieri poteſt apud arbitrum, nec proinde ab eo tanquam contumax condemnari, quia non poteſt arbiter iubere, vt tribus edictis aut ex peremptorio quis vocetur, quod ſolus iudex facit, *leg. ad peremptorium 68. cum quinque ſequentibus infrà de iudiciis lege contra 54. de re iudicata.* Senſus igitur loci huius eſt. Si arbiter iuſſerit exhiberi ab vno ex litigatoribus nomina teſtium, nec is parêre voluerit, non eſſe hanc cauſam ex earum numero, ex quibus poſſit pœna committi ſi arbitrio non pareatur, non quia honeſtum non ſit hoc iuberi ab arbitro, vt quis contra ſe producat teſtes, vt quidam putant, ex *leg. quid tamen 21. §. non debent ſuprà.* (eſſet enim id dicendum graue & iniquum potiùs quàm inhoneſtum, vt in *leg. 4. C. de edend. l. nimis graue 7. Cod. de teſtibus*, iniquitas autem arbitrij nunquam impedit ne pœna committatur, *lege diem 27. §. ſtari ſupra.*) Sed quia res hæc neque ad ſolutionem pecuniæ, neque ad operam præbendam pertineat.

Ratio dubitandi. Non exhibitis nominibus teſtium impeditur arbiter ne poſſit pronunciare. Ergo ad præbendam operam hoc præceptum pertinet; ac proinde ex hac quoque cauſa committetur pœna, quòd & Accurſ. noſter ſenſit.

Ratio decidendi. Nolente litigatore nomina teſtium ex arbitri iuſſu exhibere, non eò minùs poteſt arbiter contra eum pronunciare, ac ſi teſtes nulli eſſent. Et quidem ita vt ſi ſententiæ parêre idem nolit, pœna contra ipſum ex ea cauſa committatur. Nil ergo neceſſe eſt hanc operam præberi à litigatore vt arbiter ſententiam ferat, & conſequenter pœna ex hac cauſa non committetur, quia neque neceſſe eſt. Iunge, *leg. non diſtinguemus 32. §. quæſitum ſuprà.*

1 ❡ Cùm arbiter diem compromiſſi proferre iuſſit, cùm hoc ei permiſſum eſt, alterius mora, alterius ad pœnam committendam prodeſt.

Ad §. 1. Cùm arbiter.

Ratio dubitandi. Cùm arbitro permiſſum eſt vt compromiſſi diem proferat, & is proferre iubet, non neceſſe eſt, vt quiſquam ex litigatoribus operam ſuam in eam rem præbeat. Sufficit enim conuentio litigatorum quæ ab initio interuenit, & quæ arbitro poteſtatem dedit prorogandi. Ergo etiamſi vnus ex litigatoribus in prorogandi mora ſit, non ideò tamen pœna committetur, cùm hoc neque ad ſolutionem pecuniæ, neque ad operam præbendam pertineat.

Ratio decidendi. Imò pertinet ad operam præbendam, quia non poſſet arbiter ferre ſententiam poſt diem compromiſſo finiendo præſtitutum, ſi non dies proferretur. Proferre autem ipſe contradicentibus litigatoribus non poteſt, nec niſi ipſis conſentientibus, ſed tantùm iubere vt ab ipſis proferatur, *leg. arbiter ita ſumptus 33.* vbi dixi, *ſupr. eod.* Ergo ex hac quoque cauſa ſi arbitro non pareatur, pœnam committi neceſſe eſt, quaſi non præbita opera. Et hîc planus nec obſcurus ſenſus eſt huius §. non quem comminiſcitur Accurſius. Si poſt moram ab vno ex litigatoribus commiſſam, alter quoque in mora ſit, prodeſſe poſteriorem moram ei qui priorem contraxerat ne poſſit ab eo exigi pœna, licèt actum ſit contrarium ex regula, *l. cùm par. 14. §. 1. de reg. iur.* Quo ſenſu ſcribendum erat alterius moram alteri prodeſſe ad euitandam pœnam, non quomodo ſcriptum eſt, ad pœnam committendam.

40. POMPONIUS lib. 11. ex variis lectionibus.

ARbiter *Calendis Ianuariis adeſſe iuſſit*, & ante eum diem deceſſit [a], alter ex litigatoribus non adfuit, proculdubio pœna minimè commiſſa eſt. Nam & Caſſium [b] audiſſe ſe dicentem Ariſt. ait, in eo arbitro, qui ipſe non veniſſet, non eſſe commiſſam; quemadmodum Seruius ait, ſi per ſtipulatorem ſtet: quominus accipiat [c], non committi pœnam.

Ad leg. Arbiter Calendis 40.

Ratio decidendi. Si ad Calendas Ianuarias litigatores adeſſe arbiter iuſſerit, & ante eum diem deceſſerit, poſtea alter ex litigatoribus adfuerit, alter verò adeſſe noluerit, verùm eſt dicere hunc qui non adfuit non paruiſſe arbitrio in ea re, quæ ad præbendam operam præcepti tempore pertinebat. Ergo pœna hoc etiam caſu committetur ſecundùm ea quæ diximus ad legem præcedentem.

Ratio decidendi. Pertinuit quidem ab initio præceptum hoc ad operam præbendam, ſed deſiit pertinere morte arbitri. Arbiter enim ille erat, cui operam à litigatoribus præberi oporteat, cui porrò nulla præberi iam mortuo poteſt, vt nec mortuus arbitrari, *leg. cùm ſtipulatus ſim.* 113. *de verborum obligation.* Non ergo poteſt is qui adfuit imputare aduerſario, cur non æquè adfuerit; cùm etiamſi adfuiſſet, inutile tamen & ſuperuacuum id fuiſſet. Nec enim propter abſentiam aduerſarij, ſed propter mortem arbitri factum eſt, ne eo die qui ab arbitro dictus erat, ferri ſententia potuerit. An igitur ſi arbiter non deceſſiſſet pœna committeretur? Vtique vt innuit Pomponius in hac lege: Alioqui fruſtrà poneret defunctum eſſe arbitrum ante diem, & alterum ex litigatoribus adfuiſſe, alterum abfuiſſe ſi nullo caſu pœna committi poſſet. Atqui dies Calendarum Ianuariarum feriatus eſt, exceptiſque nominatim conſtitutione Imperatorum, in *leg. omnes* 7. *Cod. de fer.* qua etiam cautum eſt, ne apud arbitros magis quàm apud iudices vlla poſſit eſſe cognitio iurgiorum. Sed iam dixi, ad *leg. ſi feriatis* 37. *ſupr. hoc tit.* non potuiſſe veteres Iureconſultos reſpicere ad ſupradictam Imperatorum, qui longè poſteriores fuerunt, conſtitutionem, quæ ſanè nouum in hac parte fecit, non in eo quod Calendarum Ianuariarum diem feriatum eſſe voluerint (fuit enim ſemper apud Romanos dies ille ſolemniſſimus, in honorem magiſtratuum:) ſed in eo quod fecit ne poſſent arbitri eo die cognoſcere non magis quàm iudices aut pronunciare. Id enim anteà certè non obſtabat, vt dixi, ad *d. leg. ſi feriatis.* Itaque me neceſſe eſt cum Accurſio diuinare quòd partes in hac ſpecie conſenſerant, vt ad eum diem adeſſe iuberentur.

a *Et antè eum diem deceſſit.* Accurſius hoc intelligit cum diſtinctione poſita, in *dict. leg. cùm ſtipulatus ſim.* 113. *de verb. oblig.* id eſt, ſi arbiter deceſſerit eo tempore, quo adhuc erat in poteſtate litigatoris qui abfuit, vt adeſſet ad diem ab arbitro præſtitutum. Nam ſi ponas deceſſiſſe arbitrum pridie Calend. Ianuar. nec eo tempore fieri ampliùs potuiſſe, vt qui nondum itineri ſe dederat adeſſet Romæ ad dictam diem, non putat Accurſius prodeſſe ei debere ad euitandam pœnam, quòd ipſo Kalendarum die arbiter mortuus reperiatur, argu. *dict. leg. cùm ſtipulatus verſ. aut ſi hoc falſum eſt.* Ego contrà puto. Quid enim profuturum erat ei qui venit, pœnámque petit, ſi aduerſarius quoque veniſſet? At in ſpecie, *d. l.* cùm ſtipulatus, profuiſſet ſtipulatoris ſi ad præſtitutum diem opus factum fuiſſet, & quòd factum non fuerat arbitratu ſtipulatoris ad dictam diem, non ex eo manebat quod ſtipulator ante diem deceſſiſſet, ſed quod promiſſor in opere inchoando negligentior fuiſſet. Nam ſi diligentior extitiſſet, atque ex duobus quæ promiſerat, quorum alterum in eius poteſtate erat, vt opus ad diem faceret; alterum verò à ſtipulatoris perſona pendebat vt eius arbitratu opus fieret, id feciſſet quòd facere potuerat & debuerat; nemo diceret ob id magis commiſſam eſſe pœnam, quod mortuus ante diem ſtipulator neque arbitratus ad diem fuiſſet, neque arbitrari ampliùs poſſet. Quis enim promiſſori velit imputare mortem ſtipulatoris, aut cur non viuo ſtipulatore promiſſor opus perfecerit, quòd ſatis habuit perficere ad diem ſtipulatione comprehenſam? Denique opus facere aliquid eſt, imò totum id quòd ſtipulatione continetur, ex qua non aliam vtilitatem ſperare ſtipulator poteſt. Ad arbitrum autem litigatoris venire nihil eſt, nulliuſque vtilitatis ſi non ſequatur ſententia, quæ porrò ſequi poſt mortem arbitri nunquam poteſt. Itaque opus quod fieri promiſſum eſt, fit per ſe & propter ſe, venitur autem ad arbitrum, non vt veniatur, ſed vt ab arbitro diſceptari controuerſia, & per ſententiam finiri poſſit. In ſumma mors ſtipulatoris ante diem defuncti, non in cauſa eſt ne opus perfici à promiſſore potuerit, quòd ſi perfectum eſſet ad diem, vtique non fruſtrà perfectum inueniretur. At in propoſita ſpecie mors arbitri quamuis non faciat, quominùs ad dictam diem venire vterque litigator potuerit, facit tamen vt etiamſi veniſſet, fruſtrà venire reperiretur. Sunt ergo illi caſus omninò diſſimiles, & quòd hîc Pomponius ſcribit minimè commiſſam eſſe pœnam, tametſi alter ex litigatoribus abfuerit mortuo ante diem arbitro, ſicut indiſtinctè ab eo ſcriptum, ita & indiſtinctè verùm eſt. Idque apertius eſt ex iis quæ in hac lege ſequuntur.

b *Nam & Caſſium.* Ratio dubitandi. Cùm arbiter non venit ad diem ad quam litigatores adeſſe iuſſerat, non magis poteſt imputari arbitro, cur non venerit quàm litigatori. Fruſtrà enim veniſſent, cùm ſententiam abſente altero ex litigatoribus pronunciare nullam potuiſſet. Ergo non debet abſentia arbitri litigatorem excuſare, quominùs in pœnam inciderit, ſed potiùs abſentiam arbitri excuſare debebit abſentia litigatoris, vt non eò minùs teneatur ad pœnam litigator qui abfuit, cùm etiamſi arbiter adfuiſſet, tantò magis apparuiſſet litigatorem operam quam debuerat arbitro non præbuiſſe. Proinde non ſatis rectè Caſſius caſum hunc ſuperiori aſſimilabat, in quo poſuimus non abſentem arbitrum fuiſſe, ſed defunctum ante diem. Quo caſu mors arbitri, qui nullam ferre vnquam poteſt ſententiam, impedit certè ne pœnalis ſtipulatio committi poſſit, quaſi per ipſum arbitrum ſtet omnimodò non per litigatorem.

Ratio decidendi. Non magis ſententiam ferre poteſt arbiter qui ad diem non venit, quàm qui ante diem mortuus eſt. Et vtroque caſu perinde verum eſt factum fuiſſe per arbitrum ne ſententia ferri dicta die potuerit, non per abſentiam litigatoris qui veniſſet inutiliter, ſi veniſſet. Neque poteſt arbiter ſe ſpretum conqueri, qui ipſe litigatores quoque non veniendo ſpreuit, & officium ſuum vltrò deſeruit. Ergo nec pœna hoc caſu committitur, quaſi ob id non præbitam operam, quam nec arbitro negligenti, venireque nolenti non niſi fruſtrà præbuiſſet.

c *Si per ſtipulatorem ſtet quominùs accipiat.* Condemnationem, inquit Accurſius. Ridiculè. Quis enim ſic vnquam locutus eſt. *Accipere condemnationem*, pro eo quod vult dicere Accurſius litis victoriam obtinere? Eſt igitur hæc Seruij ſententia non ad propoſitam ſpeciem de compromiſſo accommodanda, ſed generalius de alia qualibet ſtipulatione intelligenda, vt quoties per ſtipulatorem ſtat, quominùs accipiat id quod ipſi debetur, pœna non committatur, ſi quam fortè debitor promiſerit in eum caſum, quo pecunia ad diem ſoluta non eſſet.

Ratio dubit. Etiam cùm per ſtipulatorem ſtetit quominùs acciperet pecuniam ante diem, verumtamen eſt eam pecuniã ſolutam ad diem non fuiſſe. Ergo hoc etiã caſu pœna omninò debetur, *l. cùm ſtipul.* 90. *de verb. obl.*

Ratio decidendi. Pœna nunquam promittitur, niſi ſub conditione. Si quid fiat vel non fiat. Conditionum autem omnium natura illa eſt vt pro impleris habeantur quòd pertinet ad eum per quem ſtetit quominùs implerentur, *l. in iure ciuili* 161. *iunct. l. in omnibus cauſis* 39. *de reg. iur. leg. ſi quis arbitratu* 43. *de verb. oblig.* Iunctis aliis legibus quas hîc Accurſius congerit.

41. Calli

41. Calliſtratvs lib.1. Edicti mooitorij.

CVm lege Iulia cautum ſit, *ne minor viginti annis iudicare cogatur:* nemini licere minorem viginti annis compromiſſarium iudicem eligere, ideóque pœna ex ſententia eius nullomodo committitur. Maiori tamen viginti annis, ſi minor vigintiquinque annis ſit, ex hac cauſa ſuccurrendum, ſi temerè auditorium receperit, multi dixerunt.

Ad l. Cùm lege 41.

Ratio dubitandi. Imputari poteſt litigatoribus qui in minorem vigintiquinque annis compromiſerunt, cur talem arbitrum elegerint. Ergo ſi ſententiam dixerit, ei ſtare litigatores neceſſe eſt aut pœnam debere, *lege diem proferre* 27. §. *ſtari, ſuprà lege ſocietatem mecum* 76. *pro ſocio.* Et longè alia ratio eſt iudicis qui etiam io inuitum datur, *lege inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verborum obligation.* Quòd ſi ponas ex conſenſu datum iudicem minorem ſcientibus his qui eum conſenſetuot, rectiſſimè dicitur ſententiam eius valere, *lege quidam conſulebat* 57. *infrà de re iudicata*, vbi additur quòd magis eſt valere omnimodo ſententiam à quolibet minore dictam, oiſi mioor ſit decem & octo annis. Quidni ergo valebit etiam arbitrium à minore latum. Siquidem arbiter ounqoam oiſi ex conſeoſu accipitur.

Ratio decidendi. Refert in hac lege Calliſtratus non ſuam ſententiam, ſed aliorum, vt cooſtat ex poſtremis illis verbis. *Multi dixerunt*, quæ ad totam legis ſententiam referuntur. Neque enim præcedeotes infinitiui aliod verbum vllom habent à qno regxntur. Quòd ab interpretibus noſtris vulgò obſeroatum noo eſt, qui xb illis verbis *Maiori tamen*, initium paragraphi deſumunt, nec rurſus à librario Florentino, qoi pro *committi* ſcripſit, *committitur*, oon xnimaduertens etiam admiſſo eo, futurum tamen vt æqoè imperfecta ſit ſententix illa præcedeos, *nemini licere.* Et verò etiamſi maximè iudicij arbitria velis aſſimilare, ex *lege 1. ſuprà*, vnde proculdubio petenda eſſet ratio decidendi huios legis; nihil tamen aliud aſſequi poteris, quàm quòd facilè admittam. Non poſſe cogi arbitrum minorem vigintiqoinque annis vt ſeotentiam dicat. Nam neqoe aliod cauit les Inlia, niſi vt mioor viginti aonis iudicare non cogatur. Cæterùm noo prohibuit eadem lex Iulia ne iudicare poſſit ſi velit, *dict. lege quidam conſulebat.* Ergo neqoe argumentum ex ea ſumi poteſt, quominùs poſſit ſi velit minor vigioti annis, & arbitrium recipere & pronunciare. Cooſequenter ſi hîc arbiter ſenteoriam dixerit, cui non pareatur, pœoa haud dubiè committerur, vt hanc ſaltem habeat execotionem ſeoteotia, quæ ſi à iodice minore viginti aonis lata eſſet, pleniſſimam execotiooem meretor, qualem alia quælibet res iudicata. Nam qoo caſo valeret ſententia iodicis, & executioni mandari poſſet, eo caſu abſurdom ſit dicere pœnam ex arbitri ſenteotia oon committi. Verumque igitur falſum illud eſt quod iſti dicebant. Et nemini licere minorem viginti annis compromiſſarium iudicem eligere, & pœnam ex ſenteotia eios oullomodo committi. Quanqoam hoc poſterius priori conſequens eſt. Prios ſiqoidem eſt vt liceat arbitrum compromiſſarium eligere qoàm vt eios ſententia committi pœna poſſit. Mouebat iſtos, vt puto, qoòd inutiliter eligi videatur in arbitrum ille quem prætor non poſſit etiam inoitum cogere vt ſententiam dicat. Sed præpoſtera iſta argumentatio eſt. Noo enim alios arbitros cogit prætor, quàm qui electi licitè ſint. Ergo an eligi poſſint necne, non ex eo pendet quod cogi à prætore vel poſſine vel non poſſint, ſed è contrario idcirco à prætore coguntur ſententiam dicere, quod rectè ſint electi. Præcedeotia non pendent à conſequentibus, ſed conſequentia à præcedentibus. Cur non ergo liceat mioorem etiam viginti anois compromiſſariom iodicem eligere, qoem etiam ɛxoquam in iudicem pedaneom conſentire vtiliter poſſeot? Non qoidem vt poſſit à prætore cogi ſententiam dicere, ſed vt ſi dixerit, valeat ſententia, quantum arbitri valere poteſt, id eſt, quod ad hoc, vt ſi ei paritom oon ſit pœna committatur. Idque Accnrſius ſentire videtur cùm ea verba *ex ſententia eius* interpretatur de ſententia per eum reddita, qui fuerit minor decem & octo aoois, de quo tamen nullum planè in hac lege verbom.

x *Maiori tamen vingînti annis.* Ratio dnbitandi. Poteſt eligi arbiter compromiſſarius etiam is qui minor ſit annis vigintiquinque, dommodò ſit maior viginti, quia & à prætore cogi poteſt vt ſententiam ferat: quomodo & cogi poſſet ſi Iudex eſſet, vt proximè diximos. Ergo io iotegrum reſtitui nullomodo poteſt, ne cogatur ſententiam dicere vbi ſemel arbitrium in ſe receepit; qoia ſi reſtitni poſſet, neque eſſet cogendus, neque compromiſſum valeret. Exemplo eios quod diximus de compromiſſo facto per minorem, ſi condemnatus ſit minor nec parêre velit arbitrio, nihilò magis pœnam committi, *l. 3. in princ. ſupr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Siue mioor ſine authoritate curatoris compromiſerit, ſioe arbiter electus ſit, compromiſſum ipſo iure valet, ex eóque proinde pœna committi poteſt. Sed tamen ſi aliqua minoris captio interuenie, æquum eſt eum reſtitui in integrum, vt & in cæteris omnibus quæ mioor geſſit, & in qoibus læſus fuit, *leg. ſi minor* 34. §. 1. *ſupr. de minoribus*, iunct. *leg. ait prætor 7. eodem.* Id verò cùm ſit, oeque datur à prætore perſecutio pœnæ coorra minorem qni compromiſit, *dict. leg. 3. in princip. ſupr. hoc titulo*, neque cogendus eſt minor qui arbitrium temere receepit, potà de ea re de qua pronnnciare non poſſit, quin ſibi damoum aliquod inferat forte, in qua ius ipſe aliquod habeat vel dominij, vel pignoris, vel aliud quodlibet, vt ſenteotiam ferat: qui tamen cogendus eſſet ſi in integrom non reſtitneretur. Ex quò ſit tantò apertiùs, valere compromiſſum ipſo. Alioqoi minor nulla egeret reſtitutione, nec ei ſuccurrendum eſſet, qui nullomodo periclitaretur, *l. in cauſa 16. in principio, ſuprà de minoribus.* Nec eſt coorratium quod diximus in præcedentibns. Arbitrum etiam maiorem xnnis vigintiquinqne noo eſſe cogendum ſententiam dicere, ſi aliquod ex eo vel minimum damnum & incommodum ſenſurus ſit, *leg. licèt* 15. & *ſequent. ſuprà hoc titul.* Id eoim tum obtioet cùm poſt arbitrium ſuſceptum noua damni occaſio emergit, oon etiam cùm xrbiter ex ea cauſa damnum poteſt incurrere, quæ præceſſit compromiſſum, & qoam ignorare non potuit eo tempore qoo arbitriom receepit. Solns enim minor eſt, qui hoc caſu reſtitutionem io integrum petere poteſt faoore ætatis, qoa id fecit quod maior & prudentior ouoquxm feciſſet, *l. minor ſe in id 48. §. vlt. ſupr. de minor.*

b *Si temerè auditorium receperit.* Alij legunt, *arbitrium.* Vtro modo legas nihil refert. Auditorium enim recipit qui arbitrium recipit, cùm ſe obliget vt litigatores audiat, & inter eos pronunciet. Vnde & Auditores paſſim hodie apud Italos appellantur, qui verè ſunt iudices.

c *Multi dixerunt.* Et malè vt oſtendimos. Non ergo credendus eſt Calliſtratus idem ſenſiſſe. Sic Papin. in *leg. ſi fideiuſſor 19. ſuprà de dolo*, aliorom ſententiam ſimpliciter refert, quam tamen ipſe improbat, in *lege Stichum & Pamphilum 65. in fi. princ. de ſolut.* Sic Vlpianoos

nus Papiniani ſententiam retulit, In *leg. Papinianus* 43. *de donat.int.vir.& uxor.* quam idem improbauit, in *leg. cùm hic ſtatus* 32. §. *ſiue autem*, iunct. *l. ſi ſtipul.* 33. *eod. ut ſcripſi lib.* 2. *Coniect. c.* 7. Et ſanè non ita ſcripſiſſet Calliſtratus, *multi dixerunt*; ſi nos eo iure vteremur. Sic coim loqui ſolent, qui exploſas aliorum ſententias referunt, quas nec curant refellere.

42. PAPINIANVS libro 2. Reſponſorum.

ARbiter, *intra certam diem ſeruos reſtitui iuſsit*: quibus non reſtitutis, pœnæ cauſa fiſco ſecundùm formam compromiſſi condemnauit, ob eam ſententiam fiſco nihil acquiritur: ſed nihilo minùs ſtipulationis pœna committitur, a quòd ab arbitro ſtatuto non ſit obtemperatum.

Ad l. Arbiter intra certum diem 42.

Ratio dubitandi. Arbiter qui vnum ex litigatoribus nolentem parère ſententiæ & ſeruos ſuos reſtituere quos reſtitui iuſſerat, condemnauit fiſco pœnæ nomine ſecundùm formam compromiſſi, fecit vtique id quòd facere potuit & debuit, cùm ſecutus ſit formam à litigatoribus præſcriptam. Nam nec aliter pronunciare potuiſſet, *leg. non diſtinguemus* 32. §. *de officio, ſupr. l. arbiter ex compromiſſo* 50. *infra eo.* Ergo recuſare non poteſt qui condemnatus eſt, quominùs pœnam fiſco adiudicatam præſtet, quaſi ſua potiùs & priùs quàm arbitri ſententia condemnatus.

Ratio decidendi. Nihil ob eiuſmodi ſententiam fiſco acquiri poteſt, non quia arbiter ita pronunciare non potuerit & debuerit ſecundùm formulam compromiſſi, ſed quia ex litigatorum ſtipulatione nihil potuit acquiri fiſco vt nec alij cuilibet, cùm alteri ſtipulari nemo poſſit, *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri. de verb. obl.* Sed tamen non eò minùs pœna ſtipulationis committitur in vtilitatem ſtipulatoris, quia verùm eſt ſtatuto & ſententiæ arbitri obtemperatum non fuiſſe.

a *Sed nihilominùs ſtipulationis pœna committitur.* Ratio dubitandi. Quoties quis alteri ſtipulatur ſine pœnam ſiue aliud quidlibet, ſtipulatio inutilis eſt, niſi vel ſtipulatoris interſit acquiri alteri, vel ſtipulator ſibi pœnam ſtipulatus ſit, ſi alteri id quod promiſſum fuit non præſtetur, *d. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri de verb. oblig.* Atqui ſtipulatio inutilis committi nunquam poteſt. Nec enim eſſet inutilis ſi caſum aliquem vtilem haberet, *l. heres à debitore* 21. §. *cùm & tu. infr. de fideiuſſoribus, leg. Stichus* 39. *in fin. de manum. teſtam.* Ergo cùm in propoſita ſpecie litigatores fiſco pœnam inutiliter ſtipulati ſint, quam nec ſibi acquirere aut ſtipulari voluerunt, dicendum eſt, ſtipulationem hanc pœnalem committi nullomodo poſſe, quia eo modo quo concepta eſt, committi non poteſt. Sicuti dicimus. Si mihi & Titio, in cuius poteſtate non ſim, ſtipuler decem, non tota decem, ſed ſola quinque mihi deberi vt pars aliena deducatur, & quod extraneo inutiliter ſtipulatus ſum non augeat meam partem, *l. ſi mihi & Titio* 110. *in princ. de verb. obl.*

Ratio decidendi. Hæc ſtipulatio pœnalis duo continet. Primum eſt vt ſi arbitro non parebitur, pœna præſtetur. Alterum vt ea pœna fiſco pendatur. Prior pars ſtipulationis vtilis eſt, poſterior verò inutilis. Ergo quamuis pœna iſta fiſco acquiri non poſſit, cùm nihil ex litigatorum ſtipulatione acquiri potuit, non eò minùs tamen dicendum eſt committi ſtipulationem fauore & commodo ſtipulatoris, ne vtile per inutile vitietur, arg. *leg. placuit* 29. *de vſuris*, iunct. *l. fundus ille* 64. *de contrahend. empt.* Atqui, inquies, nihil ſibi acquirere voluit ſtipulator. Dicendum igitur potiùs eſt nihil actum eſſe. Reſpondeo, non poſſe dubitari quin id actum ſit omninò vt compromiſſum valeret. Ergo & vt pœna ex eo committi poſſet, cùm alioqui valere non poſſet, *leg. non diſtinguemus* 32. §. 1. & §. *ſumma rei eſt ſuprà hoc titul.* Proinde ſi committi non poſſit in vtilitatem fiſci, cui eam acquirere ſtipulatores voluerunt, ex ordine & ratione eſt vt ſaltem ſtipulatori acquiratur, ne contra voluntatem ſtipulatorum & authoritatem arbitri, qui aliter arbitrium non recepiſſet, impunitum ſit factum eius, qui arbitro noluerit obtemperare. Aliud eſſet ſi quis ab initio ſtipulatus eſſet fiſco aut alteri inutiliter. Tunc enim nec ſtipulatori ipſi quicquam ex eiuſmodi ſtipulatione acquireretur, quæ ſcilicet principalis eſſet non acceſſoria, nec ab alio vllo negotio penderet, ex quo interpretationem talem recipere poſſet, qualem recipit hæc ſtipulatio pœnalis, de qua nunc agimus. Hodie vix vllus huic legi locus eſſe poteſt. Etſi enim frequentiſſimum eſt, vt in compromiſſis ſtipulatio interponatur de pœna fiſco vel in totum vel pro parte præſtanda, ſemper tamẽ interuenit ſtipulatio notarij, quem certum eſt poſſe ſtipulari fiſco vt & alij cuilibet, poſteaquam placuit ex receptiſſima gentium ferè omnium conſuetudine poſſe notarium cuilibet vtiliter ſtipulari, adeò vt ex eius ſtipulatione directa quoque actio alij acquiratur. De quo ſcripſimus alibi.

43. SCÆVOLA lib. 1. Reſponſorum.

DE rebus controuerſiiſque omnibus compromiſſum in arbitrum à Lucio Titio, & Mæuio Sempronio factum eſt: ſed errore quædam ſpecies in petitionem à Lucio Titio deductæ non ſunt: nec arbiter de his quicquam pronunciauit. Quæſitum eſt, an ſpecies omiſſæ peti poſſint. Reſpondit, peti poſſe nec pœnam ex compromiſſo committi, quòd ſi malignè hoc fecit, petere quidem poteſt; ſed pœnæ ſubiugabitur.

Ad leg. De rebus 43.

Ratio dubitandi. In compromiſſis ſicut in cæteris ſtipulationibus & contractibus omnibus inſpiciendum maximè eſt quid dictum, ſed multò magis quid actum ſit, *l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *de reg. iur.* Atqui in propoſita ſpecie ponimus id actum, adeòque dictum fuiſſe, vt de rebus & controuerſiis omnibus, quæ inter Lucium Titium & Mæuium Sempronium eſſent compromiſſum fieret in arbitrum. Ergo quamuis per errorem ſpecies quædam, id eſt, res aliquæ omiſſæ ſint nec in petitionem à Lucio deductæ, indéque factum ſit vt neque arbiter de iis quicquam pronunciauerit; dicendum tamen eſt, nec id de quo pronunciatum fuit peti poſſe quin pœna eo nomine committatur.

Ratio decidendi. Non aliter pœna committitur, vbi ſententia ex compromiſſo reddita eſt, quàm ſi aduerſus arbitri ſententiam fiat: Fit autem aduerſus arbitri ſententiam cùm vel id petitur quod arbiter peti vetuit, vel ab eo à quo arbiter peti noluit, *l. aduerſus* 29. *ſuprà hoc tit.* Atqui ponimus nihil pronunciatum fuiſſe ab arbitro de ea re quæ poſt ſententiam petitur. Vt neque potuit arbiter niſi ſtultè pronunciare de ea re quæ non fuerat in petitionem deducta, *l. vlt. C. de fideic. libert.* Ergo etiamſi res illa poſt ſententiam petatur, pœna tamen ex ea cauſa committi nullomodo poteſt. Non enim hac parte inſpicien-

ſciendum eſt quid litigatores in compromiſſum deducere voluerint, at neque quid deduxerint, ſed hoc vnum, quid arbiter pronunciauerit, vt ſciri poſſit an quid aduerſus ſententiam fiat. De illo potiùs dubitari poſſit, an ſententia valeat per quam de omnibus controuerſiis pronunciatum non ſit, cùm tamen in compromiſſo id actum eſſet, vt de omnibus pronunciaretur. Proponebatur enim in hac ſpecie vnum idémque generale compromiſſum, ita conceptum vt non poſſent videri tot eſſe compromiſſa quot erant res & controuerſiæ in compromiſſum deductæ. Iuxta diſtinctionem, *leg. quid tamen 21. ſuprà hoc tit.* Sed id eò pertinet, vt ſi per culpam vel errorem arbitri id contigerit, ſententia ipſius non valeat. In propoſito autem contigit per errorem & incuriam litigatorum, qui neque in compromiſſis, neque in mutuis petitionibus quicquam dixerunt de ea re, quæ nunc petitur. Sententia igitur valet, & valeret quantumuis actum eſſet expreſſim vt non aliter valeret, quàm ſi de rebus & controuerſiis omnibus pronunciatum inueniretur. Vnde enim potuit arbiter diuinare? Itaque falſa eſt diſtinctio quàm hîc Accurſ. ponit an expreſsè actum ſit, an tacitè vt arbiter de omnibus pronunciet, quaſi valeat poſteriore caſu ſententia, non etiam priore, quòd plus valere ſoleant expreſſa quàm tacita. Nam ſiue expreſsè ſiue tacitè actum ſit vt de omnibus pronuncietur, non valet ſententia de quibuſdam tantùm lata, ſi per arbitri aut errorem aut imperitiam id factũ ſit, quòd euenit quoties res & controuerſiæ omnes vel in compromiſſo, vel ſaltem in petitione poſt compromiſſum facta expreſsæ fuerunt. Valet autem ſi per litigatorum aut errorem, aut imperitiam aliquid omiſſum ſit, vt nihil arbitro imputari queat, cur de eo non pronunciauerit, vt in ſpecie huius legis. Alia ratio tranſactionis eſt. Si enim generaliter facta ſit, & eo acto vt à litibus & controuerſiis omnibus diſcederetur, non poterit retractari ſub prætextu ſpecierum poſtea repertarum, quamuis de iis non fuerit in ſpecie cogitatum, *l. ſub prætextu ſpecierum 29. C. de tranſact.* quia ſufficit fuiſſe cogitatum in genere à litigatoribus, de quorum dumtaxat voluntate quærendum eſt in tranſactionibus. At in propoſita ſpecie non quid à litigatoribus cogitatum; ſed quid ab arbitro pronunciatum ſit inſpiciendum eſt vt pœna committatur. Atqui lex noſtra ponit, nihil ab arbitro pronunciatum fuiſſe de iis rebus quæ poſtea ſunt petitæ. Sic enim Scæuola ſcribit: *nec arbiter de his quicquam pronunciauit.* Ergo quamuis litigatores id ſenſerint, vt generaliter controuerſiæ omnes in compromiſſum deducerentur, pœna tamen non committetur. Neque recipienda eſt Accurſij interpretatio, qui ſupradicta verba ſic intelligit; vt nihil arbiter de rebus poſtea petitis pronunciauerit expreſſim & ſpecialiter, pronunciauerit tamen tacitè & in genere, putà ſi ſic dixerit. *Fundum Tuſculanum iubeo tibi reſtitui, in cæteris omnibus aduerſarium tuum abſoluo.* Non enim dici poteſt nihil pronunciaſſe is qui per tam generalem clauſulam de omnibus pronunciauit. Nec dubitandum eſt quin eiuſmodi generali clauſula res omnes & controuerſiæ contineantur, de quibus pronunciare arbiter potuit. Ergo vel ponimus potuiſſe arbitrum ea ſententia pronunciare de rebus poſtea petitis, vel non potuiſſe ideò quòd nondum fuerant petitæ. Si potuit, haud dubiè voluit qui tam generalem clauſulam adſcripſit; ac proinde bona erit hoc caſu tranſactionis & arbitrij generalis comparatio. Si non potuit, nihil planè refert an generalem clauſulam adſcripſerit, an omiſerit. Magis autem eſſe puto vt non potuerit arbiter pronunciare de iis rebus, quæ non fuerant in petitionem deductæ, quamuis generale compromiſſum fuerit de rebus & controuerſiis omnibus: quia nec Iudex nec arbiter de aliis rebus pronunciare poteſt, quã quæ fuerint petitæ, *dict. l. vlt. C. de fideic. libert.* & longè faciliùs eſt vt tranſactio generalis fiat, quamuis petitio fuerit ſpecialis, in *d. l. ſub prætextu*, quàm vt arbitri ſententia ſit generalior petitione, quoniam tranſigentes cùm de rebus ſuis pro arbitrio diſponant, poſſunt in tranſactionem deducere; illa etiam quæ in petitionem deducta non ſunt, arbiter verò non item, quippe qui de iis tantùm quæ petita ſunt pronunciare cogitur, de aliis autem quæ petita non ſunt nec debet, nec etiamſi maximè velit, poteſt. Accurſium fefellit quòd in huius legis fine ſcriptum eſt. Si petitor malignè omiſerit ante ſententiam arbitri id petere, quòd poſt ſententiam petit, petere quidem poſſe, ſed fore vt pœnæ ſubiungetur. Quomodo enim poterit, inquit, pœna committi ob eam rem, de qua arbiter neque expreſsè, neque tacitè, neque in ſpecie, neque in genere pronunciauerit? Et ſanè ita eſt. Fieri nequit vt pœna committatur, tanquam non ſit paritum ſententiæ arbitri, ſi nihil pronunciauerit arbiter de eo quòd poſt ipſius ſententiam petitur. Nec *ſola* petitoris malignitas & dolus facere poteſt vt pœna committatur, ſi non etiam illud concurrat vt quid faciat contra ſententiam arbitri. Quemadmodum igitur dolus litigatoris facere non poteſt, vt quicquam pronunciaſſe videatur arbiter de re nunquam petita; adeoque nec vt ſciatur quid ille fuerit pronunciaturus, cùm etiamſi iniquè pronunciaſſet, eius tamen ſententiæ nihilominùs ſtandum eſſet: ita nec facere poteſt vt pœna committatur, quæ in neceſſarium antecedens ſupponit pronunciationem cui non pareatur. Quare non dubito quin Scæuolæ non ſit, ſed vel Triboniani, vel imperiti interpretis tota illa poſtrema clauſula; *quod ſi malignè hoc feceris, petere quidem poteſt, ſed pœna ſubiugabitur.* Nam præter id quòd nunquam ita loquuntur Iureconſulti, vt dicant; *pœna ſubiugari*, pro eo non poteſt, *pœnam committi*, illud etiam ridiculum eſt monere peti poſſe, id de quo arbiter minimè pronunciauerit, cùm illa quoque de quibus non petendis ex compromiſſi forma pronunciauit, peti tamen poſſint. Sed neque probabile eſt Scæuolam, qui nunquam reſpondere ſolet niſi ad ea quæ ex facto proponuntur, caſum illum attingere voluiſſe, quo malignè actor eam rem quam poſt ſententiam peti omiſiſſet, cùm ex facto proponeretur per errorem omiſſum id fuiſſe non malignè & dolosè.

44. IDEM lib. 2. Digeſtorum.

INter Caſtellianum, & Seium controuerſia de finibus orta eſt: & arbiter electus eſt; *vt arbitratu eius res terminetur*, ipſe ſententiam dixit, præſentibus partibus, & terminos poſuit. Quæſitum eſt, an, ſi ex parte Caſtelliani arbitro paritum non eſſet, pœna ex compromiſso commiſsa eſt. Reſpondi, ſi arbitro paritum non eſset in eo, quòd vtroque præſente arbitratus eſset, pœnam commiſsam.

Ad leg. Inter Caſtellianum 44.

Ratio dubit. Non aliter committitur pœna ne quidem ob id quòd non ſit paritum ſententiæ arbitri, quàm ſi arbiter dari quid fieriue alij ab alio ex litigatoribus pronunciauerit, in eóque non pareatur, *l. non ex omnibus 39. ſupr.* Atqui in propoſita ſpecie, neu alium alij arbiter condemnauit, ſed ipſe terminos poſuit, nec eos à litigatoribus amoueri vetuit. Ergo etiamſi poſtea ab altero ex litigatoribus amoueantur, non ideò tamen pœna committetur.

Ratio decidendi. Arbiter ſumptus ad dirimendam litem finium regundorum poteſt ipſe terminos ponere, quemadmodum & iudex poſſet, *leg. 2. §. iudici leg. ſi irruptio*

irruptione 8. §. 1. *infr. fin. regun.* Nam & hoc modo lis tota dirigitur, & finis controuerſiæ imponitur etiam citra condemnationem, quod ſufficit, vt ſententia rectè utroque ab arbitro dicta videatur. Ergo ſi quis ex litigatoribus eos terminos, quos arbiter poſuit, poſtmodum amoueat, perinde pœna committetur. Quid enim refert an quid fiat contra id quod arbiter fieri præcepit, an verò contra id quod arbiter ipſe fecit? Imò arbitri auctoritas hoc poſteriore caſu magis, & euidentiùs contemnitur quàm priore, quæ res pœnæ committendæ locum potiſſimè facit.

45. VLPIANVS lib. 28. ad Edictum.

IN compromiſſis arbitrium perſonæ inſertum perſonam non egreditur.

Ad l. 45. In compromiſſis.

Ratio dubitandi. Ex compromiſſo eligitur arbiter tanquam vir bonus, *l. 3. §. tametſi ſupr. hoc tit.* Ergo nihil fit contra compromiſſum ſi arbitrium ab ea perſona quæ fuit nominata in aliam transferatur, quia quod nominatim perſona aliqua comprehenſa eſt cuius arbitratu quid fiat, non minùs alterius viri boni cuiuſlibet arbitrium ſpectandum eſt, *l. ſocietatem mecum 76. in fin. & ſeqq. infr. pro ſocio, hæc venditio 7. de contrahend. empt.*

Ratio dec. Cùm ex compromiſſo itur ad arbitrium, itur quidem tanquam ad virum bonum, ſed non tanquam ad quemlibet virum bonum, at tanquam ad perſonam certam cuius arbitrio ſtandum ſit omnimodo, id eſt, quantumvis iniquum ſit, & aliter redditum, quàm quomodo vir bonus fuerat redditurus, *l. diem proferre 27. §. ſtari ſupr. & dict. l. ſocietatem*, vbi dicitur non poſſe hoc caſu peti vt arbitri ſententia redigatur ad arbitrium boni viri, ne ſcilicet propagentur arbitria, ſi ab ea perſona cuius electa induſtria eſt, in aliam perſonam transferantur, *l. non diſtinguemus 32. §. quæſitum ſupr. hoc tit.* Quod & Iuſtinianus, in *l. vlt. C. de contr. empt.* ad alios caſus omnes protraxit, in quibus quid collatum ſit in arbitrium certæ perſonæ. Sublata illa diſtinctione quæ toto iure vetere obtinuit an in perſonam certam, an in boni viri arbitrium contrahentes reſpexerint, cùm certam perſonam nominarunt, vt in *dict. l. ſocietatem in fin.* longe *l. ſi quis arbitratu 43. de verb. oblig.*

46. PAVLVS lib. 12. ad Sabinum.

DE his rebus & rationibus, & controuerſiis iudicare arbiter poteſt, quæ ab initio fuiſſent inter eos, qui compromiſerunt, non quæ poſtea ſuperuenerunt.

Ad l. 46. De his rebus.

Rat. dubit. Recepiſſe arbitrium is videtur qui finem de ſua ſententia conuerſos omnibus impoſiturum pollicetur, ideóque nec aliter ſententiam dixiſſe credendus eſt, quàm ſi ita pronunciauerit, vt litigatores à tota controuerſia diſcedere velint, *l. Pomponius 13. §. recepiſſe l. qualem 19. §. dicere ſup. hoc titul.* Ergo non tantùm de his rebus & controuerſiis, & rationibus iudicare arbiter poteſt & debet quæ ab initio fuerunt inter eos qui compromiſerunt, ſed etiam ſi quæ poſtea ſuperuenerunt. Quid enim dicamus hoc actum eſſe inter litigatores, vt tantò citiùs, & faciliùs lites omnes dirimantur? Nam ſi is qui bona ſua omnia generaliter obligat; licèt nihil de futuris dixerit, tamen futura quoque obligaſſe intelligitur, *leg. vltim. Cod. quæ res pign. oblig. poſſ.* quantò iuſtior, & probabilior eſt illa interpretatio, vt quis de ſuis omnibus controuerſiis compromiſerunt, etiam de futuris ſenſiſſe intelligantur, ſi quæ ſuperuenerint durante compromiſſo.

Rat. dec. De eo pronunciare arbiter poteſt, & debet de quo ſumptus fuit, *l. non diſtinguemus 32. §. de offic. ſup.* Non poteſt autem videri ſumptus de iis controuerſiis quæ compromiſſi tempore nullæ adhuc fuerunt. Sicut nec videri poteſt in iudicium veniſſe id quod poſt iudicium acceptum accidiſſet, *l. non poteſt 23. infr. de iud.* Nec aliud eſſet in obligatione bonorum omnium vt futura non contineretur, niſi Iuſtinianus contra iuris rationem induxiſſet, in *d. l. vlt. Codic. quæ res pign. oblig. poſſ.* Nunquam enim continentur futura in diſpoſitione facta per verba quæ præſens tempus denotent, aut expreſſim, aut vi ipſa, *leg. ſi ita eſſet 7. de aur. & argent. legat.*

47. IVLIANVS lib. 4. Digeſtorum.

SI compromiſſum ita factum eſt, *vt præſente, vtroque, aut hæredibus eorum arbiter ſententiam dicat*, & alter ex litigatoribus deceſſerit, pupillo hærede relicto: non aliter videtur ſententia dicta eſſe, niſi tutoris auctoritas interpoſita fuerit.

1 ¶ Item, ſi alter ex compromittentibus furere cœperit.

47. MODESTINVS lib. 4. Digeſtorum.

ARbiter ad ferendam ſententiam non compelletur.

Ad l. 47. Si Compromiſſum. & l. 48. Arbiter.

Ratio dubitandi. Dicit ſententiam arbiter, quoties pronunciat ſecundùm formam compromiſſi de ea ipſa re de qua compromiſſum fuit, *l. non diſtinguemus 32. §. de officio ſupra hoc tit.* Atqui in propoſita ſpecie nihil aliud dictum eſt in compromiſſo, niſi vt arbiter præſente vtroque litigatore, aut præſentibus eorum hæredibus ſententiam diceret. Ergo ſi alter ex litigatoribus deceſſerit, quamvis relicto hærede pupillo, aut ſi alter ex litigatoribus furere cœperit ſatisfacit tamen compromiſſo arbiter qui præſentibus illis ſententiam dicit, tametſi nec tutorem pupilli adhibeat nec curatorem furioſi. Non enim eo minùs verum eſt hæredem præſentem eſſe, quòd ſit pupillus, aut litigatorem furioſum eundem illum eſſe qui erat ante furorem. Alioquin iniquum eſt eum qui cum pupillo non cõtraxerit, neque cum furioſo expectare pupilli pubertatem, aut furioſi reſipiſcentiam, *l. 3. §. 1. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eat.* aut ignorantiam pupilli quæ per ætatem, vel furioſi quæ per furorem contigit alij eſſe captioſam, *leg. quod autem 8. §. ſi quid cum pupillo, quæ in fraudem credit.*

R. dec. Neque pupillus neque furioſus præſens eſſe intelligitur, ſi non habeat ille tutorem, & hic curatorem,

leg. diem proferre 27. §. *pen.* vbi dixi *ſupr.* Non ergo expectanda eſt pubertas pupilli aut reſipiſcentia furioſi, ſed prouidendum vt vel pupilli tutor adſit vel curator furioſi, vtique in eam tutor detur pupillo, vel curator furioſo ſi nulluſdum datus ſit.

49. IVLIANVS libro 4. Digeſtorum.

SEd & interpellatur, quò minùs ſententiam dicat: quia nihil coram furioſo fieri intelligitur. Quod ſi furioſus curatorem habet, vel habuerit adhuc litigio pendente, poteſt præſente curatore, ſententia dici a.

Ad l. Sed & interpellatur 49.

Interpellari arbitrum dixit hîc Iulianus non pro eo quod eſt denunciari, vt malè interpretatur Accurſius, (quis enim arbitrum interpellabit furioſi nomine?) ſed pro *impediri.* Nam etſi nemo denunciet arbitro ne ferat ſententiam, impeditur tamen ſatis ne eam ferat hoc ipſo, quod nemo adeſt pro furioſo coram quo pronunciare ſententiam poſſit: cùm eo quoque caſu, quo nihil dictum eſt de pronuncianda ſententia vtroque litigatore præſente, non aliter tamen poſſit videri arbiter functus officio ſuo, quàm ſi coram litigatoribus ſententiam dixerit, ac proinde coram ſapientibus, *d. l. diem proferre* 27. §. *penultim.* vbi dixi & ad *l. proxim. præced. ſupra.* Nihil autem coram furioſo fieri intelligitur, vt hic Iulianus ait.

a *Poteſt præſente ſententia dici.* Ratio dubitandi. Sententia debet dici coram ipſis litigatorib. etiam cùm nihil de eo dictum eſt, *d. l. diem proferre* 27. §. *pen. ſupr.* Atqui in lite ab eo vel contra eum inſtituta qui poſt compromiſſum incidit in furorem, furioſus ipſe litigator eſt non etiam curator eius. Ergo non ſufficit ſententiam dici curatore præſente, niſi ipſi quoque furioſus præſens ſit, quomodo & præſenti pupillo dicenda ſententia eſt interueniente tamen tutoris autoritate, *d. §. pen. & d. l. prox præced.*

Ratio decidendi. Alia ratio eſt pupilli, alia furioſi, alia tutoris, alia curatoris. Tutor ſupplet iudicium duntaxat non etiam præſentiam pupilli, ideóque multa ſunt quæ tutor facere non poteſt nomine pupilli, & quæ pupillum ipſum facere neceſſe eſt ex tutoris tamen autoritate. Curator verò furioſi ſicuti perſonæ ipſi nec tantùm bonis datur, ita plus iuris habet quàm tutor pupilli, in eo nimirum quod omnia poteſt & debet ipſe facere nomine furioſi, furioſus verò eo auctore nihil prorſus, quia nec furioſi perſona vlla eſſe creditur cùm animus ei abeſſe intelligatur, & idcirco non modò iudicium, ſed ipſam quoque propemodum, vt ita dixerim perſonam furioſi ab eius curatore ſuppleri oportet, *l. in negotiis* 5. *de reg. iur.* Cuius diuerſitatis ratio illa eſt, vt alibi ſcripſimus, quod certum eſt ætatem allaturam pupillo iudicium: at furioſo reſipiſcentiam non item.

1 ¶ Arbiter adeſſe litigatores vel epiſtolam iubere poteſt.

Ad §. 1. Arbiter.

Ratio dubitandi. Arbiter non niſi coram litigatoribus ſententiam dicere debet, vt proximè diximus ex *d. l. diem proferre* 27. §. *pen. ſupr.* Ergo nihil per nuncium, vel epiſtolam iubere poteſt. Eſt enim iſtarum rerum vſus propter abſentes comparatus.

Ratio decidendi. Non niſi abſens eſſe poteſt is qui adeſſe iubetur. Proinde non poteſt eo præſente fieri, vt adeſſe iubeatur qui iam adeſt, nec ad hanc rem pertinet quod dicimus arbitrum coram litigatoribus pronunciare oportere, ſed ad ſententiam definitiuam, qualis iſta non eſt quæ nec abſolutionem continet, nec condemnationem, ſed litigatores ad operam duntaxat præbendam obligat. Idem eſt ſi arbiter diem compromiſſi proferre velit, *d. l. diem proferre* 27. *in princip.* vbi dixi *ſupr. hoc tit.* Et ita debet accipi quod hîc notat Accurſius interlocutoriam abſente vna parte fieri poſſe, nimirum illam per quam abſens euocatur vt adſit. Alioqui nulla erit ratio abſentis euocandi. Cæterùm falſa erit ea propoſitio ſi generaliter intelligatur, quod nec Accurſ. negat ex *l. à præcedente* 4. *de dilat.*

2 ¶ Si ab altera duntaxat parte hæredis mentio comprehenſa fuerit, compromiſſum ſoluetur morte cuiuſque ex litigatoribus: ſicut ſolueretur altero mortuo, ſi neutrius hæredis perſona comprehenderetur.

Ad §. 2. Si ab altera.

Ratio dubitandi. Compromiſſum non ſoluitur morte litigatorum quoties hæredum mentio facta eſt, *l. diem proferre* 27. §. 1. *l. non diſtinguemus* 32. §. *ſed etſi hæredis ſupr.* ſi ab altera duntaxat parte hæredis mentio comprehenſa fuerit, compromiſſum non ſoluetur ipſius morte, quomodo ſolueretur altero mortuo ſi neutrius litigatorum hæredis perſona comprehenſa eſſet, ſed tantùm morte illius de cuius hærede nihil dictum fuit. Ne alioqui eueniat, vt fruſtrà & inutiliter hæredis mentio ex vna parte expreſſa ſit.

Ratio decidendi. Nihil refert an ex alterutra tantùm an ex neutra parte hæredis mentio facta ſit, quia compromiſſi obligatio mutua eſt, nec debet claudicare, *l. litigatores* 11. §. *pen.* vbi dixi, *ſupr.* Claudicaret autem compromiſſum ſi morte vnius ex litigatoribus ſolueretur, morte verò alterius non item: iudicij alia ratio eſt. Neutrius enim morte ſoluitur, ſed ad defuncti hæredem tranſit, quia inter inuitos locum habet. Sic neque ipſius iudicis morte ſoluitur iudicium, cùm tamen arbitrium morte arbitri finiatur, *l. mortuo* 60. *l. proponebatur* 75. *infr. de iudic.* iunct. *l. in compromiſſis* 43. *ſupr. l. pen. C. de pedan. iudic.*

50. ALFENVS lib. 7. Digeſtorum.

ARbiter ex compromiſſo ſumptus, cum ante eum diem, qui conſtitutus compromiſſo erat, ſententiam dicere non poſſet, diem compromiſſi proferri iuſſerat, alter ex litigatoribus dicto audiens non fuerat. Conſulebatur, poſſétne ab eo pecunia ex compromiſſo peti. Reſpondi, non poſſe ideò quòd non eſſet arbitro compromiſſum, vt id haberet.

Ad l. Arbiter ex compromiſſo 50.

Ratio dubitandi. Committitur pœna quoties non paretur ſententiæ arbitri in eo quod ad operam præbendam pertinet, *lege non ex omnibus* 39. *ſupr.* Atqui ad

operam

operam præbendam hoc pertinet, vt dies compromiſſi proferatur, quoties arbiter ex compromiſſo ſumptus ſententiam dicere non potuit ante eum diem qui compromiſſo erat conſtitutus: Operam ſiquidem præbere nihil aliud eſt quàm id facere ſine quo arbiter ſententiam ferre non poſſit. Ergo ſi ex hac cauſa non pareatur arbitro pœna committetur.

Ratio decidendi. Arbiter nihil extra compromiſſum facere poteſt, & ideò ſi nihil in compromiſſo adiectum ſit de die compromiſſi proferenda, & arbiter iubeat diem proferri, impunè ei non parebitur, *l. non diſtinguemus* 32. *§. dies, §. de officio. & §. vlt. ſupr.* vbi dixi.

51. MARCIANVS lib. 2. Regularum.

SI de re ſua quis arbiter factus ſit: ſententiam dicere non poteſt: quia ſe facere iubeat, aut petere prohibeat: neque autem imperare ſibi neque ſe prohibere quiſquam poteſt.

Ad l. Si de re ſua 51.

Ratio dubitandi. Non eſt nouum vt quis in ſua cauſa iudex conſtituatur, ſi modò id fiat conſentiente adeoque deferente aduerſario. Nam id euenit quoties alter alteri iuſiurandum defert quod vulgò litis deciſorium appellant, *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Nec enim volenti fit iniuria, *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ plu. arc. l. nemo videtur* 145. *de reg. iur.* Ergo & imputare ſibi debet ſi quis in aduerſarium ipſum tanquam arbitrum compromiſerit, arg. *l. diem proferre* 27. *§. ſtari. ſupr. hoc titul.*

Ratio decidendi. Arbiter eſſe nemo poteſt ſententiam dicere, cum in hoc maximè officium arbitri verſetur, *l. Pomponius* 13. *§. recepiſſe l. qualem* 19. *§. dicere. ſupr.* Nemo autem poteſt ſententiam dicere quin aliquem ex litigatoribus facere iubeat vel prohibeat, & ita cogeretur arbiter ſic pronunciare vt ſe vel facere iuberet vel petere prohiberet, quod tamen ne facere poſſit, illud impedimento eſt, quod neque imperare ſibi neque prohibere quiſquam poteſt, *l. Lucius 40. in fi. de fideic. libert. l. ſi quis in principio* 22. *de leg.* 3. cum nemo ſit dominus ſui ipſius, at ne quidem membrorum ſuorum, *l. liber homo* 13. *ad leg. Aquil.* In qua tamen ratiocinatione ſubintelligendum illud eſt, eum qui tanquam arbiter inter ſe & aduerſarium ſuum ſumptus, non poteſt ſeipſum quid facere iubere, aut ne faciat prohibere, nec aduerſarium ſuum condemnare poſſe, quoniam ſi poſſet vtique claudicaret compromiſſum ex quo neque ſententia ferri pro altero ex litigatoribus neque pœna committi niſi ex vna parte poſſet: Quod tamen ex iuris ratione fieri nequit *l. litigatores* 11. *§. pen. l. quid tamen* 21. *§. pen. ſupr.* Eadem ratio facit vt nemo poſſit eſſe iudex in cauſa ſua quantum ad hoc vt ſententiam ferat per abſolutionem, vel condemnationem, *l. Iulianus ait* 17. *infr. de iudic.* neque rurſum ius dicere, *l. qui iuriſdictioni* 10. vbi dixi. *ſup. de iuriſdict.* Iunge *tit. C. ne quis in cau. ſua iudic. vel ius dic.* Quamuis poſſit quis etiam in cauſa ſua iudex eſſe iurando vt dixi ex *d. l. 1. quar. rer. act. non det.* quia is qui iurat, neque abſoluit, neque condemnat, ſed ex iureiurando ſuo vel abſoluendus eſt à iudice vel condemnandus. Solemus tamen dicere ſuæ quemque rei arbitrum eſſe, *l. in re mandata* 21. *C. mandat.* ſed ſumpto arbitri nomine pro moderatore vt ea ipſa lex oſtendit. Alias huius vocis ſignificationes vide apud Accurſium. Quid ergo ſi quis compromiſerit in inimicum? Putat Accurſ. reducendum eſſe arbitrium ad arbitrium boni viri, ſi fortè excedat modum, ideſt, ſi immodicè iniquum ſit, ex *l. ſi libertus ita iurauerit* 30. *infra de oper. libert.* Sed ego non probo, quia debet ſibi imputare qui in talem compromiſit, *d. l. diem proferre. §. ſtari.* niſi ſuperuenerint inimicitiæ poſt compromiſſum, *l. non diſtinguemus* 32. *§. cùm quidam.* vbi dixi, *ſuprà eodem.* Denique nunquam recurritur ad arbitrium boni viri cùm ad arbitrium itum eſt ex compromiſſo, *l. ſocietatem mecum* 76. *infr. pro ſocio.* nec de huiuſmodi arbitro Celſus loquitur, in *dict. l. ſi libertus.*

52. IDEM lib. 4. ad Regularum.

SI qui iuſſus eſt arbitro ex compromiſſo ſoluere pecuniam, moram fecerit: pœnam ex compromiſſo debet: ſed poſtea ſoluendo, pœna liberatur.

Ad l. Si quis ab arbitro 52.

Ratio dubitandi. Stipulatio ſemel commiſſa nunquam reſoluitur, *l. habere licere* 57. *in fin.* iunct. *l. euicta* 26. *§. ſi ſeruus inf. de euict.* Atqui commiſſa eſt ſtipulatio pœnalis ex compromiſſo ſtatim atque mora facta eſt ſolutioni, quia ex eo inſtanti verum eſt dicere, arbitrio non fuiſſe obtemperatum. Ergo nihil prodeſt ad pœnã euitandam, ſi is qui ſemel in eam incidit poſtea pecuniam offerre & ſatisfacere quandoque velit.

Ratio decidendi. Stipulatio quidem non reſoluitur ipſo iure ſed mora purgatur, vt ei qui nunc ſatisfacere paratus eſt doli exceptio detur, ſi modò neque lis adhuc conteſtata ſit ſuper pœna, neque adhuc quicquam interſit ſtipulatoris, *l. quid tamen* 21. *§. vlt. & legib. ſeq.* vbi dixi, *ſupr. hoc tit.*

NAVTÆ, CAVPONES, STABVLARII, VT RECEPTA RESTITVANT.

TITVLVS IX.

VLPIANVS lib. 14. ad Edictum.

AIT prætor: *Nautæ, caupones, ſtabularij, quod cuiuſque ſaluum fore ceperint, niſi reſtituant, in eos iudicium dabo.* 1 ¶ Maxima vtilitas eſt huius edicti: quia neceſſe eſt plerúmque eorum fidem ſequi, & res cuſtodiæ eorum committere. Ne quiſquam putet [a], grauiter hoc aduerſus eos conſtitutum: nam eſt in ipſorum arbitrio, ne quem recipiant, & niſi hoc eſſet ſtatutum, materia daretur cum furibus aduerſus eos: quos recipiunt, coëundi: cùm ne nunc quidem abſtineant huiuſmodi fraudibus.

Naut.caupon.ſtabul.vt recept.reſtit. Tit.9.

Ratio dubitandi. Non eſt ſuccurrendum eſt cui poteſt imputari cur non cautiùs fuerit negotiatus, *leg.* 1. *Cod.de furt. & ſeruo corrupt.* quia nec damnum videtur vllum ſentire is qui non niſi ex culpa ſua ſentit, *l.quòd quis ex culpa* 203. *de regul.iur.* Ergo non debuit prætor hoc edictum proponere contra nautas, caupones, ſtabularios,& actionem in factum polliceri ei, qui huiuſmodi perſonis merces ſuas tradiderit cuſtodiendas,cùm poſſit ipſi imputari, cur non fuerit expreſſim ſtipulatus vt ſibi reſtituerentur, quomodo ſtipulari poterat& debebat ad hoc vt perſonalem actionem acquireret. Alioqui contentus eſſe debet vindicatione ſi res extent, aut ad exhibendum ſi non extent.

Ratio decidendi. Maxima eſt vtilitas huius edicti, quia plerunque neceſſe eſt, huiuſmodi perſonarum fidem ſequi, & res ſuas cuſtodiæ ipſarum committere, & niſi ſic eſſet à prætore conſtitutum,materia daretur iſtis coëundi cum furibus aduerſus eos quos recipiunt, vt ex eo apparet quòd ne nunc quidem abſtinent iis fraudibus, in quarum pœnam propoſitum eſt hoc edictum. Probabiliùs moueri quis poſſit, vt putet ſupervacuum eſſe hoc edictum, ex eo quòd etiam ciuili actione ex hac cauſa agi poteſt, *leg.* 3. §. 1. *infrà.* Sed nos ad hanc dubitationem reſpondebimus cùm Vlpiano,in *dict.*§.1. vbi dicemus pleniorem eſſe hanc in factum actionem, quàm ſint ciuiles ex eadem cauſa comparatæ. In eo nimirùm quòd hoc edicto omnimodò is qui recepit tenetur, id eſt, etiamſi ſine culpa eius res perierit vel damnum datum ſit, niſi ſi quid fatali damno contigit, cùm cæteris actionibus dolus non ſit ſine dolo, vel ſaltem culpa interueniente, *dict.* §. 1. Cæterùm eſt etiam alia in factum actio in duplum ex hoc edicto, & ex parte pœnalis,de qua in *leg.pen.§.pen.& leg.vlt.§.* 1.*infr.* & in *leg.vnic.§.*1.*furt.aduerſ.naut.caup.ſtab.* Sed illa ea quaſi maleficio eſt,iſta ex quaſi contractu. Illa pœnalis ſaltem ex parte,hæc verò rei perſecutoria,*leg.*3.*§.pen.infr.*vtraque tamen honoraria. Illa locum habet quando nautæ caupones ſtabularij ſaluum fore non receperunt, *d. leg. vnic.* §. *quod ſi receperit.* Hæc verò quando receperunt, vt ex primis edicti verbis apparet. At quid ſimile aut commune habet hoc edictum, cum ſuperiore in quo agebamus de arbitris? Nempe quòd vtrumque eſt de receptis, ſed illud De receptis arbitris quomodo legendum eſt,in *tit. C. de recept.arbitr.* non vt vulgò De receptis arbitris (arbitria enim recipiuntur, arbitri verò non recipiuntur, ſed recipiunt.) Hoc verò eſt de receptis mercibus, aliiſve rebus. Prior pars ſuperioris tituli eſt generalis. *De receptis.* Poſterior verò ſpecialis, vt qui arbitrium receperunt ſententiam dicant. Hîc verò titulus totus ſpecialis eſt ad ſolos nautas, caupones & ſtabularios pertinens,vt quòd ſaluum fore receperint id omnimodo reſtituant.Sic in *tit.De reb.cred.ſi cert.petat.* prior pars eſt generalis ad omnes ſequentes titulos pertinens.Poſterior verò ſpecialis quod ex ordine & diſtinctione titulorum,qui ſunt in Codice apertiùs intelligitur.iunge,*l.*3.*§.ait prætor infr.*

a *Nec quiſquam putet.* Ratio dubitandi. Nautarum, cauponum, & ſtabulariorum neceſſarius eſt vſus in republica,de quo Plato.*Dialog.*11.*de legib.*Ergo nihil aduerſus eos, tam grauiter conſtitui debuit, debuerátque prætor contentus eſſe ciuilibus actionibus aduerſus eos comparatis.

Ratio decidendi. Eſt in ipſorum arbitrio ne quenquam aut ne quicquam recipiant; non ſolùm ab initio, priuſquàm nauim, vel cauponam, vel ſtabulum exerceant,ſed etiam poſtquàm exercere cœperunt,quia poſſunt prædicere,vt vnuſquiſque vectorum vel viatorum res ſuas ſeruet,neque damnum ſe præſtaturum, *l.vlt.in princ.infr. hoc tit.* Planè vbi ſemel receperunt, non poſſunt ſe exonerare, niſi conſentientibus iis qui obligati eſſe cœperunt,quia quòd ab initio eſt voluntatis,ex poſtfacto fit neceſſitatis, *l.ſicut* 5.*C.de obl.& act. l.in commodato* 18.*§.ſicut infr.commodat.*Nec rurſus iter agentes repellere poſſunt,*l.vnic.§.vlt.infr.furt.adu.naut.caup.ſtab.*

1 ¶ Qui ſunt igitur, qui teneantur,videndum eſt. Ait prætor,*nautæ.*Nautam accipere debemus eum, qui nauem exercet; quamuis nautæ appellantur omnes, qui nauis nauigandæ cauſa in naue ſint,ſed de exercitore ſolummodo prætor ſentit:nec enim debet (inquit Pomponius) per remigem, aut meſonautam obligari:ſed per ſe,vel per nauis magiſtrum:quanquam ſi ipſe alicui è nautis committi iuſſit,ſine dubio debeat obligari.

Ad §. 1. Qui ſunt igitur.

Ratio dubitandi. Nautæ appellantur omnes qui nauis nauigandæ cauſa in naui ſunt.Atqui prætor de nautis generaliter locutus eſt: ergo non de ſolo exercitore intelligi edictum debet.

Ratio decidendi. De ſolo exercitore obligando ſenſit prætor, quia eſſet abſurdum & iniquum eum per remigem aut meſonautam obligari, & ſatis eſt vt per ſe vel per nauis magiſtros obligetur,niſi ipſe alicui ex nautis res committi iuſſit: tunc enim ſine dubio obligatur, non quaſi ex alieno facto.ſed quaſi ex ſuo, & ob ſuum mandatum.Planè ſi exercitor ipſe merces acceperit,cáſque ſaluas fore receperit, etiam de omnium nautarum ſuorum facto tenebitur,ſiue liberi ſint,ſiue ſerui, *§.vlt. & leg.vlt. in princ. infr.hoc tit.* Tenetur ergo ea ſuorum non recepto, ſed delicto, vbi ipſe recepit. Exercitorem appellamus eum qui ſit vel dominus,vel conductor nauis, id eſt,ad quem obuentiones, & reditus omnes perueniunt, ſiue is dominus nauis ſit, ſiue à domino nauem per auerſionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum,*leg.*1.*§.exercitorem* 15.*infr. de exercit.actio.* Magiſtrum nauis, cui totius nauis cura demandata eſt, *d. l.*1. Meſonautam verò non mediocrem aut meliorem nautam,vt ridiculè interpretatur Accurſius,ſed eum qui medium locum tenet inter ſummos & imos nautas, quique ex eo loco remigibus præbet ſignum remigandi, vt eruditè ſuo more clariſſ. I. C. Dionyſius Gothofredus,quem honoris cauſa ſemper nomino, interpretatur, aut qui in media naui ad omnium imperia ac nutus præſto ſunt,vt Budæus ad ſimilitudinem mediaſtinorum,de quibus poſtea dicemus.Niſi malis meſonautas eos intelligere,qui & ναυτεπιβάται,dicuntur in *l.vlt.§.*1.*verſ.ſed ſi quis infr.*quòd vulgata illius loci lectio confirmat.

2 ¶ Et ſunt quidam in nauibus qui cuſtodiæ gratia nauibus præponuntur, vt ναυφύλακας *: id eſt, nautum cuſtodes,*& diætarij. Si quis igitur ex his receperit,puto in exercitorẽ dandam actionem;quia is,qui eos huiuſmodi officio præponit,committi eis permittit:quanquam ipſe nauicularius [a] vel magiſter id faciat,quòd χειρέμβολον, *id eſt ,manus immiſsionem*, appellant [b],ſed etſi hoc non extet [c], tamen de recepto nauicularius tenebitur.

Ad §.2. Et ſunt quidam in nauibus.

Ratio dubitandi. Non debet exercitor obligari de recepto per remiges vel meſonautas,& aliàs huiuſmodi perſonas,de quibus diximus,in §.præced.ſed tantùm vel

per

per ſeipſum, vel per nauis Magiſtrum. Atqui neque nauium cuſtodes qui ad id ſunt præpoſiti ab exercitore, neque diætarij, hoc eſt, qui annonam nauis adminiſtrant, aut quod mallem in diæta & loco ipſo in quo victus ſumitur, ſeruientes, poſſunt dici exercitores, aut Magiſtri nauis. Alio ſiquidem officio funguntur. Ergo non magis iſti quàm remiges, aut meſonautæ exercitorem nauis obligare de recepto poſſunt.

Ratio decidendi. Qui ναυφύλακας & diætarios huic officio præponit, hoc ipſo intelligitur permittere, vt eis merces committantur. Etſi enim aliud eſſe videtur, nauem cuſtodire, aliud verò mercium in nauem illatarum cuſtodiam gerere, vix tamen eſt, vt nauem bene cuſtodiat, qui rerum omnium in nauem illatarum cuſtodiam habere nolit. Si quis igitur ex iſtis nauium cuſtodibus & diætarius merces receperit dandæ eſt actio in exercitorem. Quidni enim ex voluntate exercitoris credatur quis merces ſuas cuſtodiendas ei dare cui exercitor ipſe nauis cuſtodiam dederit? Aut cur non eadem hac parte conſtituetur ratio eius, qui nauis curam habet quem nos Magiſtrum nauis appellari diximus & eius qui nauis cuſtodiam? Non ergo requiremus, vt exercitor permiſerit iſtis res committi, ſed tantùm vt non prohibuerit, arg. *l. ſed ſi pupillus* 11. *§. de quo palàm infr. de inſt. act.*

a *Vel nauicularius.* Exercitorem intellige qui res in nauem illatas ſaluas fore non receperit. Inde enim nauicularius dictus eſt, quod nauem exerceat, vt Ratiarius qui ratem.

b *Quod χειρέμβολον appellant.* Nollem ego hoc interpretari vt vulgò, de manus immiſſione, ſed de ſigno quòd à Magiſtro nauis manu datum ſit in ipſa potiùs mercium immiſſione, & admiſſione facta in nauem exercitoris. Vt ſenſus ſit. Quamvis exercitor ipſe, & nauicolarius, vel Magiſter nauis propria manu ſigno dato oſtenderit velle ſe recipere mercem. Non eò minùs tamen teneri cum ex recepto cuſtodis nauis aut diætarij qui ſaluum fore receperint, quamvis exercitor ipſe nihil promiſerit.

Ratio dubitandi. Cùm exercitor ipſe id fecit quod Græci χειρέμβολον appellant, propriaque manu merces in nauem admiſit, aut admittere voluit, tam facilè potuit ille merces recipere, eaſque ſalua fore promittere, atque diætarius, aut nauis cuſtos. Ergo hoc ſaltem caſu dicendum eſt non videri eum cuiquam permiſſa, vt alij quàm ſibi ipſi merces cuſtodiendas committeret, quas ipſe recipere paratus fuit.

R. dec. Ea res non facit quin & nauis cuſtodes, & diætarij officium ſuum retineant cui ab exercitore præpoſiti fuerunt, nec proinde quominùs is qui eos huiuſmodi officiis præponit permittere videtur vt eis merces committantur. Hoc verò non intelligens Baro malè addidit negationem in illis verbis, *vel Magiſter id fecit*, exiſtimans legendum eſſe *non fecit*, aut *non faciat*.

c *Sed etſi hoc non exiſtet*, Id eſt, ſi hoc non ſit, exercitor vel Magiſter nauis id fecerit, quod Græci χειρέμβολον appellant, non eò minùs nauicularius, id eſt, exercitor tenebitur de recepto eorum quos nauium cuſtodes, aut diætarios appellari diximus.

Ratio dubitandi. Exercitor non tam facilem videri poteſt hoc caſu permittere tacitè vt nauis cuſtodibus, & diætariis merces committantur, quàm ſi χειρέμβολον ipſe feciſſet quo caſu ille ipſe recipere merces videtur, & conſequenter facilè conſentire, vt ab eis quos iſtiuſmodi officiis præpoſuit recipiantur.

R. dec. Sufficit ab eo præpoſitos fuiſſe iſtos huic officio, vt videatur permittere committi eis merces, nec illud etiam requiritur, vt præſens & conſentiens ſit cùm merces inferantur. Itaque quòd exercitor nauis id fecerit quòd Græci χειρέμβολον dicunt ex vna parte ſuadere videtur, vt tantò magis æquum ſit de recepto cuſtodum nauis, aut diætariorum eum teneri. Ex alia verò parte, vt tantò minùs. Reuera tamen nihil intereſt an id fecerit, nécne, & vtroque caſu æquè tenetur.

3 ¶ De exercitoribus ratium, item lyntrariis nihil cauetur, ſed idem conſtitui oportere, Labeo ſcribit, & hoc iure vtimur.

Ad §. 3. De exercitoribus.

Ratio dubit. Exercitores ratium, & lyntrarij non ſunt nautæ: Nec enim rates ſunt naues, nautæ porrò à nauibus dicuntur non à ratibus. Ergo edictum hoc prætoris quòd de nautis duntaxat locutum eſt, id eſt, nauium exercitoribus, vt ſuprà explicuimus, ad ratium exercitores pertinere non poteſt.

Ratio dec. Si verba edicti inſpiciamus non pertinent ad has perſonas, ſed ſi mentem prætoris quæ ex edicti ratione, & vtilitate æſtimanda eſt, pertinent. Quid enim hac parte intereſt an exercitor quis ſit nauium an ratium & an lyntrarius ſit an nauta. Eadem nimirum neceſſitas pleiúmque ſubeſt ſe & ſua iſtorum fidei committendi, nec minor iſtorum quàm illorum perfidia, & improbitas ideò, eſt quod minoribus ad nauigandum nauigiis vtantur. Fuit enim vſus ratium antiquior, & eò potiſſimùm tempore frequentiſſimus quo naues adhuc ignorabantur.

4 ¶ Caupones autem, & ſtabularios æquè eos accipiemus, qui cauponam, vel ſtabulum exercent, inſtitoréſve eorum.

§ Cæterū ſi qui opera mediaſtini fungitur, non continetur: vt putà atriarij, & focarij, & his ſimiles.

Ad §. 4. Caupones.

Ratio dubitandi. Quemadmodum nautæ appellantur omnes qui nauis nauigandæ cauſa in naui ſunt ita & caupones omnes qui in caupona ſunt, vt cauponæ miniſtrent: itémque ſtabularij qui ſtabulo deſeruiunt. Atqui edictum prætoris de cauponibus & ſtabulariis generaliter, & indiſtinctè loquitur, ergo iſtos omnes comprehendit. Ratio decidendi. Nautarum iſta comparatio facit, vt ſicuti iam diximus Prætorem in hoc edicto de ſolo nauis exercitore ſenſiſſe cùm de nautis locutus eſt, licèt propria huius nominis ſignificatio longè ſit generalior, ita & cùm de caupone & ſtabulario locutus eſt, ſimiliter de eo ſolo ſenſiſſe dicendus ſit, qui cauponam & ſtabulum exercet, non omnem qui cauponæ ſtabulóve deſeruiat. Planè etiam inſtitores hoc nomine comprehenduntur, ſicut & magiſter nauis nautæ appellatione continetur, vt nimium ſi quid inſtitor ſaluum receperit, non ſolùm ipſe, ſed etiam is qui cauponam, vel ſtabulum exercet eo nomine tenetur ex hoc edicto.

c *Si quis opera mediaſtini fungitur.* Rectè Accurſius mediaſtinos eſſe illos ſeruos qui vilia faciunt officia, erant enim iſti omnium ſeruorum viliſſimi, inde vt vulgò creditur ſic edicti quod in medis domo ſtare ſolerent, vt ad cuiuſque iuſſa capeſſenda paratiores eſſent, vel in medio balneo, vt alij volunt, adminiſtrandum lauantibus, officiáque iis quælibet ſordidiſſima exhibenda. Senſus igitur huius loci eſt, non magis poſſe obligari cauponem & ſtabularium de recepto per mediaſtinos, putà per atriarios, & focarios & his ſimiles, quam nauis exercitorem per remiges aut meſonautas. Ratio igitur dubitandi & decidendi eadem eſt quæ ad §. 1. *ſup.*

6 ¶ Ait prætor, *quod cuius ſaluum fore ceperint*: hoc eſt, quamcunque rem, ſiue mercem receperint. Inde apud Viuianum relatum eſt, ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quæ mercibus accederent: veluti veſtimenta, quibus in nauibus vterentur, & cætera, quæ ad quotidianum vſum habemus.

Ad §. 5. ait prætor.

Ratio dubitandi. Nauium vſus præcipuus conſiſtit in mercibus tranſuehendis, non in veſtimentis quibus vtuntur illi qui in naui ſunt, nec in cæteris quæ ad vſum quotidianum habemus. Ergo de his intelligi edictum prætoris non poteſt. Nam nec iſtarum rerum vectura vlla debetur, ſed accedunt iſtæ res locationis cæterarum, *l.4.in fin. infr.hoc tit.* Porrò non alia de cauſa nautæ, caupones, ſtabularij incommodum huius edicti patiuntur, quàm pro commodo quod ex vectura ſentiunt vt cuius rei commodum percipiunt ſentiant etiam incommodum.

Ratio decidendi. Verba illa edicti, *quod cuiuſque ſaluum fore receperint* generalia ſunt, nec tantum merces comprehendunt, ſed cætera etiam omnia quæ mercibus accedunt: vt ſolet in cæteris ferè omnibus eadem eſſe ratio eorum quæ accedunt, & cæterorum quibus accedunt, *leg.5.§.vſque adeò commod.* Eiuſmodi autem ſunt veſtimenta, panis, vinum, & cætera quæ quotidiani penoris appellatione ſignificantur in *dict. leg.4. fin. infrà hoc tit.*

7 ¶ Idem Pomponius libro trigeſimoquarto ſcribit, parui referre, res noſtras, an alienas intulimus, ſi tamen noſtra intereſt ſaluas eſſe. Etenim nobis magis quàm quorum ſunt, debent ſolui: & ideò ſi pignori merces accepero ob pecuniam nauticam: mihi magis quàm debitori nauta tenebitur, ſi ante eas ſuſcepit.

Ad § 6. Item Pomponius.

Ratio dubitandi. Quæ aliena ſunt ad nos nil pertinent, nec nobis reddi debent, ſed domino, ita faciente præcepto illo iuris quo ſuum cuique tribui oportet. illa enim demùm verè eſt iuſtitia, quæ ſuum cuique ita tribuit, vt non diſtrahatur ab vllius perſonæ iuſtiore repetitione: quomodo loquitur Tryphoninus in *leg.bona fides 31.* iunct. *l.quod ſeruus 21.inf.depoſit.* Ergo ob alienas res in nauem aut cauponam, aut ſtabulum illatas huic edicto locus eſſe non debet.

Ratio decidendi. Noſtra intereſt etiam alienas res, quas intulimus, ſaluas eſſe, etenim nobis magis qui eas intulimus, debent reddi & ſolui, quàm domino, cui etiam vix eſt, vt non earum nomine teneamur. Idque bona fides certè exigit ſi naturale & gentium ius intueamur, *d. l.quod ſeruus*, licèt nonnunquam ius ciuile ac legum ordo aliud poſtulet, vt in ſpecie, *d.l.bona fides, in princ.* Nihil igitur refert an res noſtras, an alienas intulerimus, ſi modò noſtra interſit ſaluas eas eſſe: quod vnum inſpicit prætor, quia cùm hæc actio ſit rei perſecutoria, *l.3.§.pen.infr.* non poſſet dari ei cuius nihil intereſſet. Proinde ſi pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quàm debitori meo nauta tenebitur, ſi à me debitore meo illas ſuſceperit, quia negari non poteſt mea intereſſe, cùm pignoratitia actione tenear ad eas debitori meo quandoque reddendas, *l. cum qui 14.§.qualis ergo,& §.vlt.cum l.ſeq.de furt.*

8 ¶ *Recipit autem ſaluum fore*, vtrùm ſi in nauem res Miſſæ, ei aſſignatæ ſunt: an & ſi non ſint aſſignatæ, hoc tamen ipſo quod in nauem Miſſæ ſunt, receptæ videntur? Et puto omnium eum recipere cuſtodiam, quæ in nauem illatæ ſunt, & factum non ſolùm nautarum præſtare debere, ſed & vectorum.

Ad §.8, Recipit autem.

Ratio dubitandi. Eas demum res videtur nauta recipere ſaluas fore, quæ ſunt ei aſſignatæ, non etiam cæteras quæ in nauem quidem Miſſæ, ſed non ei aſſignatæ ſunt. Alioqui facilè nauta circumuenietur pluribus in nauem miſſis eo fortaſſis ignorante, & ita fiet vt ſit in vnius poteſtate, alterius non delinquentis conditionem facere deteriorem contra, *l.2.infr.quod vi aut clàm.*

Ratio decidendi. Recipit nauta rerum omnium cuſtodiam quæ in nauem inferuntur, nec ſi bonus exercitor eſt ignorare poteſt, aut debet quid quandoq; & à quo illatum ſit. Ergo dicendum eſt, recepiſſe illum videri ſaluas fore res omnes quæ in nauẽ miſſæ ſunt, ſiue aſſignatæ ei ſint, ſiue non ſint. Sed placet tamen quod vult Accurſius ita demum hoc verum eſſe ſi illatas fuiſſe exercitor ſciuerit, aut ſcire potuerit: Ignorantem enim obligari certè durum eſſet, nec minùs eũ, qui obligaretur ex quaſi contractu, quàm ſi ex vero contractu obligaretur, niſi cùm ex re actio venit, *l.furioſus 46.* iunct. *l. 5.§. vlt.de oblig.& act.* Iunge *l.4.§.tunc in poteſtate.ſup.de vſucap.l.1.& 2.C.de his qui latron.vel alios crimin.reos occult. l.4.verſ.quòd ſi ſeruum.C.de ſer.fugit.* Nam & tribuendum eſt nautæ vt prædicere poſſit quid recipere velit ſaluum fore vel nolit, vt ſe ab huius actionis metu & periculo ſiue in totum ſiue pro parte liberet, *l.vlt.hoc tit.* Prædicere autem quomodo poteſt earum rerum nomine quas illatas eſſe ignoret? Certè ſi ciſtam ſignatam ſciuerit illatam eſſe, ignorauerit autem quid & quantum in ciſta eſſet, non eò minùs tenebitur de iis etiam quæ ignorauit, *l.1.§.ſi ciſta.in fin. infr. depoſit.* adeóque quanti actor ſua intereſſe in litem iurauerit, ſi interpretibus noſtris credimus à Iulio Claro relatis *lib.5.ſentent.§.vl.* De quo alibi fortaſſe dicemus.

a *Et factum non ſolùm nautarum præſtare debebit.* Ratio dubitandi. iniquum eſt, exercitorem obligari per remiges & meſonautam, *§.qui ſunt.ſup.* Ergo nec factum nautarum omnium præſtare exercitor debet, Multò minùs eorum qui eadem naui vehuntur, nec tamen nautæ ſunt.

Ratio decidendi. Non eſt æquum obligari eum de recepto ob id quod aliquis ex nautis, id eſt, ex iis qui in naue nauigandi cauſa ſunt, merces ſaluas fore receperit. Sed vbi recepit obligatur ex omnium nautarum & meſonautarum delicto, vt dixi ad *d.§.qui ſunt.* Ratio poſita eſt in *l.vnic.§.vlt. furt. aduerſ. naut.cap.* quia eos ipſe quodammodo elegit qui non reiecit, Et aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera malorum hominum vteretur, Vnde eſt quod ex quaſi maleficio teneri videtur *lege 5.§.vltim.inf.de oblig. & actionib.§.vltim. Inſtitut. de obligat. quæ ex quaſi delict. naſcunt.* quos tamen locos obſeruandum eſt tractare de actione illa quæ aduerſus nautas, caupones & ſtabularios competit ex quaſi maleficio, non de illa quæ ex ſuſcepto, quòd & Accurſius noſter notat optimè ad *l.proxim.ſeq.* Alioqui pugnaret

Vlpia

Vlpianus noſter in hoc loco cum ſeipſo in *d.l.* 1.§.*vltim. furt.aduerſ.naut.* vbi ſcribit. Eorum qui in naui vehuntur factum ab exercitore nauis præſtari non oportere, vt neque viatorum, contrà quàm de vtroque ſcriptum ſit in fine huius legis & in *lege ſequenti*. Et ratio diuerſitatis eſt, quia exercitorem qui recepit res ſaluas fore cùm ſit obligatus ex quaſi contractu, non ſufficit carere dolo & omni culpa, ſed etiam diligentiorem eſſe oportet,& cautiorem ne quid amittatur ex iis rebus quas in nauem admiſerit, & ad quarum reſtitutionem ſcit ſe proprio ſuo facto eſſe obligatum. At cùm ex quaſi maleficio conuenitur, non aliter eum teneri æquum eſt quàm ſi a liorum maleficium ad ipſius culpam aliquatenus pertineat, quod non euenit quantum ad eos qui in naui vehuntur, nec quantum ad viatores qui in caupona ſunt itineris tantum cauſa. Ergo neque viatorum neque vectorum factum præſtare nauta, vel caupo debebit.

2. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

SIcut & caupo viatorum.

Ad l.2. Sicut & caupo.

Ratio dubitandi. Viatorem ſibi eligere caupo, vel ſtabularius non videtur, quia nec repellere poteſt iter agentes, *l.* 1.§.*vlt.infra furt.aduerſ.naut.caup.ſtabul.* Ergo viatorum factum præſtare caupo non debet, vt ob iſtas rationes ſcriptum eſt, in *d.§.vlt.*

Ratio decidendi. Separanda eſt actio quæ aduerſus nautas, caupones,& ſtabularios competit ex quaſi maleficio, de qua in *d. tit.* ab ea quæ aduerſus eoſdem competit ex quaſi contractu, de ſuſcepto, & de qua in hac lege, vt dixi ad finem legis præcedentis: vbi attuli rationem diuerſitatis. Eadem eorum qui in naui vehuntur conditio eſt quæ viatorum, qui ſunt in caupona, vt ex Pomponio Vlpianus ſcribit initio legis ſequentis. Nec id vllam recipit dubitationem.

3. VLPIANVS lib. 14. ad Edictum.

ET ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigeſimoquarto ſcribit.

1 ¶ Idem ait etiam ſi nondum ſint res in nauem receptæ, ſed in littore perierint quas ſemel recepit: periculum ad eum pertinere.

Ad l. Et ita 3. Ad §.1. Idem ait.

Ratio dubitandi. Non aliàs damnum præſtare debet exercitor etiamſi qui merces ſuſcepit quàm ſi in ipſa naue datum ſit. Cæterùm ſi extra nauem licet ab ipſis nautis non præſtabit, *l.vlt. in princ.infr.hoc tit.* Etſi enim non exigimus, vt merces aſſignatæ ſint exercitori, hoc tamen requirimus, vt illatæ & immiſſæ ſint in nauem, *§.vlt.l.1.ſupr.* Ergo ſi nondum ſint res in nauem receptæ licèt in littore perierint, nihil tamen ab exercitore præſtari eo nomine oportebit.

Ratio decidendi. Ita equidem eſt ſi perierint in littore, prius quàm ab exercitore reciperentur. Sed ſi eas ſemel receperit omnimodo earum periculum ad ipſum pertinebit, licèt non fuerint in nauem immiſſæ. Nam & eo caſu quo immiſſæ ſunt non ideò tenetur exercitor quod fuerint immiſſæ, ſed quòd fuerint receptæ. Receptas ergo fuiſſe ſatis eſt quamvis nõ fuerint immiſſæ, quia vbi receptæ ſunt in littore, non niſi per exercitorem ipſum ſtat quominus in nauem immittantur: ideòque periculum ad eum pertinet quomodo dicimus periculum rei venditæ etiam antè traditionem pertinere ad emptorem, *§.cùm autem. Inſtitut.de emptor.& venditor. lege* 1. *Codic. de pericul. & commod.rei vendit.* quia licèt emptor non ſit dominus ante traditionem *§.vendita.Inſtit.de rer.diuiſ.* tamen in ipſius poteſtate eſt vt dominum quandocunque voluerit, nanciſcatur. Quanquam hoc amplius eſt in propoſita ſpecie, quòd merces omnes quæ ſunt receptæ, ſunt etiam neceſſariò traditæ. Nam & in venditione dicimus videri traditas eſſe trabes quas emptor ſignaſſet, *l.quòd ſi neque* 14.*in fin. infr.de pericul. & commod.rei vendit.*

2 ¶ Ait prætor, *niſi reſtituent, in eos iudicium dabo.* Ex hoc edicto in factum actio [a] proficiſcitur. Sed, an ſit neceſſaria, videndum: quia agi ciuili actione ex hac cauſa poterit, ſi quidem merces interuenerit,& locato vel conducto ſed ſi tota nauis locata ſit: qui conduxit, ex conducto etiam de rebus quæ deſunt agere poteſt, ſi verò res perferendas nauta conduxit, & locato conuenietur, ſed ſi gratis res ſuſceptæ ſint, ait Pomponius depoſiti agi potuiſſe. Miratur igitur, cur honoraria actio ſit inducta, cùm ſint ciuiles. Niſi fortè (inquit) ideò, vt innoteſceret prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum,& quia in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat præſtatur: at hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiam ſi ſine culpa eius res periit [b], vel damnum datum eſt, niſi ſi quid damno fatali contingit.

Ad §.2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. In factum actiones omnes ſunt ſubſidiariæ, & ideò non dantur, quoties ordinariæ competunt, præſertim quæ ſint ex iure ciuili. Fruſtrà enim petit actionem honorariam is, qui habet ciuilem. Atqui ex hac cauſa poteſt agi actione ciuili. Nam ſi merces interuenerit, ex locato vel conducto agi poteſt. Sed & ſi tota nauis locata ſit, qui conduxit etiam de rebus quæ deſunt, agere poteſt, ſi verò res perferendas nauta conduxit, æquè ex locato conuenietur. Quod ſi gratis res ſuſceptæ ſint, depoſiti agi poteſt. Ergo non debuit ex hoc edicto actio vlla in factum dari à prætore.

Ratio decidendi. Hoc fecit prætor vt innoteſceret eum curam agere reprimendæ improbitatis huius generis hominum, ac ne rem tanti momenti negligere videretur, *l. item apud Labeonem* 17.§. *hoc edictum. infr. de iniur.* iunct. *verſic.aliquando.Inſt.de bonor.poſſ.in princip.* Et præterea quoniam in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat præſtatur, aut ſaltem lata culpa quæ dolo æquiparatur. *l.* 1.§.*ſi quis ſeruum. in fin. & l.quod Nerua* 32.*depoſ.* At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamſi ſine culpa eius res perierit vel damnum datum ſit, niſi ſi quid damno fatali contigerit.

a *In factum actio.* Debuerat potiùs dicere plurali locutione, vt in *l. licèt* 6.*infr. eod.in factum actiones.* Duplex enim actio datur ex hoc edicto, vtráque in factum Vna in ſimplum ex contractu vel quaſi contractu de

recepto, quæ merè rei perſecutoria eſt, §.*pen.infr.* Altera in duplum ex quaſi delicto, de qua in *l.vnic.infr.furt.aduerſ.naut.caupon.ſtabul.l.5.§.vlt.de oblig.& action.* vt rectè hic Accurſius. Porrò quæ ex hoc edicto datur, arbitraria eſt, vt conſtat ex hoc §.& ex *l.1.in prin.ſup.*iunct. §.*præterea. Inſt. de action.* Fit enim condemnatio ex huiuſmodi actione non præcisè, ſed ſub ea exceptione ſi res non reſtituatur arbitrio Iudicis. Nec me mouet quod obiicit Accurſius qui contrà putat ad *d.l.1.in prin.*quod in hoc iudicio non feruntur duæ ſententiæ. Nam nec in aliis duæ feruntur, ſed vna duntaxat, *l.item ſi cum 14. §.hæc autem, vbi ſup.quod met.cauſ.* Præcedit iuſſum reſtituendi, ſi res arbitrio Iudicis non reſtituatur, fit condemnatio ex bono & æquo.

b *Etiamſi ſine culpa eius res periit.* Ratio dubitandi. Si nulla culpa exercitoris interuenit id eſt, ne quidem leuiſſima, & tamen res periit, neceſſe eſt vt caſu fortuito perierit, quia inter leuiſſimam culpam & caſum fortuitum nihil medium eſt. Atqui cùm res periit caſu fortuito non tenetur exercitor, quia quæ fortuitis caſibus accidunt cùm à nullo præuideri potuerint, à nemine præſtantur, ſed ad domini damnum pertinent, *l. quæ fortuitis 6.Cod.de pign.act.l.2.§. ſi eo tempore. de admin. rer.ad ciuit.pertin.l. contractus 23.in fin. de reg.iur.* Ergo culpam aliquam ſaltem leuiſſimam exercitoris interuenire neceſſe eſt, vt ex hoc edicto teneri poſſit. Atque ita Accurſius ratiocinatur.

Ratio decidendi. Culpam ſimpliciter cùm dicunt Iurecõſulti non latam aut leuiſſimam intelligunt, ſed leuem ſolam quæ media eſt inter alias duas. Et ita accipi debet quod hic ſcriptum eſt in locato conducto culpam præſtari: ſic nimirum vt non tantùm lata præſtetur, quæ dolo comparatur, ſed etiam leuis, non tamen leuiſſima, quoniam contractus locationis fit in gratiam vtriuſque contrahentis, *d.l.contractus.* Et ideò quamuis cum Accurſio & Bartolo admittamus, leuiſſimam exercitoris culpam exigi, vt huic actioni locus eſſe poſſit, nihilominùs verum erit quod ex Vlpiano diximus pleniorem & vtiliorem eſſe actionem ex hoc edicto competentem quàm futura eſſet actio locati conducti, eo quoque caſu quo merces aliqua interueniſſet, quia facilius eſt, vt culpa leuiſſima contrahatur & probetur quàm vt leuis. Probabilius tamen eſſe arbitror, vt dicamus, etiamſi nulla penitus culpa exercitoris interuenerit & res caſu fortuito perierit, teneri adhuc eum qui recepit, at non omnimodo, id eſt, cum effectu, ſed ſub exceptione eúmque ſenſum eſſe illorum verborum, *niſi ſi quid damno fatali contigerit,* vt nimirum hoc caſu danda ſit quidem actio tanquam quæ competat ipſo iure contra exercitorem, ſed ſub illa exceptione, *ſi non fatali damno hoc contigerit.* Hæc namque interpretatio magis conuenit & præcedentibus & ſequentibus, vbi tamen vide quæ dicam.

3 ¶ Inde Labeo ſcribit: ſi quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non eſſe iniquum, exceptionem ei dari.

Ad §.3. Inde Labeo.

Ratio dubitandi. Ex hoc edicto non tenetur exercitor ſi quid fatali damno contigerit, vt proximè diximus. Atqui quod naufragio vel per vim piratarum periit, aut deterius factum eſt, damno fatali caſúque fortuito periiſſe, vel deterius factum fuiſſe certum eſt. Ergo nullomodo tenetur hoc caſu exercitor, nec proinde indiget vlla exceptione, tantùm abeſt vt indigeat aliqua in integrum reſtitutione, quæ tamen prima eſt Accurſij interpretatio.

Ratio decidendi. Etiam cùm fatali damno res periit, exercitor adhuc tenetur ipſo iure, ſed tamen ita vt ſub exceptione danda ſit in eum actio, quomodo interpretati ſumus ad §. præced. Niſi fortè malimus diſtinguere, quod huc vſque nemo fortaſſe fecit, & in quo tamen adhuc hæſito, inter damnum fatale, & damnum quod caſu fortuito contingit: hoc eſt, inter factum & caſum fortuitum: quaſi factum ſignificet naturalem rei interitum, & ab interiore cauſa manantem, caſus verò fortuitus ad extrinſecos tantùm caſus referatur. Quod fato fit, neceſſariam cauſam ſecundùm philoſophos habere creditur. Quod verò caſu fortuito, fortuitam & accidentalem. Facilius autem eſt vt caſum fortuitum quis præſtet, quàm vt fatum conuentione fieri poteſt, vt quis in ſe recipiat caſum fortuitum, *l. quæ fortuitis 6. C.de pign.act.* (quod ipſum nihil aliud eſt quam ſubire periculum cuſtodiæ, vt loquitur Vlp.in *l. vnic.§.quòd infr. furt. aduerſ. naut.* Hoc verò longè plus eſt, quàm promittere cuſtodiam,) non etiam vt recipiat periculum fati, cùm videatur ea conuentio eſſe contra naturam. Inde eſt quod dicimus caſus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præſtari, *d. l. quæ fortuitis,* vt intelligamus ſi ex ſtricto iudicio, putà ex ſtipulatione Stichus petatur, quem promiſſori latrones aut piratæ eripuerint, non eò magis liberari promiſſorem, quòd Stichum caſu fortuito amiſerit, qui tamen liberaretur, ſi Stichus fato ſuo periiſſet, *l.ſi ex legati 23.& ſeq.de verb.oblig.* Hac igitur in ſpecie promiſſor præſtat quomodo caſum fortuitum, cuius ſcilicet damno & periculo caſus fortuitus cedit, ſiue fuerit ille dominus Stichi, ſiue fuerit Stichus alienus. Quod addo ne quis fortè reſpondeat caſum fortuitum in hac ſpecie ad promiſſorem tanquam ad dominum pertinere. Porro actio de qua in *hoc tit.* non bonæ fidei eſt, ſed potiùs arbitraria, §.*ait prætor ſup.*iunct. §.*præterea. Inſt.de action.* In ea igitur etiam caſum fortuitum præſtari non eſt nouum, in qua & fatum aliquando præſtatur, putà ſi vel malæ fidei poſſeſſor ſit is, qui conuenitur, vel moram fecerit, *l.illud quoque 40. de petit. hered.* iunct. *l.item ſi verberatum 15.§. vlt.& l.ſeq. inf.de rei vindic.*

4 ¶ Idem erit dicendum, & ſi in ſtabulo, aut in caupona vis maior contigerit.

Ad §.4. Idem erit dicendum.

a *Idem.* Scilicet quod proximè diximus dandam eſſe exceptionem exercitori qui actione in factum ex hoc edicto conuenitur, ſi de ea reconueniatur, quæ naufragio & per vim piratarum perierit, vt & cauponi & ſtabulario danda ſit eadem exceptio, ſi in ſtabulo vel in caupona vis maior contigerit. Hæc enim caſibus fortuitis imputanda eſt non fatali damno, ſecundùm diſtinctionem nobis traditam in §. *præced.* Ergo eadem ratio dubitandi & decidendi ad hunc §. applicanda eſt, quæ ad ſuperiorem. Exemplum vis maioris eſt, ſi fortè latrocinium factum ſit, non etiam ſi furtum, nec ſi factum ſit cum fractura, quia vix eſt vt furtum ſine culpa aliqua fiat eius cui fit, §.*is quoque. Inſtit. quib.mod. re contr.oblig.* at *l. cùm duobus 52.§.damna.infr.pro ſocio.*

5 ¶ Eodem modo tenentur caupones, & ſtabularij, quo exercentes negotium ſuum recipiunt, cæterùm ſi extra negotium receperint, non tenebuntur.

Ad §.5. Eodem modo.

Ratio dubitandi. Edictum hoc eſt in nautas, caupones, & ſtabularios indiſtinctè conceptum, id eſt, non adhibita illa diſtinctione an quid receperint exercentes

negotium ſuum an extra negotium. Nihil enim aliud exigunt verba edicti, niſi vt iſti receperint. Ergo diſtinguere non debemus, an in negotio ipſo quod exercent, an extra negotium receperint, argum. vulg. *leg. de pretio 8. de publician.*

Ratio decidendi. Quamuis edictum indiſtinctè loquatur, tamen ex mente prætoris ſic interpretandum eſt, vt non de aliis cauponibus, vel ſtabulariis ex recepto obligandis ſenſiſſe prætor videatur, quàm qui receperint exercentes negotium ſuum. Nec in hanc actionem comparauit prætor aduerſus nautas, niſi quatenus nautæ ſunt, nec contra caupones vel ſtabularios, niſi quatenus caupones ſunt, vel ſtabularij. Proinde ſi nauta in domum ſuam quam in vrbe habet, merces aliquas immitti paſſus ſit, non eò magis tenebitur, ex hoc edicto, quia licèt nauta ſit, non tamen fecit tanquam nauta. Tenetur planè ordinariis actionibus, vt & campo & ſtabularius, ſi quid receperint extra negotium cauponæ vel ſtabuli; quòd Accurſius noſter non prætermiſit, ſed ea iis actionibus tenebitur tantùm de dolo, vel etiam de culpa, ſiue lata, ſiue leui, vt dixi, ad §. *aut prætor ſuprà.* At ex hoc edicto tenentur iſti omnes etiam de culpa leuiſſima, adeóque ſi mihi credis magis quàm Accurſio, etiam de caſu fortuito, niſi confugiat ad exceptionis auxilium, non tamen de fato aut quòd idem eſt de damno fatali.

6 ¶ Si filius famil. aut ſeruus receperit, & voluntas patris, domini interuenit: in ſolidum erit conueniendus.

¶ Item ſi ſeruus exercitoris [b] ſubripuit vel damnum dedit, noxalis actio ceſſabit: quia ob receptum ſuo nomine dominus conuenitur. Sin verò ſine voluntate exerceant, de peculio dabitur.

Ad §. 6. Si filius familias.

Ratio dubitandi. Quoties pater ex negotio per filiumfamilias aut per ſeruum geſto conuenitur, non niſi de peculio teneri poteſt, *l. 3. §. ſi ſeruus, & paſſ. infr. de pecul.* Atqui cùm filiusfamilias aut ſeruus recepit, obligatio quæ naſcitur contra patrem vel dominum, naſcitur vtique ex negotio filij vel ſerui. Ergo pater vel dominus de peculio tantùm, ex hac cauſa non in ſolidum conueniendus eſt.

Ratio decidendi. Ita ſanè eſt ſi filiusfamilias vel ſeruus ſine voluntate patris vel domini, vel nauim, vel cauponam, vel ſtabulum exerceant, at non item ſi voluntas patris vel domini interuenit, cùm filiusfamilias aut ſeruus recepit, aut cùm exercere cœpit. Etſi enim ſola iſta voluntas non facit patrem aut dominum exercitorem. Actio autem ex hoc edicto, non niſi contra exercitorem datur, ferè tamen eſt vt cum patre aut cum domino contraxiſſe videatur is, qui cùm filiofamilias aut ſeruo contrahere noluit, niſi ex patris aut domini voluntate. Itaque tenetur hoc caſu pater vel dominus, non tam ex facto ſerui quàm ex ſuo proprio, ideóque nec mirum eſt eum in ſolidum teneri, vt in verſ. *item ſi ſeruus.*

b *Item ſi ſeruus exercitoris.* Ratio dubitandi. Cùm ſeruus exercitoris ſubripuit, vel damnum dedit, verùm eſt dominum teneri ex facto & delicto ſerui; ſiquidem non teneretur, ſi ſeruus, neque ſubripuiſſet, neque damnum dediſſet. Atqui quoties dominus ex facto & delicto ſerui conuenitur, noxalis eſt actio, vt ſcilicet dominus ſeruum hunc noxæ dedendo liberetur. Ne alioqui nequitia ſerui in plus noceat domino quàm quanti ipſe ſeruus eſt, §. *ſumma autem. Inſtit. de noxal. act.*

Ratio decidendi. Tenetur hoc caſu dominus ex delicto ſerui: ſed ſuo nomine ob receptum, quia ille ipſe eſt qui recepit. Nec enim tenetur ideò quòd ſeruus deliquerit & ſubripuerit, ſed quia ipſe merces quas recepit non reddit. Parum enim refert actoris an ideò non reddantur quòd à ſeruo exercitoris ſubreptæ ſint; an ideò quod ab alio, cùm non alia condemnandi exercitoris cauſa ſit, quàm quia non reſtituit quod recepit. Planè ſi ſeruus ipſe exercitoris receperit domino ignorante, vt differat hic caſus à ſuperiore, non tenebitur dominus, quia iniquum eſſet eum de recepto per ſeruos aut per remiges aut meſonautas, denique per alium quàm per ſeipſum, aut per magiſtrum nauis obligari, *l. 1. § qui ſunt igitur,* vbi dixi, *ſupr. eodem.* Quòd ſi nec ſeruus nec dominus ſaluum fore receperit, attamen æquè tenebitur dominus ex delicto ſerui, ſed noxali tantùm actione, non in ſolidum, quia eo caſu verè ex delicto ſerui ſui, non ex facto vllo ſuo proprio conuenietur, *leg. vlt. § hac autem actione verſ. ſuorum infr. hoc tit.* Itaque hac in re, vt & in aliis pleriſque partibus huius tituli, ſeparanda eſt actio in factum de recept. de qua tractat Vlpianus in hac lege & in tota prima parte huius edicti, ab illa quæ ex quaſi maleficio datur, de qua in ſecunda parte edicti, & in *l. 3. §. vlt. infr. de obl. & act.*

c *Si verò ſine voluntate exerceant.* Nempe filiusfamilias & ſeruus, de quibus ſimul & coniunctim egit Vlpianus initio huius §. Referendus enim eſt hîc verſiculus ad initium §. non ad id quòd proximè dictum eſt, de exercitoris ſeruo qui aliquid ex mercibus receptis ſubripuerit, vel damnum aliquod iis dederit.

7 ¶ Hæc autem rei perſecutionem continet, vt Pomponius ait: & ideò & in hæredem, & perpe[illegible]tur.

Ad §. 7. Hac autem actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio introducta eſt à prætore vt eſſet grauior & oneroſior nautis, cauponibus & ſtabulariis, quàm eſſent actiones in eo iure ciuili comparatæ, §. *aut prætor ſuprà*, & in pœnam improbitatis hoc genus hominum, vt ibidem ſcriptum eſt, & in *leg. 1. §. 1. ſupra.* Ergo non tantùm eſt rei perſecutoria, ſed etiam pœnalis, & conſequenter ſi hæredi datur, certè neque in hæredem, neque perpetuò, id eſt, poſt annum danda eſt, ſed finiri debet anno & morte illius qui recepit, vt euenire ſolet in aliis ferè omnibus pœnalibus, niſi ſint conteſtatæ; §. *non omnes. Inſtit. de perpet. & temp. act. l. vnic. C. ex delict. defunct.*

Ratio decidendi. Nihil niſi rei perſecutionem continet hæc actio; quamuis in pœnam improbitatis, quæ in hoc hominum genere eſſe ſolet conſtituta ſit durior: quæ rea non faciteam pœnalem. Certum enim eſt prætorias omnes actiones quæ rei perſecutionem continent in hæredem quoque non minùs quàm hæredi dandas eſſe, nec anno finiri, *leg. in honorariis 35. de obligat. & actio.* Iunge, *leg. item ſi res 4. §. vlt.* vbi dixi, *ſupr. de alien. iud. mut. cauſ. fact.*

8 ¶ Nouiſſimè videndum an eiuſdem rei nomine & de recepto honoraria actione, & furti agendum ſit, & Pomponius dubitat. Sed magis eſt, vt vel officio iudicis, vel doli exceptione, alterutra eſſe contentus debeat.

Ad §.

Ad §. vlt. Nouiſſimè.

Ratio dubitandi. Furti actio petit pœnam legitimam: hæc autem actio, vt proximè diximus rem ipſam, ea res igitur facere debet, vt neque furti actio per hanc in factum actionem, neque in factum actio per furti actionem conſumatur. Sic enim argumentatur idem Vlpianus noſter tractans de furti actione, & de condictione furtiua, in *l. ſi pro fure 7. §. 1. de cond. furt.* & in *leg. rei communis 45. infr. pro ſocio*, vbi ait actionem furti poſſe concurrere cum actione pro ſocio, nec vnam tolli per alteram. Addens in omnibus bonæ fidei iudiciis idem dicendum eſſe.

Ratio decidendi. Non ſolet quidem tolli actio rei perſecutoria per pœnalem aut contrà, *l. ſi pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.* niſi de eodem facto vtraque oriatur, vt in *l. ſi is cui 71. de furt.* ne ſcilicet de eodem eiuſdem hominis admiſſo, & delicto ſæpius quæri oporteat, *l. licèt 6. §. vlt. infr.* At neque pœnalis per pœnalem tollitur ſi ex diuerſis factis oriantur, *d. leg. licèt 6. in princip. l. 2. de priuat. delict.* nec rurſum ſi ex vno, nimirum quatenus in vna plus eſt quàm in alia, *leg. 1. vi bonor. rapt. leg. qui ſeruum 34. de oblig. & action.* Niſi ſeſe inuicem non patiantur, vt in *l. 1. C. de furt.* ſed tamen in propoſita ſpecie tollitur hæc actio quæ honoraria, & rei perſecutoria eſt per actionem furti & contra, non quidem ipſo iure, ſed vel officio iudicis, vel oppoſita doli exceptione, vt ſcriptum eſt in hoc §. An quòd vtraque actio non ſit ciuilis, ſed vna ciuilis, altera honoraria, vna ex iure communi, altera ſubſidiaria, & ex beneficio prætoris quod poteſt videri neglectum, quando auxilium intentatur quod iure communi competit, arg. *l. 1. §. illud de ſeparat.* Ita putat Accurſius. Sed me illud malè habet quod video etiam cùm vtraque actio ciuilis eſt putà furti vna, commodati altera, idem tamen iuris conſtitui vt vna per aliam extinguatur ſaltem ope exceptionis, *d. l. ſi is cui.* In qua ſpecie illud amplius eſt, quod concurrit actio pœnalis cùm actione bonæ fidei cuiuſmodi eſt actio commodati, vt proinde non videatur vna per aliam tolli debere ex regula, *d. l. rei communis 45. pro ſocio*, quæ regula ad ſpeciem huius §. minùs pertinet, quoniam actio quæ ex hoc edicto competit, de recepto non bonæ fidei eſt ſed arbitraria, vt ſcripſi ad §. *ait prætor 2. ſupr.* An ergo dicendum potiùs eſt, vnam actionem tolli per alteram, quoties ambæ ex eodem delicto naſcuntur, ne ſcilicet de eodem delicto contra eandem perſonam ſæpiùs quæri oporteat, vt iam diximus, ex *d. l. licèt 6. §. vlt. infr.* iunct. *l. quod in hered. 9. §. eligere de tribut. action.* Probabilius hoc videtur. At rurſus obſtabit regula *dict. l. rei communis, & ſeq. pro ſocio.* Non enim poſſis dicere, quod quidam reſpondent ita debere illam accipi, vt actio furti non tollatur per actionem pro ſocio, nec actio pro ſocio per actionem furti, ſi pluris interſit actoris quàm conſecutus ſit priore actione, ex *leg. ſed ſi ex cauſa 47. eodem tit.* Nam in *d. l.* ſed ſi tractatur de concurſu duarum actionum, quarum vtraque rei perſecutoria eſt, nos verò eum caſum tractamus, in quo vna ſit actio rei perſecutoria, altera pœnalis: inter quos caſus quantum interſit, explicat Paulus in *l. ſed act. 50. eod. titul. pro ſocio*, quæ probat, eam diſtinctionem. An pluris interſit necne tunc duntaxat adhibendam eſſe cùm vtraque rei perſecutionem reſpicit. Dicam ſi Deus volet ad *d. l. rei communis.* Nam quod ad *d. l. ſi is cui* ſcribit Accurſius actionem furti dixiſſe ex loco Iureconſultum pro condictione furtiua, mihi probabile fieri nullomodo poteſt. Nec rurſus video quid in eo ſpeciale poſſit habere actio commodati. Illud planè certum eſt cùm vtraque actio eſt rei perſecutoria, vnam tolli per alteram niſi quatenus intereſt pluris, *d. l. ſed ſi ex cauſa l. ſi merces 25. §. culpa infr. locat.*

4. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd & ipſi nautæ furti actio competit, cuius ſit periculo: niſi ſi ipſe ſubripiat, & poſtea ab eo ſubripiatur [a]: aut alio ſubripiente, ipſe nauta ſoluendo non ſit [b].

Ad l. 4. Sed & ipſi nautæ.

Rat. dub. Furtum eſt interuerſio poſſeſſionis, *l. 1. §. vlt. de furt. l. 2. §. Scæuola, ſi quis teſt. lib. eſſ. iuſſ. fit.* Atqui nauta non poſſidet. Ergo furtum ei fieri non poteſt nec proinde furti actio ei competit.

Ratio decidendi. Furti actio competit ei cuius intereſt furtum factum non fuiſſe, *l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Atqui maximè intereſt nautæ cùm eius periculo ſint res quas recepit, quarum ſcilicet reſtitutioni obnoxius omnimodo eſt etiamſi abſque culpa eius perierint, ergo etiam nautæ actio furti competit, licèt is neque dominus ſit, neque poſſeſſor. Sed hoc an ita ſi eum dominus eligat? Sic ſentit Accurſius non dubitans quin domino detur electio, vt poſſit ipſe agere contra fidem ſi hoc malit, quàm contra exercitorem, ex *leg. vnic. §. eſt & in duplum infr. furt. aduerſ. naut. caup. ſtabul.* Sed malè. Nam loquitur eo loco Vlpianus, & in *leg. penult. §. poſſumus infr.* de caſu illo quo nauta ſaluum fore, non recepit. Subiicit enim ſtatim, ſi ſaluum fore receperit caupo vel nauta, furti actionem non dominum rei habere, ſed ipſum cauponem, vel nautam, qui recipiendo periculum cuſtodiæ ſubiit, quod conuenit omnino cum hac lege: in qua tractamus de nauta qui de recepto teneatur. Nec obſtat quod dictum eſt, in *§. vltim. l. præced.* non tantùm honorariam actionem ex hoc edicto, ſed etiam furti competere domino: id enim ita accipiendum eſt, vt furti agere poſſit dominus contra nautam ſi ipſe ſubripuerit: aut etiam contra alios ſi modò nauta non ſit ſoluendo: quo poſteriore caſu furti actio redit ad dominum, vt loquitur Vlpian. in *leg. itaque 12. de furt.* ſignificans ſatis apertè huiuſmodi locutione, priùs igitur eam actionem alij non domino competiiſſe. Igitur omnimodo furti actio danda eſt nautæ, & quidem ſoli, quia ipſe domino omnimodo tenetur, etiam priuſquàm eum dominus elegerit, cùm nec volens alium eligere poſſit.

a *Et poſtea ab eo ſubripiatur.* Ratio dubitandi. Intereſt nautæ tum quoque cùm ipſe rem à ſe receptam ſubripuit, vt habeat actionem furti contra eum qui poſtea eandem rem ſubripuiſſe probatur, vel ob hoc ipſum quod nauta non modò furti, ſed etiam condictione furtiua tenetur domino. Atqui, actio furti datur omnibus quorum intereſt, vt proximè diximus. Ergo etiam nautæ hoc caſu furti actio danda eſt.

Ratio decidendi. Non omnibus quorum intereſt datur actio furti, ſed iis tantum quorum intereſt ex iuſta & honeſta cauſa, *l. ſi cuius intereſt 11. l. eum qui 14. §. Iul. l. qui re ſibi 76. §. ſi quis infr. de furt.* Quæ enim non honeſta cauſa eſt ea, nec cauſa eſſe creditur iure ciuili, cuius primum præceptum eſt honeſtè viuere, *l. 3. §. ſi mec. infr. ad exhib.* Atqui hoc caſu non intereſt nautæ ex honeſta cauſa, cùm fur ipſe ſit, qui & ipſe furti conueniri poteſt. Alioquin ex improbitate ſua actionem conſequeretur, quod abſurdum eſſet, *l. itaque 12. de furt.* Nec obſtat quod etiã ſublata cauſa furti, tamen intereſt nautæ ob id quod recepit, quæ honeſta cauſa eſt, vt in *l. qui vas 48. §. ſi ego de furt.* Etſi enim honoraria actione de recepto tum quoque tenetur, cùm ipſe furtum fecit, *§. vltim. leg. prox. ſupr.* magis tamen propter furtum quam propter receptum intelligitur periculum rei ſubreptæ ad eum

pertine

pertinere: nec proinde ampliùs quicquam ipſius ex honeſta cauſa intereſſe. Aliud eſt, ſi furtum factum ſit ſola contrectatione rei alienæ facta inuito quidem domino, ſed tamen ſine animo furandi, putà ſi quis rem ſibi commodatam aut locatam, alij commodauerit inſcio domino, vel inuito, vt in *d. §. ſi ego.* Non enim tanta eſt huius furis improbitas, quanta eſſet ſi intervertere t poſſeſſionem, vt ſibi rem haberet.

b *Ipſe nauta ſoluendo non ſit.* Ratio dubitandi. Nemo ideò liberatur quòd non ſit ſoluendo, cùm neque habeat ex ea cauſa exceptionem, præterquàm ſi bonis ceſſerit, *§. vlt. de replicat.* Ergo non eò minùs debet habere actionem, quàm haberet ſi ſoluendo eſſet, quippe cùm quantò pauperior quis eſt, tantò magis eius interſit habere, & exercere actionem.

Ratio decidendi. Qui ſoluendo non eſt cùm non habeat quòd perdeat eius periculo nihil eſt, *d. l. Itaque* 12. *de furt.* Atqui non aliam ob cauſam datur nautæ furti actio, quàm quia eius intereſt propter periculum quòd in ſe recepit, vt proximè diximus. Ergo cùm nauta ſoluendo non eſt furti actio ei competere non poteſt, ſed ab ipſo ad dominum eam redire neceſſe eſt.

1 § Si nauta nautæ, ſtabularius ſtabularij, caupo cauponis receperit: æquè tenebitur.

Ad §. 1. Si nauta.

Ratio dubitandi. Qui habet aduerſus alium furti actionem, ipſe ea teneri non poteſt, *l. pen. §. cùm igitur, & ſeq. C. de furt. & ſeru. corrupt.* Atqui nautæ, caupones, ſtabularij tenentur & actione honoraria, & actione furti ſi ipſi furtum fecerint, *§. vlt. leg. præced. ſupr. & paſſ. hoc tit.* Ergo non poſſunt agere ipſi aduerſus alios nautas, caupones, ſtabularios, ſi nauta nautæ vel cauponis, vel ſtabularius ſtabularij res receperit. Aut contrà, ergo non poteſt teneri nauta nautæ, caupo cauponi, & ſtabularius ſtabulario, cùm ipſi eandem actionem habere poſſint. Sic enim pro dubitandi ratione argumentatur Accurſius. Sed ego mallem eam petere ex mente prætoris qui hoc edictum propoſuit, contra nautas, caupones ſtabularios, vt eorum fraudes & improbitatem coërceret, non vt iis prodeſſet, *l. 1. §. 1. l. 3. §. ait prætor. ſupr.* Ergo contra propoſitum prætoris eſt vt ex hoc edicto aliqua detur actio nautis ipſis, cauponibus & ſtabulariis, quamuis contra eos qui æquè ſint nautæ, caupones, ſtabularij.

Ratio decidendi. Propoſitum ex hoc edictum non contra nautas, caupones, & ſtabularios quoſlibet; ſed contra eos tantùm, qui alienas res ſuſceperunt, non autem contra eos qui ſuas in alterius nauem aut ſtabulum, vel cauponam intulerunt. Ergo non debet obeſſe ei qui merces ſuas intulit, quòd ſit ipſe, etiam nauta, vel ſtabularius, vel caupo.

2 § Iulianus dixit, etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quæ poſt impoſitas merces in nauem locatáſque inferentur, & ſi earum vectura non debetur: vt veſtimentorum pœnoris quotidiani, quia hæc ipſa cæterarum rerum locationi accedunt.

Ad §. 2. Iulianus.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem eſt ad hunc §. quæ ad *§. ait prætor 3. leg. 1. ſupra hoc tit.* ſed vtraque expreſſa in hoc §.

Ratio enim dubitandi continetur illis verbis, *& ſi earum vectura non debetur*, quaſi incommodum huius edicti non alia ratione ad nautas pertineat quàm pro commodo, quòd ex vectura ſperare poſſunt.

Ratio autem decidendi expreſſa eſt poſtremis illis verbis, *quia hæc ipſa cæterarum locationi accedunt.*

5. Gaivs lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

NAuta, & caupo, & ſtabularius mercedem accipiunt non pro cuſtodia, ſed nauta, vt traiiciat vectores: caupo, vt viatores manere in caupona patiatur, ſtabularius, vt permittat iumenta apud eum ſtabulari: & tamen cuſtodiæ nomine tenentur. Nam & fullo & ſarcinator non pro cuſtodia, ſed pro arte mercedem accipiunt, & tamen cuſtodiæ nomine ex locato tenentur.

Ad leg. Nauta 5.

Ratio dubitandi. Nauta, & caupo, & ſtabularius mercedem accipiunt non pro cuſtodia, ſed nauta vt traiiciat vectores, caupo, vt viatores manere in caupona patiatur, ſtabularius vt permittat iumenta apud eum ſtabulari, ergo nulla cauſa eſt propter quàm cuſtodiæ nomine teneri debeant.

Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio. Nam & fullo & ſarcinator non pro cuſtodia, ſed pro arte mercedem accipiunt, & tamen cuſtodiæ nomine ex locato tenentur. Addit Accurſius tanquam ſimile, venditorem qui pretium accepit pro re vendita non pro cuſtodia, teneri tamen de cuſtodia, ſed id falſum eſt. Nec enim cuſtodiam debet venditor niſi eam vſque ad traditionem promiſerit, vt conſtat ex eo ipſo textu quem adducit Accurſ. *ex §. cùm autem. Inſt. de empt. & vend.* Tenentur ergo nautæ, caupones, ſtabularij, ad cuſtodiam non propter mercedem, ſed ob receptum, *l. 3. §. ſi filiusfamilias, & §. vlt. ſuprà.* Ideóque tenentur etiamſi gratis receperint, vt ſcriptum eſt, in *leg. prox. ſeq.* Aliud eſt in depoſitario, *l. 1. §. ſi veſtimenta depoſit.*

1 ¶ Quæcunque de furto diximus, eadem & de damno debent intelligi: non enim dubitari oportet, quin is, qui ſaluum fore recipit, non ſolùm à furto, ſed etiam à damno recedere videatur.

Ad §. 1. Quæcunque.

Ratio dubitandi. Exercitor habet actionem furti, quia eius intereſt ex honeſta cauſa, *leg. prox. in pr. ſuprà.* Et tamen non habet actionem legis Aquiliæ, quæ ſcilicet non datur niſi domino, *leg. item Mela 11. §. l. infr. ad leg. Aquil.* Ergo non eadem hac parte furti & damni ratio eſt.

Ratio decidendi. Eadem ratio eſt paſſiuè non actiuè, vt loquitur Accurſ. id eſt, perinde tenetur nauta, caupo, ſtabularius, ratione damni cuiuſlibet quòd contigerit in rebus quas recepit, atque tenetur furti nomine ſi res receptæ ab alio quolibet furto ſubtractæ eſſent. Nec diſtinguemus, an damnum ab aliquo de nauis datum ſit, an ab extraneo, ſi modò potuit præcaueri, *leg. 3 idem erit dicendum ſuprà.*

6. Pav.

6. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

LIcèt gratis nauigaueris, vel in caupona gratis deuerteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, ſi damnum iniuria paſſus es.

Ad leg. Licèt gratis 6.

Ratio dubitandi. Beneficium dat nauta tibi ſi te patiatur gratis nauigare, itemque caupo, ſi te patiatur in caupona ſua gratis diuertere. Sicut enim non poteſt caupo iter agentes repellere, *leg. vnic. §. vlt. infr. furt. aduerſ. naut. caup. ſtabul.* ita neque cogi, vt quemquam gratis in hoſpitio & caupona recipiat. Idémque in ſtabulario tractari poteſt. Ergo inciuile eſt, vt tibi contra eum actio ex hoc edicto detur, etiamſi aliquod damnum iniuria in ipſius naui vel caupona paſſus ſis, ne alioqui tu ipſe iniuriam ei pro beneficio reddere videaris, tractamus ſiquidem eum caſum, quo ſine vlla ipſius culpa damnum tibi aliquod contigerit.

Ratio decidendi. Adiuuari nos non decipi beneficio oportet, *leg. in commodato 17. §. ſicut infr. commod.* Atqui deciperetur is cui gratuita nauigatio, vel caupona præbita eſſet, ſi ob id minus de damno iniuria dato agere ex hoc edicto poſſet, nec vlla ei denegandæ actionis ratio eſt, cùm non mercedis ſolutio det ei actionem, ſed factum nautæ, vel cauponis, vel ſtabularij, qui ſaluum fore recepit. Debétque ſibi imputare qui gratuitam nauigationem vel cauponam præbuit, cur non prædixerit ſe damnum præſtare nolle, vt in *l. vlt. in princ. infr.*

1 ¶ Si ſeruo meo in naue, vel in caupona vtaris, & damnum mihi det, vel furtum faciat: quanquam & furti actio & damni iniuria mecum ſit: hæc tamen actio, quia in factum eſt, etiam ſerui mei nomine aduerſus te competit.

¶ Idem dicetur, & ſi communis ſit [a].

¶ Tu tamen, quòd mihi præſtiteris eius nomine, vel communi diuidundo, vel pro ſocio actione, aut (ſi partem eius, vel totum conduxiſti) etiam ex conducto habebis me obligatum.

Ad §. 1. Si ſeruo meo.

Ratio dubitandi. Cùm ſeruo meo in naui vel in caupona vteris, & damnum mihi dat ille vel furtum facit, danda tibi eſt contra me, & furti & damni iniuria actio; ergo abſurdum eſt ex eadem cauſa & eiuſdem ſerui mei nomine dari mihi aduerſus te hanc in factum actionem, ne fiat contra regulam veterem iuris, quæ vult vt qui habet aduerſus alium actionem, idem ei ipſi ex eadem cauſa teneri non poſſit, *l. pen. verſ. cùm igitur, & ſeq. C. de furt. & ſer. corrupt.*

Ratio decidendi. Hæc actio quæ de recepto ex hoc edicto datur, in factum eſt. Ergo nihil vetat quominùs detur mihi contra te etiam ſerui mei nomine ex cuius furto, vel alio maleficio poſſis, contra me quoque habere actionem. Non enim eò minùs verùm eſt, receptas à te merces meas, quòd ſufficit vt ex facto illo tuo, hæc in factum actio mihi detur. Ideoque nimirum appellantur iſtæ actiones in factum, quia ex facto magis quàm ex iuris ratione aut regulis æſtimantur, vt alio loco ſcripſimus. Porrò nihil intereſt an hunc locum intelligas de actione in factum ex recepto, & quaſi contractu, vt explicauimus; an verò de actione in factum ex quaſi maleficio quòd Accurſius putat. Nam & de vtraque actione in factum cœpit loqui Paulus initio huius legis, etſi vulgò creditum eſt incipi tractatum de actione illa in factum ex quaſi delicto, in *§. in factum infr.*

a *Idem dicetur etſi communis ſit.* Minor eſt ratio dubitandi hoc caſu quàm ſuperiore, quia quòd commune eſt quamuis meum ſit tamen eſt etiam tuum, *leg. ſerui 5. §. vltim. de legat. 1. leg. rectè dicimus 25. in princip. & §. 1. de verbor. ſignific. leg. illud 46. de rit. nupt.* Poteſt tamen illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum afferri, quòd dolo faciat is qui petit quod redditurus eſt illi ipſi à quo petit, *leg. dolo facit 8. de dolo mal. excep. leg. in condemnatione 173. §. vlt. de reg. iur. leg. ſi ſocer 44. §. Lucius ſolut. matrim.* Atqui in propoſita ſpecie quòd tu mihi præſtiteris actione iſta in factum eius ſerui nomine qui inter nos communis fuit, debeo tibi ergo reddere actione communi diuidundo, vel pro ſocio, vel etiam ex conducto ſi partem eius ſerui conduxiſti, quemadmodum ſi eum totum à me conduxiſſes, cùm eſſet totus meus æquè haberes me in ſolidum ex conductione obligatum, vel in ſolidum, vel de peculio, vel ſaltem noxali actione, prout ſciuiſſem vel ignoraſſem, *leg. cùm in plures 60. §. ſeruum meum locas. leg. pen. commod. l. ſi eum 5. infr. de exercit. act.* Ergo repellendus ſum doli mali exceptione, ſi contra te velim agere honoraria ex hoc edicto actione ob factum delictum ſerui, qui inter te & me ſit communis.

Ratio decidendi. Cùm mutuæ actiones competunt ex variis cauſis, vt in hac ſpecie non eò minùs poteſt, quis vna actione experiri, quòd futurum ſit; vt ſubinde alia actione ad ipſum quod acceperit reſtituendum conueniri poſſit: ſiquidem multa poſſunt accidere quæ faciant vt alia actio vel non proponatur, vel exceptione aliqua ſubmoueatur. Quemadmodum enim dolo non facit ille qui ab vno petit quòd non illi ipſi, ſed alij redditurus eſt, *d. leg. ſi ſocer. 44. §. Lucius ſol. matrim.* ita nec is qui quod vna actione petit alia actione redditurus eſt etiam illi ipſi à quo petit, vt conſtat ex hoc loco, & ex *dict. leg. ſi eum.*

2 ¶ Sed ſi damnum in eo datum ſit ab alio, qui in eadem naue, vel caupona eſt, cuius factum prætor æſtimare ſolet: non putat Pomponius eius nomine hanc actionem vtilem futuram.

Ad §. 2. Sed ſi damnum.

Ratio dubitandi. Si damnum datum ſit mihi in rebus meis quas in naui, vel caupona tua receperis, idque ab alio qui in eadem naui vel caupona ſit, ex cuius facto ſoleat prætor actionem dare in exercitorem, certum eſt hanc mihi actionem ex hoc edicto competere. Debet enim exercitor qui recepit omnium eorum, qui in naui, vel caupona, vel ſtabulo ſunt præſtare, *leg. 1. §. vlt. & leg. 2. & 3. ſuprà.* Quid ni ergo etiam agere potero hac ipſa actione ſi ab aliquo ex iis qui in naui, vel caupona ſunt damnum mihi datum ſit in eo ſeruo quo tu in naui vel in caupona tua vtebaris?

Ratio decidendi. Exercitor non aliud damnum præſtat iſta actione, quàm quòd in rebus ipſis contingit quæ receptæ ſunt. Hic autem ſeruus de quo agimus receptus non eſt, qui iam erat in naui, ſuamque exercitori operam præſtabat, cùm exercitor mihi ſaluum fore recepit. Ergo huius ſerui mei nomine hæc actio mihi vtilis eſſe non poteſt, vt benè Pomponius dixit.

3 ¶ In factum actione caupo tenetur pro his, qui dubitandi cauſa in caupona ſunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hoſpitio repentino recipitur, veluti viator.

Ad §. 3. In factum actione.

Ratio dubitandi. Caupo tenetur præſtare factum etiam viatorum, & eorum qui hoſpitio repentino recipiuntur, ſicut & nauta eorum qui naui vehuntur, *l. 1. §. vlt. & l. 1. ſupr.* Ergo in factum actione tenetur caupo, etiam pro iis, qui repentino hoſpitio in caupona recipiuntur.

Ratio decidendi. Caupo qui ſaluum fore recepit, tenetur de facto omnium qui ſunt in caupona, cùm teneatur omnimodo etiamſi res perierint ſine vlla ipſius culpa, *leg. 3. §. ait prætor*, vbi dixi. *ſupr.* Sed ſi non receperit, tenetur tantùm de facto eorum qui in caupona ſunt habitationis non itineris cauſa, nec proinde factum viatorum præſtare cogitur, quia eo caſu cùm non teneatur ex contractu vel quaſi, neceſſe eſt vt conueniatur ex quaſi maleficio quod aliquatenus culpæ reus ſit is qui opera malorum hominum vtitur, *leg. ſi quis abſentis §. §. vltim. de oblig. & action.* Atqui nemo culpæ reus eſt ob id quod hoſpitio ſuo exceperit improbum viatorem, cùm non poſſit caupo repellere iter agentes, nec quiſquam viatorem ſibi eligere videatur, *leg. vnic. §. vltim. infr. furt. aduerſ. naut. caup. ſtabul.* Ergo hic §. non eſt de actione in factum quæ ob receptum ex quaſi contractu competit, ſed de illa quæ ex quaſi maleficio, de qua in *dict. leg. vnic.* & in reliqua tota huius tituli parte. Dixi ad *l. 1. ſupr.*

4 ¶ Poſſumus autem furti, vel damni iniuriæ actione vti cum nautis, vt certi hominis factum arguamus, ſed vna contenti eſſe debebimus[a] Et ſi cum exercitore egerimus[b], præſtare ei debemus actiones noſtras: quamuis ex conducto actio aduerſus eos competat exercitori. Sed ſi abſolutus ſit exercitor[c] hac actione, deinde agatur cum nauta exceptio dabitur: ne ſæpius de eiuſdem hominis admiſſo quæratur[d]. Et contra ſi de admiſſo[e] vnius hominis actum ſit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.

Ad §. 4. Poſſumus.

Ratio dubitandi. Actio cum nautis qui furtum fecerunt, vel damnum dederunt, non competit domino, ſed exercitori cuius periculo res fuerunt, *l. 4.* vbi dixi, *ſupr. l. vnic. §. quod ſi receperit, infr furt. aduerſ. naut. caup. ſtab.* Nihil enim domini intereſt, qui habet exercitorem in ſolidum obligatum. Ergo non habet dominus electionẽ, nec poteſt agere furti cum alio nauta, quam cum ipſo exercitore ita vt certi hominis factum arguat, à quo furtum factum eſſe dicat. Si enim ipſe exercitor furtum non fecerit, poterit quidem æquè conueniri actione furti, ſed non ita certi hominis factum arguatur. Sufficit namque allegari contra exercitorem furtum factum fuiſſe, neque exprimi perſonam neceſſe eſt à qua factum ſit: quod enim in naui factum eſt ab iis factum creditur qui ad exercitoris curam pertineat, ſi non ab alio factum probetur.

Ratio decidendi. Non poteſt dominus agere furti contra alium nautam quàm exercitorem, cùm exercitor ſaluum fore recepit, ſed ſi non receperit ac proinde non ex quaſi contractu ſit obligatus, ſed tantùm ex quaſi maleficio, poteſt dominus etiam contra nautam qui furtum fecerit vel damnum dederit agere furti, aut damni iniuria, *d. l. vnic. §. & eſt in duplum verſ. cùm enim.* Siquidem actio ex quaſi maleficio non poteſt tollere actionem contra alium ex maleficio ipſo competentem, cùm ex variis cauſis dentur. Nauta enim ideò tenetur ex maleficio, quia ipſe deliquit furtum faciendo vel damnum dando. Exercitor verò ideò quia malorum hominum opera vſus eſt in ea re in qua debuerat adhibere meliores. At nos in hoc loco non tractamus de actione ex quaſi contractu de recepto, ſed de actione ex quaſi delicto, vt diximus ad *d. l. 4.*

a *Sed vna contentos eſſe debemus.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§. vlt. l. 3. ſupr. hoc tit.* vbi vide quæ dixi.

b *Et ſi cum exercitore egerimus.* R. dub. Is cuius propria contumacia punitur qua fronte poteſt deſiderare, vt ſibi actiones præſtentur? *l. ſi plures 38. in fin. de admin. tut.* vt nec iniuſtus quilibet ac malæ fidei poſſeſſor, *l. mulier 19. qui potior in pign. hab.* Ita enim fieret vt ex culpa & improbitate ſua acquireret actionem contra *l. itaque 12. §. 1. de furt.* Atqui in hac ſpecie de qua nunc tractamus exercitor tenetur & conuenitur ex quaſi maleficio non ex quaſi contractu, vt diximus ad *§. præced.* Ergo non eſt dignus cui actiones vllæ præſtentur. At neque vlla indiget actione, non quod habeat ſuo nomine actionem furti, vt malè vult Accurſius (tunc enim habet, cùm ipſe ſaluum fore recepit, vt in *l. 4. ſupr.* nos autem eum caſum tractamus, quo non receperit) ſed quia ex conducto actio competit exercitori aduerſus nautas omnes, quorum opera in naui vtitur, & qui furtum fecerunt, vel damnum dederunt, ſi modò eorum operas conduxit, *l. 2. in princ. ad leg. Rhod. de iact.*

Ratio decidendi. Intereſt exercitoris, & alterius cuiuſlibet plures habere actiones, vel ob hoc maximè, vt habeat electionem, *lege cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* Nihil autem intereſt domini qui ab exercitore indemnitatem conſecutus eſt, vt actiones ſuas præſtet. Cui verò non æquum videatur, vel hoc ſaltem conſequi exercitorem quod ſine diſpendio domini ſit futurum? *lege in creditore 38. de euict.* Non enim ex delicto ſuo conuenitur, vt id deſiderare non poſſit, ſed ex quaſi maleficio tantùm, ſuo quidem ſed propter delictum alienum. Ideóque dignus eſt cum quo minùs agatur, quàm ſi ex proprio delicto conueniretur, vt culpa minùs quàm delictum puniatur. Cogitur ergo dominus præſtare exercitori actiones ſuas omnes quas habet, contra nautam qui furtum fecit, nec minùs actionem furti quàm cæteras, quia eam proprio iure habere non poteſt, cùm ipſi furtum factum non ſit. Dices ſufficere, vt ipſius interſit, *l. is cuius intereſt 10. de furt.* Intereſſe autem maximè exercitoris qui ob illud furtum domino teneatur actione in factum ex poſteriore huius edicti parte. Reſpondeo, Intereſſe quidem ſed non ex probabili, ſatiſque honeſta cauſa, cùm non ex contracto ſuo, vel quaſi maleficio & propriæ culpæ nomine teneatur. Cur ergo, inquies, auditur petens ceſſionem. Iam dixi, quia dignus eſt cum quo mitiùs agatur in ea re in qua domini interſit. Eſtque longè tolerabilius, vt quamuis aliqua culpa poſſit ei imputari, acquirat tamen ſibi actionem ex ceſſione, quàm vt habeat eam ſuo iure ac citra vllam ceſſionem. Eo namque caſu non aliud dici poſſet quàm ex ipſius quaſi maleficio acquiſitam ei fuiſſe actionem, quod certè abſurdum eſſet, quódque ſimiliter dici non poteſt cum actio ipſi à domino præſtatur.

c *Sed ſi abſolutus ſit exercitor.* Ratio dubitandi. Cùm dominus egit contra exercitorem honoraria in factum actione ex hoc edicto propter furtum ab aliquo ex nautis in naui factum, & exercitor abſolutus eſt, nihil dolo facit

ſacit dominus, ſi poſteà contra furem ipſum actione furti experiri velit, quia non id agit vt bis idem conſequatur, arg. *l. ſi dolo 51. in fin. de re iudic.* cùm nihil conſecutus ſit per priorem actionem ab exercitore. Ergo non debet eſſe contentus priore illa actione quæ inanis fuit, nec proinde repelli exceptione doli, quaſi aliquid faciat dolo malo: Multò minùs verò exceptione rei iudicatæ cùm alia cauſa ſit agendi & aliæ perſonæ, *l. cùm quæritur 12. & ſeqq. inſr. de except. rei iudic.*

Ratio decidendi. Datur exceptio nautæ contra dominum abſoluto exercitore, non propter rem iudicatam; ſed propter electionem à domino factam. Ne ſæpius de eiuſdem hominis admiſſo, & delicto quæratur. Nec nouum eſt, vt qui aduerſus vnum egit cùm aduerſus alium agere poſſet hoc ipſo actionem, quam aduerſus alium habuit, amiſerit, vt in *l. 4. §. vltim. inſr. de noxal. action.* cùm & eueniat aliquando vt ob actionem ab vno inſtitutam alios ſuam amittat, vt in *l. ſepulchr. 6. de ſepul. viol. l. 3. §. pen. de liber. hom. exh.* itémque nonnunquam vt quis ampliùs aduerſus eundem agere non poſſit ob id quod iam egerit, vt in *leg. quia dicitur 32. §. vlt. de iniſt.*

d *Ne ſæpius de eiſdem hominis admiſſo quæratur.* R. dub. Etiam de adulterio bis quæri poteſt, & eodem modo, id eſt, criminaliter ex lege Iulia, vt adulter primus, deinde adultera poſtuletur, *l. denunciaſſe 17. §. pen. ad leg. Iul. de adult.* Itémque poteſt furti & vi bonorum raptorum agi de eadem rapina, *l. 1. in fr. vi bon. rapt. quia raptor. fur improbior eſt, l. 2. § cæterùm eo.* Ergo nihil vetat de eiuſdem hominis admiſſo ſæpius quæri.

Ratio decidendi. Non poteſt de eodem admiſſo ſæpius quæri cùm reus primùm abſolutus eſt, ne contrarietas iudiciorum emergat ſi alio iudicio condemnetur. Sed ſi priore iudicio reus ſit condemnatus, nihil vetat eum pleniore alio condemnari dum ne in poſteriorem condemnationem deducatur ea ipſa pœna quæ iam deducta fuit in priorem. Non enim hoc caſu iterum quæritur de eodem delicto; ſed delicti bene iam probati, & de quo amplius inquirendum non eſt, augetur pœna, ſi ea quæ ex poſteriore iudicio irroganda eſt plenior futura ſit, quàm quæ irrogata fuit ex priore. Alioqui ſi prior actio plenior fuit, poſterior non admittitur, vt in *dict. l. 1. vi bonor. rapt.* Sanè ſi de duorum delicto agatur, quod tamen ſi non vnum propter diuerſitatem perſonarum ſaltem commune ſit, aliud erit, vt ſi de adulterio maris & fœminæ, *dict. leg. denunciaſſe §. penult.*

a *Et contrà ſi de admiſſo.* Ratio dubitandi. Actio quæ de admiſſo vnius hominis datur, id eſt, actio furti ciuilis quæ contra furem nautam competit ſpecialis eſt, cùm ita proponatur, vt certi hominis factum arguatur. At in factum actio honoraria quæ ex hoc edicto competit aduerſus exercitorem generalis eſt, nec certam furis perſonam comprehendit, quia ſufficit vt probetur furtum factum eſſe licèt à quo factum fuerit ignoretur, vt dictum eſt in principio huius paragraphi. Ergo etiamſi de furto actum ſit contra eum qui fur dicebatur, ſi tamen eo abſoluto, velit dominus actione iſta agere contra exercitorem nulla exceptione repellendus eſt.

Ratio decidendi. Non prohibetur dominus qui de furto egit furti aduerſus vnum ex nautis, tanquam furem & victus eſt, agere poſtea contra exercitorem, ſi à quo alio ex nautis furtum factum eſſe probare velit quoniam hæc actio generalior eſt, & generaliorem cauſam habet. At Paulus in hoc loco eum caſum tractat quo propter furtum eiuſdem hominis qui iam abſolutus eſt, velit dominus honoraria experiri contra exercitorem actione. Quod ne facere poſſit illud impedit, quia ſic fieret vt de eiuſdem hominis admiſſo ſæpius quæreretur. Nam & ad hunc caſum accommodanda eſt ea ipſa ratio quam accommodauit Paulus ad ſuperiorem. Accurſius alias tres rationes affert, ſed omnes ineptas, & falſas. Prima eſt, quia, inquit, ſi poſt nautam abſolutum exercitor conueniretur, etiam nauta iam abſolutus per medium conueniretur quippe contra quem exercitor rediret, argumento *legis vltima in fine, Codici de vſuris rei iudicata.* Hæc falſa eſt: quia nullam poteſt habere exercitor contra nautam actionem, qualem habet dominus contra exercitorem niſi quam dominus, ipſe exercitori præſtiterit. Quam porro præſtare nullam poteſt aduerſus eum qui fuit abſolutus. Habet ſanè actionem ex conducto etiam ſine ceſſione ſi merces interuenit, vt dictum eſt in præcedentibus. Sed nihil abſurdi eſt, eum qui ab vno abſolutus ſit, alij tamen alia actione condemnari. Neque ad hunc caſum pertinet quod ſcribit, in *dicta leg. vltima in fi.* Secunda ratio eſt quòd fur qui abſolutus fuit, ſoluiſſe videatur cùm ſolutio ſit ſimilis abſolutioni per ſententiam, ex *lege ſi quis cùm totum 7. paragrapho de fructibus verſic. planè de exception. rei iudicata.* Hæc quoque falſa eſt, Nam ſolutio quidem ſimilis eſt abſolutioni per ſententiam, ſed non contrà poſſis ſimiliter dicere abſolutionem per ſententiam ſimilem eſſe ſolutioni, vt ex eo conſtat quod verus debitor per ſententiam iniquam abſolutus ſi ſoluat non repetit, *l. Iulianus verum debitorem 59. de cond. indeb.* qui tamen repeteret ſi iam ſoluiſſe videretur. Et verò ſi abſolutio pro ſolutione habenda eſſet, liberaretur vtique ipſo iure is qui eſſet abſolutus, nec indigeret exceptione, quam tamen ei neceſſariam eſſe Paulus hoc loco ſcribit. Neque tamen de exceptione rei iudicatæ intelligit aut doli mali, ſed de exceptione in factum quæ ſubſidiaria eſt exceptionis doli, ſicut & actio ipſa contra quam datur in factum eſt. Tertia, & poſtrema ratio Accurſij eſt, quod dominus iam victus in iudicio contra nautam furem inſtituto, nullam poſſit exercitori contra hunc nautam actionem præſtare, quod tamen, inquit, facere debet. Sed hæc ratio, vera quidem, verùm inepta eſt. Non enim alio caſu dominus actionem aliquam exercitori præſtare cogendus eſt, quàm quo habeat. Nullam autem habet aduerſus nautam, qui proponitur abſolutus. Et ideò dicimus ita demum cogi eum, vt exercitori præſtet actiones ſi contra exercitorem priorem agat, *verſ. & ſi cum exercitore. ſupra*, quo tempore habet ſanè actionem aduerſus nautam furem, quam exercitori præſtare poſſit.

7. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

DEbet exercitor omnium nautarum ſuorum, ſiue liberi, ſiue ſerui, factum præſtare, nec immeritò factum eorum præſtat, cùm ipſe eos ſuo periculo adhibuerit. Sed non aliàs præſtet, quàm ſi in ipſa naue damnum datum ſit a: cæterùm ſi extra nauem, licèt à nautis, non præſtabit.

¶ Item ſi prædixerit b, vt vnuſquiſque vectorum res ſuas ſeruet, neque damnum ſe præſtaturum, & conſenſerint vectores prædictioni: non conuenitur.

Ad l. vlt. Debet.

Ratio dubitandi. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l. non debet 74. de reg. iur.* nec in poteſtate vnius eſſe, vt alterius non delinquentis conditionem faciat deteriorem, *l. 2. inf. quod vi aut clam.* Ergo non debet exercitor ſuorum nautarum factum præſtare. Maximè verò ſi liberi proponantur quibus imperare pro arbitrio non poteſt. Nam nec ſolet dominus ſerui ſui nomine

tene

teneri alia actione quàm noxali, ne in plus poſſit ſeruus nocere domino quam quanti ipſe ſeruus eſt, *Inſt. de nox. act. & to. eo. tit. D. & C.*

Ratio decidendi. Exercitor ſuo periculo nautas adhibuit nec caret culpa cùm malos adhibuit, quorum opera vteretur in ea re quæ per viros probos tractari debuiſſet, *l. 5. §. vlt. de obl. & act.* Itaque non ſolùm alterius factum ei nocet, at magis prius ſuum proprium ideóque nec actione noxali, ſed in ſolidum tenetur: quoniam ex propria culpa conuenitur. Nec proinde ex quaſi contractu, vt Azo dicebat, ſed ex quaſi delicto vt toties iam inculcauimus. Si enim ex contractu conueniretur, deberet vtique præſtare factum omnium non modò nautarum ſuorum, ſed etiam cæterarum omnium quotquot naui veherentur, ſicut & caupo omnium viatorum, *l. 1. §. vlt. & l. 2.* vbi dixi, *ſupr.*

a *Quàm ſi in ipſa naue damnum datum ſit.* Ratio dubitandi. Etiamſi nondum ſint res in nauem receptæ, ſed in littore perierint, periculum tamen ad exercitorem pertinet, *l. 3. in prin. ſupr.* Ergo etiamſi extra nauim damnum datum ſit, debet exercitor id præſtare, ac multò magis ſi à nautis ipſis datum ſit, quorum factum præſtare omnino debet, vt modò diximus.

Ratio decidendi. Loquitur eo loco Vlp. de exercitore qui recepit, vt probant verba illa, *quas ſemel recepit.* Hîc verò de exercitore qui nihil recepit, quique non ex quaſi contractu ob receptum, ſed ex quaſi maleficio ob delictum ſecundum conuenitur.

b *Item ſi prædixerit.* Ratio dubitandi. Si ſufficiat prædicere exercitorem, vt quiſque eorum qui vehuntur res ſuas ſeruet, neque damnum ſe præſtaturum. Ergo erit in poteſtate exercitoris, ne vnquam hoc edicto teneatur, quia ſemper prædicet, atque ita periculum effugiet iſtarum actionum in factum: quòd tamen abſurdum ſanè fuerit, arg. *l. ne in poteſtate ſit 26. ſupr. tit. prox. l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obl.*

Ratio decidendi. Non exoneratur aut ab huius edicti metu eximitur exercitor ob ſolam ſuam voluntatem, ſed magis ex voluntate illius qui vehitur in naue cùm prædictioni conſenſerit, qui debuerat potiùs aliam nauim quærere & alium exercitorem. Adeò vt nec quicquam referat, an expreſsè conſenſerit, an tacitè remanendo in naui. Nam & hoc poſteriore caſu ſibi debet imputare qui maluit hac lege in ea naui remanere, vt benè hîc Accurſ. cùm quo & ego ſentio. Sicut & in eo quòd notat ſola clauium traditione non exonerari exercitorem, nec ſi denuntiet ſe nolle periculum cuſtodiæ ſubire, niſi & ab initio claues tradiderit, & prædixerit id quòd poſt ſuſceptam obligationem, dicere ampliùs niſi fruſtrà non poſſit, arg. *leg. ſicut 5. C. de obl. & act.* Planè ſi quæratur. An & de leuiſſima culpa teneatur hoc caſu exercitor qui claues dedit ex poſtfacto, aut etiam ab initio quidem, ſed ſine prædictione, non eſt iniquum quòd vult Accurſ. de leuiſſima non teneri, quem ſcilicet apparet ſatis hoc ipſo declaraſſe, quòd totius cuſtodiæ periculum ſubire nollet: probari que meo iudicio hoc caſu neceſſe eſt effracturam loci, cuius claues traditæ ſunt ab exercitore, vt exercitor teneri poſſit. Aliòqui nemo dixerit furtum fieri potuiſſe abſque culpa eius qui claues habuit, meliúſque cuſtodire ipſe debuit.

1 ¶ Hæc actio in factum, in duplum eſt. 2 ¶ Sed ſi quid nautæ [a] inter ſe damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet. ¶ Sed ſi quis ſit nauta & mercator [b], debebit illi dari. Quòd ſi quis, quos vulgò, *ναυτεπιβάτας*, id eſt, *remum pro naulo, & vecturæ pretio ſoluentes*; dicunt, & huic tenebitur, ſed huius factum præſtat, cùm ſit & nauta.

Ad §. 1. Hæc actio, & Ad §. 2. Sed ſi quid.

Ratio dubitandi. Actio in factum quæ ex hoc edicto competit ſolam rei perſecutionem continet, ideóque & hæredi & in hæredem datur, & perpetua eſt, *leg. 3. §. pen. ſupr.* Ergo in duplum eſſe non poteſt. Pœnales enim ſunt ſaltem ex parte omnes actiones quotquot ſunt in duplum.

Ratio decidendi. Duplex actio in factum datur ex hoc edicto. Vna ex quaſi contractu ob receptum, quæ in ſimplum duntaxat eſt, & meram rei perſecutionem continet, de qua in *d. l. 3. §. penult.* Altera ex quaſi delicto mixta, id eſt, partim rei perſecutoria, partim pœnalis & ad duplum, de qua in hoc §. & in tota hac lege, & in *l. vnic. ſupr. furt. aduerſ. naut.*

a *Sed ſi quidem nautæ.* Ratio dubitandi. Debet exercitor omnium nautarum ſuorum factum præſtare vt ſcriptum eſt initio huius legis. Ergo etiamſi inter ſe damnum nautæ dederint, hoc ad exercitorem pertinebit.

Ratio decidendi. Nautarum quidem ſuorum omnium factum præſtare debet exercitor, ſed iis qui vehuntur, non ipſis nautis, quippe qui nullam ei poſſunt culpam imputare cur tales nautas adhibuerit, quorum illi ſocij perpetui eſſe voluerint, & quorum improbitatem facilè detegere potuerint, quòd in viatoribus, & iis qui vehuntur diuerſum eſt.

b *Sed ſi quis ſit nauta & mercator.* Ratio dubitandi. Siquidem nautæ inter ſe damnum dederint, tamen ea res ad exercitorem nil pertinet, vt proximè dictum eſt. Atqui hîc quem Vlpianus ponit paſſum fuiſſe damnum nauta fuit. Ergo non debet illi actio ex hoc edicto dari.

Ratio decidendi. Fuit quidem nauta, ſed tamen fuit etiam mercator. Proinde quamuis non ſit danda ei actio tanquam nautæ, danda tamen eſt tanquam mercatori. Separandæ enim ſunt qualitates, & ſeparanda officia cùm quis fungitur officio duorum, vt in *l. 3. & 4. & l. ſi paterfamilias 15. ſupr. de opt. leg. 1. §. vlt. ſi à parent. quis manum. ſit l. 1. §. communis infr. de ſtip. ſeruor.* Eis qui & nautæ & mercatores ſint ſimiles ſunt, *ναυτεπιβάται*, vulgò meſonautæ appellati, id eſt, qui remum pro naulo & vecturæ pretio ſoluunt. Nam & hi nautæ ſunt & remigibus iunguntur, in *l. 1. §. 1.* vbi dixi, *ſupr.* Ideóque factum ipſorum præſtare tenetur exercitor, & tamen operas ſuas præſtant pro vectura, quæ loco pretij eſſe poſſint. Ideóque nec mirum eſt ſi ei teneatur hoc edicto, quomodo & cæteris teneretur etiam quibus gratuitam nauigationem præbuiſſet, *l. licèt gratis 6. ſupr. eod.*

3 ¶ Si ſeruus nautæ damnum dederit: licèt ſeruus nauta non ſit, æquiſſimum erit, in exercitorem actionem vtilem dare.

Ad §. 3. Si ſeruus.

Ratio dubitandi. Exercitor non tenetur præſtare niſi factum nautarum ſuorum, vt dictum eſt initio huius legis. Atqui ſeruus nautæ non eſt nauta. Ergo ſi ſeruus nautæ damnum dederit, non debet ex ea cauſa vtilis actio dari in exercitorem.

Ratio decidendi. Non tenetur quidem hoc caſu actione directa exercitor, quia hunc nautæ ſeruum non adhibuit vt nauta eſſet: tenetur tamen vtili, quia dominum eius adhibuit, nec debuit eum adhibere quantumuis probum, qui tam malum ſeruum habuit. Prope enim eſt vt ex ipſius exercitoris voluntate aut ſaltem patientia damnum à ſeruo nautæ datum eſſe videatur.

Certè quin aliqua exercitoris culpa ſit hactenus ſaltem, vt ex quaſi maleficio teneri debeat, negari non poteſt, non ſolùm ſi eius ſerui opera vtatur in naui, quo caſu pro nauta habendus eſſet, *l.* 1. §. 1. *ſupr.* ac proinde directa quoque actione exercitor teneretur, ſed etiamſi nullomodo eius ſerui opera vſus exercitor probetur.

4 ¶ Hac autem actione ſuo nomine exercitor tenetur, culpæ ſcilicet ſuæ, qui tales adhibuit, & ideò, & ſi deceſſerint, non releuabitur [a].

¶ Seruorum autem ſuorum nomine [b], noxali duntaxat tenetur: nam cùm alienos adhibet, explorare eum oportet cuius fidei, cuius innocentiæ ſint in ſuis venia dignus eſt, ſi tales quales ad inſtruendam nauem adhibuerit.

Ad §. 4. Hac autem actione.

Rat. dub. Eius quod quis ex culpa ſua ſoluit, & ſuo nomine receptionem nullam habere debet, tanquam videatur ſolutum in pœnam. Neque enim pœnæ dependſæ ſolent repeti, *l. pœna* 41. *de cond. indebit.* Et inauditum eſt, vt quod ex maleficij cauſa ſoluitur à quoquam repetatur, nec ob id quod quis ſuo nomine ſoluit, poteſt contra alium habere actionem, *l. Papinianus* 28. *in fin. infr. mand. l. ſi quid poſſeſſor* 31. *de petit. hæredit.* Atqui exercitor quod per hanc in factum actionem ex quaſi maleficio ſuo præſtitit, interdum repetit, vt in ſpecie, *leg. licèt gratis* 6. §. 1. *ver. tu tamen ſupr. hoc tit.* Ergo non ſuo, ſed alieno nomine teneri eum dicendum eſt, & ad inſtar ac ſimilitudinem fideiuſſoris.

Ratio decidendi. Tenetur ſuo nomine exercitor non ſolùm ſi ſaluum fore receperit, vt in ſpecie, *legis* 3. §. *ſi filiusfamilias item ſi ſeruus ſup. eodem*, ſed etiamſi nihil receperit, quia culpæ ſuæ imputare debet, qui tales nautas adhibuerit. Et tamen quod ex hac cauſa ſoluit interdum repetit, vt in *d. verſ.* tu tamen quia ſcilicet propter alterius factum & delictum ſoluit: quæ res facit, vt æquum ſit eum eo mitiùs agi, vt diximus ad legem præcedentem §. *vltim.* nunquam repetit ab eo cui ſoluit tanquam ſi indebitè ſolutum ſit, ſed ex alia cauſa, & contra eum quem æquum ſit ex eiuſdem nautæ facto ſimiliter tanquam dominum teneri, vt & in *l. perceptione* 4. *& lege ſequenti §. cùm autem infr. de his qui effuder. vel deiecer.* Melior ſiquidem hac parte conditio eſt eius qui tantùm ex quaſi maleficio quàm eius qui ex vero maleficio conuenitur, vt & Accurſius noſter bene notat ad §. antepenultimum huius legis. Quare nec bene Accurſius eum comparat fideiuſſori, quia ſi bona eſſet comparatio haberet ille regreſſum contra eum pro cuius delicto ſoluit. Et tamen nullum habet ſuo iure, niſi præſtitæ ſint ei actiones à domino contra ipſum agente. Niſi quod habet actionem ex conducto ſi operas eius conduxerit, *d. §. vlt. verſ. & ſi cum exercitore.*

a *Et ideò & ſi deceſſerint, non releuabitur.* Ratio dubitandi. Et abſurdum & iniquum eſt grauiùs aut longiùs quem teneri propter delictum alterius, quàm teneatur ille ipſe qui deliquit: Hoc enim conuenit vulgari axiomati philoſophorum. Propter quod vnumquodque tale eſt, & illud magis tale eſt. Atqui exercitor tenetur dumtaxat actione iſta in factum ex quaſi maleficio ob delictum nautæ, vt proximè diximus, nauta verò ipſe, qui furtum fecit, quamvis actione furti quæ ciuilis eſt teneatur, morte tamen teneri deſinit, quia furti non tantùm actio, ſed etiam crimen morte finitur, vt & cætera ferè omnia, crimina, *l.* 1. *de priuat. delict. l. ex iudiciorum* 20. *de accuſa.* Ergo nauta mortuo ex cuius delicto exercitor tenebatur, ipſum quoque exercitorem liberatum eſſe dicendum eſt.

Ratio decidendi. Tenetur quidem exercitor propter delictum nautæ, ſed non ex ipſius delicto, at ex culpa ſua propria quæ per mortem nautæ non finitur. Denique tenetur ſuo nomine. Ergo nec moriente nauta liberatur quominus per hanc ipſam in factum actionem quæ ſemel aduerſus eum competit ex quaſi maleficio conueniri poſſit. Quam enim actionem ſemel quis habere cepit, ea nec morte alterius, nec alia vlla ſimili de cauſa amittitur, *l. euictare* 16. §. *ſi ſeruus, infr. de euict.*

a *Seruorum autem ſuorum nomine.* Ratio dubitandi. Etiam cùm exercitor actione iſta in factum ex quaſi maleficio conuenitur propter delictum ſeruorum ſuorum, perinde tamen tenetur ſuo nomine, & ex propria culpa, atque ſi propter delictum alterius cuiuſlibet liberi hominis teneretur, quem nautam adhibuiſſet, vt proximè diximus. Ergo noxalis actio ceſſare hoc caſu debet, vt & in ſpecie, *d. l.* 3. §. *ſi filiusfamilias, verſ. item ſi ſeruus ſupr. eod.* ac proinde dicendum eſt vtroque caſu exercitorem in ſolidum teneri debere. Præſertim cùm abſurdum videatur obligari quem duriùs ex facto liberi hominis, quàm ex facto proprij ſerui, quem & ſeueriùs & pro arbitrio poſſit coërcere, arg. *l. ſi conſtante* 24. §. *ſic maritus infr. ſolut. matrim.*

Ratio decid. Multum intereſt an teneatur exercitor ob id quod ſaluum fore receperit, & ex quaſi contractu, vt in *dict. verſ. item ſi ſeruus.* An verò ex quaſi maleficio. Etſi enim vtroque caſu delictum nautæ facit locum actioni cùm tamen naſcatur priore caſu actio ex quaſi contractu. Poſteriore verò ex quaſi maleficio, nemo non videt æquum eſſe, duriùs obligari eum qui ex ſuo, ſiue contractu ſiue quaſi contractu conuenitur, quàm qui ex ſuo quaſi maleficio, quoniam prior obligatio voluntatem exercitoris expreſſam habet, poſterior non item. Nec enim niſi inuiti & iuris poteſtate obligantur qui ex delicto, vel quaſi delicto obligantur, tametſi non niſi ſponte, ac voluntariè delinquant. Ergo in ſpecie huius §. id eſt, cùm exercitor ex ſuo quaſi maleficio conuenitur dignus eſt cum quo mitiùs agatur quàm ſi ex recepto conueniretur, tantóque dignior quantò durior hæc quam illa actio eſt ſicut & dignius eſt cum quo mitiùs agatur ob delictum ſeruorum ſuorum, quàm ſi ob aliorum delictum conueniretur. Nam cùm alienos adhibet explorare eum oportet priùs, cuius innocentiæ ſint. In ſuis vero dignus eſt venia ſi quales quales ad inſtruendam nauim adhibuerit. Proinde culpa grauior eſt eius qui malos nautas adhibet ex alienis ſeruis, quàm eius qui ex proprijs, & conſequenter in ſolidum ille teneri debet. hic noxali tantùm actione, vt & in *leg. ſi in re* 19. §. *vltim. infr. de noxalib. actionibus.* Vnde fit, vt ſi exercitoris ſerui deceſſerint ex quorum perſona noxali actione conuenitur ipſe liberetur, *noxalis* 7. iunctis *duab. præced. l. electio* 26 §. *ſi is quem inf. de nox. leg. act.* cum tamen ſi alij nautæ fuiſſent ob quorum delictum conueniretur, vtique ipſorum morte non liberaretur, vt diximus ad *verſ. præcedentem.* Eadem ratio ſed apertiùs & elegantiùs expreſſa eſt ab eodem Vlpiano noſtro, in *l. vnic. §. ſerui verò infr. furt. aduerſ. naut. caup. ſtabul.*

5 ¶ Si plures nauem exerceant: vnuſquiſque pro parte, qua nauem exercet, conuenitur.

Ad §. 5. Si plures.

Rat. dubit. Damnum in ſolidum datum eſt & vniuſcuiuſque exercitorum culpa in ſolidum interuenit. Ergo cùm hæc actio contra ipſos detur ex ipſorum culpa, & quaſi maleficio, dicendum eſt vnumquemque eorum

in

in ſolidum teneri debere non pro qua parte nauem ſinguli exercent, ſi plures vnam eandémque nauem exerceant, vt & in *l. 1. §. vlt. infr. de exercit. action.* Præſertim cùm ea res non ſit ceſſura damno eius qui in ſolidum conuenietur, ſiquidem iudicio ſolemnitatis, vel communi diuidundo partem eius, quod præſtiterit, repetere ab alio poterit, *l. & ancillarum 28. §. vlt. infr. de pecul.*

Ratio decidendi. Qui merces ſuas inuehit in nauem, quæ à pluribus exercetur, non ſingulorum, ſed omnium ſimul fidem ſequitur, & quidem quatenus exercitio nauis ad vnumquemque pertinet. Ergo non contra ſingulos in ſolidum, ſed contra vnumquemque ipſorum pro parte, neque rurſum pro parte cuiuſque virili, ſed pro portionibus exercitionis, vt loquitur Vlpian. in *l. ſi tamen 4. de exercit. act.* Sed hoc ita ſi per ſe, non etiam ſi per alium nauem exerceant. Ne alioquin diſtringatur in plures aduerſarios is qui cum vno tantùm contraxerit, *d. l. & ancillarum §. vlt. & l. 2. de exercit. act.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum ſit ſi plures quidem per ſe nauem exercuerint, ſed tamen vnus eorum duntaxat contraxerit, vel quaſi contraxerit, merces recipiendo. Quid enim ſi is cuius merces ſunt, eum ſolum putet eſſe exercitorem, nec ſciat eſſe quemquam alium, quem nec fortè in naui præſentem videat? Et ita videtur accipiendum quod ſcriptum eſt, in *d. l. 1. §. vlt. de exercit.* Niſi malis intelligere de pluribus eandem nauem per vnum, vt fieri ſolet nauis magiſtrum exercentibus, vt conſtat ex ratione poſita, in *l. 2. & ex legibus quæ ſequuntur.*

6 ¶ Hæc iudicia, quamvis honoraria ſint, tamen perpetua ſint: in hęredem autem non dabuntur. Proinde, & ſi ſeruus nauem exercuit, & mortuus eſt, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed cum voluntate patris, vel domini ſeruus, vel filius exercent nauem, vel cauponam, vel ſtabulum: puto etiam hanc actionem in ſolidum eos pati debere, quaſi omnia, quæ ibi contingunt, in ſolidum receperint.

Ad §. vlt. Hæc indicia.

Ratio dubitandi. Actiones honorariæ ſolent eſſe annuæ, quia & iuriſdictio prætoris fuit olim annua, ſicut & annuus fuit magiſtratus. Atqui hæc iudicia in factum quæ prætor duplici capite huius edicti pollicetur, ſunt honoraria, & prætoria cum iure ciuili talia nulla eſſent prodita. Ergo annua ſunt non perpetua.

Ratio decidendi. Etiam honorariæ actiones pleræque ſunt perpetuæ, nimirum eæ quæ continent rei perſecutionem, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Hæc autem eiuſmodi eſt, quia in duplo ſimplum continetur. Ideò autem loquimur duplo, quia hic locus nõ pertinet ad actionem in factum quæ ex hoc edicto datur in exercitorem de recepto, ſed ad aliam quæ ex poſteriore tantùm parte competit ex quaſi maleficio, vt ex eo conſtat quod ſubiicitur hæc iudicia in hæredem non datur. Nam actio in factum quæ ex priore edicti capite datur, cùm ſit merè rei perſecutoria, neque ex quaſi maleficio competat, ſed ex quaſi contractu tranſit proculdubio in hæredem, *l. 3. §. pen. ſupr.* Itaque nec verum eſt quod volebat Irnerius priorem partem huius verſiculi pertinere ad actionem in factum quæ de recepto datur poſteriorem verò ad eam quæ ex quaſi maleficio. Neque quod Accurſ. putat de vtraque actione vtramque partem intelligi debere. Nam imò verò vtraque eſt de actione ex quaſi maleficio, nec poteſt referri poſterior vllomodo ad priorem ſpeciem actionis in factum, quæ ex hoc edicto datur vt mox dicam.

a *In hæredem autem non dabuntur.* Ratio dubitandi. Actiones honorariæ quæ rei perſecutionem continent, ſicut perpetuæ ſunt, ita & in hæredem dantur, *d. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* actio in factum ex quaſi maleficio, de qua nunc agimus, vel perpetua non eſt, vel ſi perpetua eſt quia rei perſecutoria ſimiliter danda eſt in hæredem.

Ratio decidendi. Omnes actiones quæ dantur in hæredem ſunt perpetuæ. At non è conuerſo actiones omnes perpetuæ dantur in hæredem. Eſt enim longè facilius & tolerabilius eum ipſum, qui quaſi deliquerit, teneri etiam poſt annum, quàm vt poſt mortem ipſius hæres teneatur qui neque deliquerit, neque quaſi deliquerit. Dices poſſe etiam hæredem teneri ſaltem de eo quod peruenit. Nam & ex delictis defunctorum tenentur hæredes hactenus, vt quod ad eos peruenit, ab iis extorqueatur. Sed reſpondeo, quoties Iureconſulti noſtri tractant de actione aliqua in hæredem, vel danda, vel non danda ſentire illos de actione quæ ſit plena totúmque ſuum effectum habeat, non quæ ſit de eo tantùm quod peruenit. Præterea tractamus eum caſum in quo fieri vix poſſit vt quicquam peruenerit ex delicto nautæ ad hæredem exercitoris qui ipſe ex quaſi maleficio tenebatur. Ponimus enim merces periiſſe aut furto ſubtractas eſſe inſcio exercitore. Alioquin & ex proprio furto, & ex vero delicto, non ex quaſi delicto conueniri deberet. Vnde factum videtur vt ſic præciſè loquatur Vlpianus, *in hæredem autem non dabuntur*, non addita exceptione illa quæ aliàs addi ſolet, *niſi de eo quod peruenit*, vt in *leg. quod diximus 16. paragr. vltim.* vbi dixi, *ſupr. quod met. cauſ. l. ſi plures 17. §. 1. de dolo.* longe quæ dixi ad *l. item ſi res 4. §. vlt. & leg. ſeq. de alien. iud. mut. cauſ. fact.*

b *Proinde & ſi ſeruus.* R. dub. Etiamſi mortuus ſit ſeruus qui peculium habuit, actio tamen de peculio quæ viuo eo competiit contra dominum adhuc durat, ſed ita vt quæ perpetua erat facta ſit temporalis, & annalis, ex *l. 1. in prin. & §. 1. & tot. tit. quand. de pecul. act. eſt annal.* Ergo etiamſi ſeruus qui nauim exercuit, mortuus ſit de peculio tamen actio danda eſt in dominum ſaltem intra annum. Nec videtur bona iſta conſecutio, vt quia hæc actio non tranſit in hæredem, neque competat in dominum. Nam in hæredem ideò non competit, quia neque competit viuo exercitore, quandoquidem viuus non habet hæredem, neque in eum tranſire potuit poſt mortem cùm finita ſit morte exercitoris. At de peculio competit contra dominum viuo adhuc ſeruo, nec neceſſe eſt, vt ad dominum tranſeat à ſeruo, à quo nec tranſire poſſet, cùm in ſeruum nunquam competierit. Sufficit igitur, vt non deſinat competere ſaltem intra annum aduerſus dominum contra quem competere iam cœpit, priuſquam ſeruus moreretur.

Ratio decidendi. Tum demum actio de peculio durat per annum poſt mortem ſerui contra dominum, aut contra patrem poſt mortem filiifamilias, cùm actio principalis quæ competit contra filium, & ſi qua competeret contra ſeruum, ea poſſet tranſire in hæredem filiifamilias aut ſerui, ſi quem aut hic aut ille hæredem habere poſſet, vt quia nec filiusfamilias nec ſeruus hæredem vllum habere poteſt, ſaltem dominus, vel pater, penes quem peculium remanet de peculio, intra annum remaneat obligatus. At quo caſu principalis obligatio talis eſt, vt etiamſi filiusfamilias, aut ſeruus hæredem aliquem habere poſſet, in eum tamen nulla actio tranſitura eſſet, multò minùs æquum eſt teneri patrem vel dominum de peculio, ne quidem intra annum. Eſt enim longè maior ratio, vt actio quæ contra defunctum competiit, tranſeat in ipſius hæredem, qui totius iuris ſucceſſor in vniuerſum eſt, quàm vt durare debeat contra patrem, aut contra dominum qui non magis mortuo quàm viuo filiof. vel ſeruo in ipſius iura ſucceſſiſſe videri poteſt, cùm nec hæreditatem, nec hæredem

habere filiusfamilias aut ſeruus poſſit, ne quidem nouo iure quantum ad filiifamilias profectitium peculium pertinet, in quo ſcilicet nihil Iuſtinianus innouauit in *leg. cùm oportet 6. & leg. vltim. Cod. de bon. quæ liber.* Etſi enim peculium illud profectitium remanet penes patrem aut dominum mortuo filiofamilias aut ſeruo, non ideò tamen fit locupletior pater aut dominus, quia id retinet, cuius dominus iam erat viuo adhuc filio vel ſeruo, *l. 3. §. ſed vtrùm leg. patri 27. ſupr. de minor.* Alioqui actio de peculio contra patrem vel dominum defuncti filiifamilias vel ſerui perpetua eſſe deberet: quod non ita eſt, *d. tit. quand. act. de pecul. eſt anna.* Sed in propoſita ſpecie illud amplius eſt, ſi Accurſio credimus, quod nec viuo filiofamilias aut ſeruo pater dominúſve de peculio tenebatur, cùm actio contra filiumfamilias vel ſeruum competens ex delicto proficiſceretur, in quo actionis genere certum eſt neque patrem neque dominum de peculio teneri, niſi in quantum probatur peculium locupletius factum eſſe, *l. 3. §. ex furtiua cauſa infr. de peculio.* Cur ergo potiùs dicamus teneri iſtos debere intra annum poſt mortem filiifamilias aut ſerui ex ea cauſa ex qua nec hæres ipſe teneretur? Tractat ſiquidem Vlpianus in hoc verſic. eum caſum quo ſeruus aut filiusfamilias nauem exercuerit patre vel domino ignorante, vt conſtat ex antitheſi poſita in verſ. ſed cùm voluntate. Neque contrarium eſt quod idem Vlpianus noſter ſcripſit in *l. 3. §. ſi filiusfamilias, in fin. ſupr. hoc tit.* Si ſeruus aut filiusfamilias ſine voluntate domini vel patris nauem exerceant, de peculio actionem in patrem aut dominum dari debere. Id enim tum obtinet cùm filiusfamilias aut ſeruus ſaluum fore recepit, atque ita ſe obligauit ex quaſi contractu, de quo agitur in *d. §.* non etiam cùm ex ſuo quaſi maleficio eſt obligatus, de quo nos cum Vlpiano tractamus in hoc §. Et ita Accurſius reſpondet. Sed probabilius puto, vt dicamus, ex delicto quidem & maleficio filiifamilias vel ſerui, neque patrem, neque dominum de peculio teneri, ſed tamen teneri vtrumque ſi conueniatur ex quaſi maleficio eius qui eſt in poteſtate. Nam ſi hoc caſu tenetur dominus actione noxali, vt probauimus in ſuperioribus, quidni teneatur etiam de peculio? Neque enim noxalis ipſa locum haberet, ſi dominus ex delicto proprio conueniretur. Non igitur eadem hîc ratio conſtituenda eſt delicti & quaſi delicti. Atqui actio de qua agimus non eſt ex delicto, vt malè ad hunc §. bis notat Accurſius, ſed ex quaſi delicto. Nihil ergo vetat quominus hoc caſu actio de peculio in dominum detur viuo ſeruo, quamuis non daretur, ſi ex mero ſerui delicto proficiſceretur. Et ſanè abſurdum eſſet quærere, an poſt mortem ſerui danda eſſet de peculio actio intra annum contra dominum, ſi nec viuo ſeruo contra dominum ea actio competiiſſet. Miror que Accurſium hoc non vidiſſe, cùm ſcripſit non teneri dominum de peculio ne quidem ſeruo viuo. Rationem afferens quòd dominus ex delicto ſerui de peculio non teneatur. Item cùm addit duplicem eſſe rationem eius quòd hîc Vlp. ait, mortuo ſeruo non dari actionem de peculio contra dominum nec intra annum. Et quia, inquit, non hæres (ſic enim legendum eſt) & quia ex delicto: vna enim tantùm ratio eſt, eaque neutra ex illis quas affert Accurſius, quæ ambæ ſunt falſæ, ſed quàm Vlpianus ipſe affert. Fateor non eſſe dominum hæredem ſerui, ſed nego valere rationem ſi illa afferatur propter quam non debeat dominus teneri, quòd non ſit hæres, cùm etiamſi hæres eſſet nihilomagis tamen teneretur. Rurſum fateor ex delicto ſerui non teneri dominum de peculio; ſed nego rationem illam conuenire quæſtioni noſtræ, in qua non ex maleficio naſcitur actio, ſed ex quaſi maleficio. Vera igitur ratio huius iuris illa eſt quod cùm hæres ipſe exercitoris hac actione non teneatur, multò minùs teneri poſſit dominus aut pater, qui neque hæres, neque alius ſucceſſor eſt.

c *Sed cùm voluntate.* Ratio dubitandi. Interueniens voluntas patris aut domini non poteſt facere vt eò magis dominus ſit hæres ſerui vel pater filij. Multò minùs vt durior eſſe debeat iſtorum conditio quàm ſi hæredes eſſent, ergo idem hoc caſu dicendum eſt quod in ſuperiore.

Ratio decidendi. Videtur hoc caſu pater & dominus omnia quæ in naui contingunt in ſolidum recepiſſe, ergo in ſolidum teneri debent non de peculio, nec tanquam ex facto filiifamilias, vel ſerui, ſed tanquam ex proprio ac ſi ipſi recepiſſent, ſiue ſeruus ipſe idémque exercitor receperit, vt in *d. l. 3. ſi filiusfamilias*, ſiue de quaſi maleficio arguatur, vt in ſpecie huius §. ſibi enim debent imputare qui tali ſeruo aut filiofamilias mandauerint vt nauem exerceret, quam ipſi per ſe aut ſaltem per diligentiorem & prudentiorem exercere debuerant. Et hic primæ partis Rationalium noſtrorum, non infelix ſit finis: Deo autem Opt. Max. laus & gloria, cuius ſingulari beneficio hucuſque progreſſi ſumus, vt qui bene inchoare dedit, det etiam meliùs quandoque perficere.

INDEX

INDEX
EORVM OMNIVM
Certiſſimus ac locupletiſſimus, quæ in his ANTONII FABRI, Rationalibus ad primam Pandectarum partem, notatu digniſſima colliguntur.

Paginam prior numerus, columnam poſterior indigitabit.

A

ABDICARE à ſe dignitatem nemo poteſt, qui habet eam à principe. 84

Abdicere & addicere vindicias, quid. 18.2

Abeſſe Reipublicæ cauſâ qui dicantur, & quomodo eis ſuccurratur. 606.607 1.2

Abiri in totum ab emptione, aliud eſt quàm, *abiri in totum à priore emptione.* 572 1.2

Abſentia neceſſaria ſemper inſtam præbet materiam reſtitutionis. 351

Quomodo Abſens exemiſſe quem dicatur, etſi per alium id fecit. 154. 2. Vtrùm reipublicæ cauſâ, poſſit admitti ad alienam defenſionem, 354. 1. an reſtituatur contra ſimiliter abſentem. 722

Cur Abſentes, etiam rei criminum capitalium, per procuratorem defendi poſſint. 329.2. 330.1 2. inter eos qui Reipubl. cauſa & minores quæ ſit differentia quoad reſtitutionem in integrum. 442

Abſentia intereſt, vt habeat in ciuitate procuratorem, per quem non minùs conueniri, quàm conuenire & agere poſſit. 723. cur conditio illius qui Reipub. cauſá, ſit melior quàm minoris. 723

Abſolutio in quo differat à condemnatione in iudiciis arbitrariis. 456.1

Abſtentio ab hæreditate non poteſt facere, vt eò minùs libertates competant. 568.569

An per Abſtentionem quis deſinat eſſe hæres. 465.2

Abſtentionis ab hæreditate vtraque ſpecies eiuſdem effectus & poteſtatis eſt, eius verò ratio diuerſa. 568

Abſtinere & repudiare differunt. 440.2

Acceptilatio, iuſiurandũ, nouatio, pactum de non petendo differunt. 203.2. 212.2. quomodo fiat 213.1. vtrùm inutilis, in ſe habere poſſit pactum vtile. 214.1. 218.1 quid ei cõmune ſit cum delegatione. 222.1. quomodo inutilis fiat. ead. 2. an in ea contineatur pactum de non petendo. ibid. cui promiſſa eſt, non poteſt denegari exceptio taciti pacti de non petendo 232 1. diſſoluit contractum. 241. 1. & 2. an poſſit perimere Aquilianam ſtipulationem. 250.1. quomodo iuris gentium eſſe dicatur. ibid. vtrùm poſt eam & Aquilianam ſtipulationem, pœnalis valeat. 273.1.2. ad eam faciendam num cogatur is, qui per vim ſtipulando extorſit obligationem. 450.2. vtrùm poſt eam actio de dolo ſuperſit. 470.1.2. quæ ſit eius vis in rei arbitrariæ compromiſſo.

Acceptilationes ſunt iuris ciuilis. 3.2. de iure gentium eſſe, quomodo intelligendum. 250.1.2

Accidentalis forma contractus immutari pro arbitrio contrahentium poteſt, & quare. 570.2

Accipere & paciſci eiuſdem ſunt poteſtatis in procuratore. 185.1

Accurſij differentia inter contractus & vltimas voluntates, non mittenda. 208.1

Accurſij & Placentini opiniones de tempore quo durare dicitur actio quod metus cauſa. 464.1.2

Accurſius ridetur, qui dubitat an aduocatis neceſſe ſit literas ſcire, & concludit non eſſe neceſſe. 277

Accuſatio ſeruorum in dominos quatenus admittenda. 70.1.2. competens militi non permittitur, & quare. 735

Vtrùm Accuſatori plures dilationes dari debeant quàm reo. 150.2

Acquirere non dicitur qui agit, & quare. 41.1

Acquiſitio liberti non debet impedire quominùs minori ſubueniatur per actionem de dolo, aut ſaltem per actionem in factum. 335.5

Acta iudicialia meliùs probant veritatem rei alicuius. 80.1

Actio nulla eſt penitus ex iure naturali & gentium, ſed ciuili. 3.4.1. Aduerſus quos cõparatur. 9.10.1. An quæ eſt ad rem mobilem vel immobilem, ſit res corporalis, & tangi poſſit. 62.1. Semel extincta num reuiuiſcat. 83.1. De ſeruo corrupto, ciuiliſne ſit aut criminalis. 84.1. An pœnalis tranſeat ad hæredes. 90.1. Dando non eſt ei, cuius nihil intereſt. 99.1. Quomodo dicatur denegari à Prætore filio contra patrem, aut liberto contra patronum. 104.1. In fideiuſſorẽ quæ ſit. 118.1 Ex die decreti cœpta non poteſt finiri tempore. 119.2 Eam non competere, denegari, aut dari ſub exceptione, aut ſine exceptione, diſtinguuntur. 120.2. Perſonalem ad rem immobilem, cenſeri quid immobile,

errot eſt. 129. quando ab obligatione proficiſcens, reuiuiſcere ſemel extincta dicatur. 132. an perempta ſit dominij acquiſitione. ibid. vtrùm perpetuetur per vocationem in ius. 135. de dolo, an reſtituatur. ibid. nom amitti poſſit, quæ per nouationem tam perempta eſt. 143. an ex ſtipulato mortuo reo detur in hæredem & in fideiuſſores. 143.144. aliud eſt, eam proficiſci ex re, quàm contractum re perfici. 163. 164. eam per pactum formari, quid ſit. 169. quænam naſcatur ex pacto pignoris. 189. 190. quomodo collatur. ibidem. & de peculio, an detur in dominum ex compromiſſo ſerui. 219. 220. an quæratur ex pacto cohæredum poſt diuiſionem bonorum & æris alieni. 231. vbi illa eſt cum obligatione & petitione, ibi mora fieri poteſt. 241. eius confuſio fieri pro hæreditariis portionibus, quatenus intelligatur. 270. directa & vtilis contra quos hæredes detur. 273. 274. in illa pro ſocio obſeruatione dignum quid notatur. 298. an in ea quæ ex contractu proficiſcitur, notetur quis infamia. 299. vtrùm ex ſtipulatione commiſſa procuratori transferri poſſit in dominum 323. 324. an actio dari domino ex ſtipulatione iudicatum ſolui à procuratore interpoſita. 324. 325. iudicati ex ſententia quando ei competat. 315. cùm cognitione differt. 331. 331. populari concentus, an poſſit dare procuratorem. 341. iniuriarum duplex eſt, in qua procuratorem dare liceat. ibid. directa & vtilis num poſſint concurrere in eadem perſona. 342. directam habere plus eſt, quàm habere vtilem. 354. datur domino ex ſtipulatione conuentionali quam procurator ſuo nomine conceperit, & quare. 362. quæ acquiratur domino per procuratorem, & quæ non. 363. negotiorum geſtorum, quorum gratia propoſita. 373. 374. vnde naſcatur. ibid. an hæc fœminis competat ſicut & viris. 374.375. 376. pupillo. eod. an detur iſta curatori in furioſum. 376. quatenus competere dicatur hæredi & in hæredem. 377. eius indocendæ ratio quæ. 378. an illa mandati concurrere poſſit cum actione negotiorum geſtorum. 379. an detur aduerſus eum negotiorum geſtorum, qui pecuniam vel quid aliud ad me perferendum acceperit. 381. quid ſi lucri ſui cauſa, aut ſuum tanquam meum geſſerit. 381.381.383. an debeat habere eam de peculio ex ſua geſtione, qui negotis geſſit eius, quem ſui iuris eſſe putabat. 383. vtra harum detur, de peculio an negotiorum geſtorum, ei qui contraxit cum filiofamilias, vel ſeruo pubere, de quorum peculio nihil ſuperſit quamuis locupletato. 384. 1. 2. Quomodo teneatur quis negotiorum geſtorum actione, ob ea quæ non geſſit. 386. 1. 2. Iniuriarum, vnde naſcatur. 390. 2. Negotiorum geſtorum, ſucceſſori captioi & in ſucceſſorem num detur. 393.394.2. Vtrùm competat, intercedente mandato libero homini facto, qui bona fide ſeruiebat. 400. 1. 2. An pro re perempta, & cuius emptio nullam vtilitatem attulit, contraria dari poſſit. 404. 2. An illa negotiorum geſtorum magis plena eſſe poſſit, quàm dotis, contrà maritum. 402. 403. 1. 2. Quando concurrat cum pignoratitia. ead. 2. Directa & vtilis negotiorum geſtorum quæ intelligatur. 418. 2. Ad quadruplum intra annum, & ad ſimplum poſt annum calumniæ cauſa. 434. 435. Quòd metus cauſa, an in rem ſcripta aut mixta ſit. 450.451.1. In quo differat ab actione de dolo. ibid. Famoſa de dolo an concurrat cum non famoſa. 458. 2. Vi bonorum raptorum non datur in hæredem. 460.461.2. Quòd metus cauſa non datur hæredi niſi ad eum peruenerit. 461. 463. Quanto tempore illa duret. 454. 463.464.2. De dolo, cum quibus aliis poſſit concurrere. 469. 1. Illa ex ſtipulatione nunquam famoſa eſt, & quare. 470. 3. In quo differat illa de dote ab actionibus empti & venditi, aliiſque ſimilibus. 473.474. De dolo, an neceſſaria ſit, cùm res deterior tradita fuerit. 475. 2. Ad exhibendum, detur etiam aliis quàm dominis. 476. 2. Ad quid parata eſt illa de dolo. 483. 2. Arbitraria eſt. 491.1. An poſſit dari contra eum qui peierans abſolutus eſt. 496. 497. 1. 2. Quænam ſit illa quæ poſt capitis diminutionem competit. 592. 593. 2. Domino in ſeruum. 599. 600. 2. Cur illa de dote non pereat capitis diminutione. 601.602. 1. Aquæ pluuiæ arcendæ ad quid detur. 658. 2. Qualis ſit illa quæ datur aduerſus eum qui dolo malo alienauit. 659. An ſit pœnalis. 666.1. In quos detur, & quando. ibid. & ſeq. 1. An ceſſet in eum qui eam ipſam rem quam alienauit poſtmodum receperit. 668.1. Quænam detur in nautas, caupones & ſtabularios. 739. 1

Actionem exerceri apud aliquem magiſtratum, & eſſe legis actionem differunt. 9.10.2

Actiones honorariæ cur Iuris Ciuilis eſſe dicantur. 3. 4. 2. prætoriæ & honorariæ differunt. 9. 10. 2. in factum & præſcriptis verbis cur inuentæ. 10.11.2. An plures inter eaſdem perſonas exerceri poſſint in iudicio. 92. 1. Prætoriæ & pœnales, nec hæredi, nec in hæredem, nec poſt annum dantur. 109. 116. 117. 1. Perſonales paſſiuæ legari non poſſunt, ſed neceſſariò ſequuntur hæredem. 159. 1. Vnde omnes ſuam formam accipere ſoleant. 169. 1. Vtiles cur ita appellentur, & quare potentiores ſint directis. 188. 2 Quænam per pactum iure tollantur. 189.190

Actionum formulæ & impetrationes à quibus ſublatæ. 9.10. 1. Earum dandarum aut denegandarum ius ad quos tranſlatum, ead. 2

Actionibus vtilibus tenetur qui ciuitatem amiſit, & bona retinet. 20.2

an Actionum pœnalium alia aliam conſumat. 115.116. 1.2

vt Actor mittatur in poſſeſſionem bonorum aduerſarij, an eius latitatio ſufficiat ſine condemnatione. 107. 108. an ei nihil abſit, licet quis vocatum in ius vi exemerit. 115.116.1. Vtrùm ei ſuccurratur qui fideiuſſorem accepit eum, qui non potuit obligari. 123.1 an in eius vtilitatem poſſit committi ſtipulatio, quæ nec ab actore ipſo, nec ab eius procuratore fuit interpoſita. 125.126. 1. 2. an ille cui debetur editio ex edicto Prætoris, cogendus ſit, vt pro editione accipiat quanti ſua intereſt. 161.1. Num ille ciuitatis poſſit procuratorem conſtituere. 364.2. Quod ſit inhabilis datus à corpore vel collegio, duplici in culpa tribuitur ei. 367. 368. 2. Qualiter conſideretur. 369.2. Quomodo conſtitui debeat pro vniuerſitate ead. 1.2.& ſeq. quatenus dari poſſit ad litem futuram. 370. 1. an cogatur defendere, & de rato cauere. ibid. & 371. 1. an mutari poſſit. ibid. an acquirere actionem vtilem vniuerſitati. 373. 2. Quid conſequatur per actionem quod vi metúſque cauſâ. 453. 454. 2 an ei obſit, quòd tempore litis conteſtatæ nihil peruenisse ad hæredem inueniatur, ſi modò antè peruenerit. 462.1.2. non poteſt ignorare à quo circumſcriptus ſit, nec in qua re. 490, 1. Cur ei detur reſtitutio contra captiuum ab hoſtibus reuerſum. 630. 2. Quantum eius interſit ne res quam petit aut petiturus eſt alienetur iudicij mutandi cauſâ. 656.2. vel etiam in qua prouincia litiget. 657.1. ſi ſeruos quem à poſſeſſore petiturus eſt ſit manumiſſus. 658.1. ſi aliena ea res, fuit vſucapta ab emptore. 660.661

Actus manumiſſionis an ſcindi poſſit aut debeat. 68.2

Actus non operantur vltra intentionem agentium. 37.2

Affinitas ſuperueniens poſt litem conteſtatam, num ſit iuſta cauſa mutandi procuratoris. 321.1

Affinitatis ius quale. 5.6

Abrogationis ius an pacto amitti & repudiari poſſit. 224.225.
Aditio hæreditatis & agnitio bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, in quo differant. 125.126. 2. Illa hæreditatis etiam ſuſpecta fit quocunque tempore. 248.1.
Adiudicationes, quæ fiunt in iudiciis mixtis, tuetur prætor, & quomodo. 173.174
Adminiſtratio procuratoris Cæſaris generalis quidem eſt, ſed non libera. 85.1
Quatenus Adminiſtrationem bonorum habentes alienare poſſint. 352.3
Admiſſio legati quatenus noceat filio. 567.568
Adoptio facit filiumfamilias, & quare. 51.2. In ea requiritur authoritas principis & magiſtratus. ead. 1. Quomodo fiebat olim, quomodo nunc. ead. 2. Vnde pendeat eius ſubſtantia. 52. 1. Eius vſus quare inuentus. 55.60. 1. Nepotis ex filio viuo, & in poteſtate, an fieri poſſit. 53. 1. 3. Eius effectus qualis eſt. ead. 1. In ea requiritur cauſæ cognitio. 54.55.2. Adnationem facit & cognationem. 56. 1. Actus legitimus & ſolemnis. ibid. à patre data non verbis, ſed alio modo, an valeat. 57. 1. Vtrùm in iis habeat locum, qui vxores non habent. 58. 1. Eius confirmatio à quo fiat, & quomodo. 60. 1. Quoto anno. ibid. An mutet dignitatem. 66. 2. Non tollit iura ſanguinis, nec etiam pietatis naturalis. 1.2
Ex Adoptiuo natos adoptiui locum obtinet. 57.1
Adrogati quomodo tranſeant in familiam adrogatoris, etſi non rogantur. 52.60
Adrogatio pupillorum ex cauſa permitti debet. 55. 1. Non finitur morte adrogatoris. 56. 2. Num fiat in inuito. 57. 2. An præmittenda ſit tutori pupilli ſui. 59.60.1. Liberti prohibita eſt, & quare. 111.1.2
Vtrùm Adrogatori, finita adrogatione, reſtitui debeat actio. 594.595.1
Adrogatus, cùm ſit filiusfamilias, neque tutorem, neque teſtamentum habere poteſt, & quare. 55. 1. Vtrùm poſſit reſtitui contra adrogatorem. 514. 3
Aſſeſſoris officium quàm latè pateat. 88. 1. Comitis nomine intelligitur. 89. 1. Eius officium non egreditur auditorium, in quo aſſidet. ibid. Vtrùm ipſe vltrà tempus conceſſum aſſidens Reipub. cauſà abeſſe dicatur. 650.651.1.2
Aſſidens curatori Reipublicæ, ſalarium nullum habet. 89. 2.
Ad tempus conceſſa, videntur poſt tempus prohibita. 77.78.1.2.
An ſit in Aduerſarij poteſtate apud quem, quando, & de qua re litiget. 94.1.2
Aduerſarius non mutatur, cùm interuenit defenſor, & quare. 108.3
Vtrùm ab Adultero deprehenſo pecunia extorqueri poſſit. 423.424.1.2. An illi reſtituatur. 446.2
Aduocati Principis ſunt publici accuſatores. 82.2
Aduocatorum vſus an ſit neceſſarius in Repub. bene conſtituta. 13.14.77.78
Aduocatus poteſt palmarij nomine pro ſingulis cauſis paciſci vſque ad centum aureos. 240. 2. Puer minor decem & ſeptem annis, non poteſt eſſe. 276.1.1. nec ſurdus. 277.2. Quid ſit, & in quo caſu detur aliquando à prætore, ead. 1.2. Fœminæ prohibitum. 278.1 Cæco. ead. 2. ei qui corpore ſuo muliebria paſſus eſt. 279. 1. 2. Capitali crimine damnato. 280. Et qui operas ſuas, vt cum beſtiis depugnaret, locauit, niſi fera ſit aliqua, quæ regioni noceat. ibid. & 2. quid ſi ipſe tutelam vel curam adminiſtrat. ibid. *Vide reliqua in dictione*, Poſtulare.
Ao Ædificia quæ ſunt ad littus maris ſint communia. 62.1.
Ædificiorum refectio pertinet ad Reipublic. vtilitatem. 83.1
Ædificium vi deponens reſtitutione iuuandus. 449
Ædiles Curules quare creati: eorum officium & munus. 19. 20.
Ædiles Cereales, qui, à quo conſtituti, vnde ita dicti, 21 1. 2. eorum in Rep. vtilitas. ead. 2
Ædiles primi fuerunt ex plebe. 10.11.2. Quare creati. 15.16.1. Cur ita dicti. ead. 2.
Æditituum ius quale. 4. 2
Æi à Sanctâ lege patronus, qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittit iura patronatus. 101.1
Ælij duo Iuriſperiti ijdemque Conſules. 23.24
Æmulatio maximum Iuriſprudentiæ malum. 27.28.1
Æquitas naturalis nonnunquam à ciuili abhorret. 5.6
Æquitas rationem potiorem eſſe quàm iuris, quomodo intelligendam. 54.2. Naturalis pugnat cum æquitate ciuili in pactis. 165. 2. Omnis naturalis non ſufficit ad conſtituendum ius naturale aut gentium. 205.215. 2. Pacti temporalis non poteſt perpetuam parere exceptionem. 240.1
Æſtimationem quæ habeant. 64.1.2
Vtrùm Ætas excuſet quempiam, qui non edidit, cùm edere deberet. 151.1.2
Ætatis probatio an differri poſſit, cùm pleniſſimam cauſæ cognitionem requirat. 147. 1. Probationes quænam ſint. 569.1. Quatenus eius ſuffragio minores adiuuentur in delictis. 575.576.2. Quæ Affectio geſtoris excludat actionem negotiorum geſtorum. 425.2.
Agere, eſt in poteſtate cuiuſque quando voluerit. 83. 1.
Agere & petere confunduntur ab interpretibus. 183. Aliud eſſe oſtenditur. 401.402.1
Agere ſimpliciter aliud eſt, quàm agere lege nomine alieno. 310.311.2
An Agere poſſit aliquis ſuo nomine & cauere alium ratum habiturum. 335.1
Agnatio, ex Accurſio, per minimam capitis diminutionem non tollitur. 598.599.1
Agnationis iura quomodo acquirantur. 52.2
Agnitio pro poſtulatione eſt. 96.1
Agnitio bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, quomodo differat ab aditione hæreditatis. 125.126.2
Album prætoris corrùmpere an eius intereſſit aut Reipublicæ. 20.3
Ali pro vti. 9.1.2
An Ali debere pronunciatus, ideò pro filio haberi dicatur. 50.1.2
Quare Alienans cauſa iudicij mutandi teneatur de vexatione quam facit nouus poſſeſſor. 657.2. Quantum intereſt vt paratus ſit ſuſcipere iudicium vtile vindicationis, an verò ſuſcipiat inuitus. 659.660.1.2
An Alienare credendus ſit, qui omittit dumtaxat poſſeſſionem. 661.662. 1. An qui alienam rem vendidit. 806.807.1
Vtrùm Alienatio permiſſa ſit procuratori, cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt. 359.1. Illa loci in quo opus factum, cuius nomine interdicto quòd vi aut clàm, vel alio tenetur, quantum noceat. 658.1. Eius ſignificatio propria, & generaliùs ſumpta. 663.668.1. An fieri dicatur per hæredis inſtitutionem & legatum. ibid. An non videntur facta per redhibitionem. 668.669.1.2.
Alienationem cuilibet domino rerum ſuarum liberam eſſe, intereſt Reip. 228.229.1
An Alimenta poſſint relinqui per donationem inter viuos. 255. 1. Et de illis tranſigi. ibid. Item & mortis cauſa. ead. 2. quod non debeant per tranſactionem intercipi, quomodo intelligatur. 256.257.1.2. Eorum præſtatio minutior eſſe quæ intelligatur. 258. 2 An ſemper cùm vita finiantur. 259. 2. Vtrùm antiquius eſt debitum, legari an alimentorum. 264.2
Alimentorum fauor perpetuus eſt. 149.3

Alimen

Alimentarij & Emphyteutæ diuerſa ratio in fundi alienatione plurium. 260.2. An pignus remittere poſſit. 260.261.1.2. Alia item eſt ratio eius cui ſolutum eſt indebitum ex cauſa illicitæ tranſactionis, & eorum qui condictitiâ tenentur. 264. 1. Verùm aduerſus eum, quamuis locupletiorem factum, detur repetitio. ead. 2.
In Alterum lædere, præcepto, præcipua iuſtitiæ pars conſiſtit. 5.1.2
Verùm Ambiguitas pacti conſenſum illum ad perfectionem eius neceſſarium tollat. 228.229.2
Ambiguum & obſcurum quomodo differant. 229. 230. 2.
An Amicus abſentis condemnati cauſam non prouocans culpam contraxiſſe videatur. 410.411.1.2
Amiſſio ciuitatis, quænam capitis minutio eſſe dicatur. 596.597.1.2.
Animalia quomodo iuris capacia eſſe dicantur. 1.2
In Animalibus ſunt quædam ſemina & ſcintillæ religionis. 1.2
Animus malus in facto, quòd boni ſpeciem præ ſe fert, quomodo dignoſcatur. 80.1
Annonæ cura præfecto vrbi data. 70.2
In quibus Annus vel dies cœptus habeatur pro completo. 277.508.1.2
In Annalibus actionibus ſemper vtilis non continuus intelligitur. 434.435.2
Antonius qua ratione populum ad vindicandam, C. Cæſaris necem concitauit. 18.19.2
Aparctes dicuntur vulgò enneepii, & quare. 46.2
Quando Apparitor vim facere dicatur. 467.1
An Appellare à præfecto prætorio liceret. 68.1
Verùm Appellari poſſit à dilatione facta per iudicem dandi actionem. 634.635.2
Appellatio & reſtitutio in integrum in quo differant. 583. 2. Optimum auxilium aduerſus magiſtratuum iniuriam. 18.19.1
Inter Appellationem & reſtitutionem euidens eſt ratio diuerſitatis. 548.549.2
Appellationum vſus quare introductus. 124.125. 295. 296. 2.
Appius Claudius cæcus erat priùs quàm Senator fieret. 296. 2. Actiones ad formam redegit. 20.21.22. 23.1. Vir probus. 19. Centimanus appellatus. 22.23. 2 Opera. ibid.
Appij Claudij decemuiris improbitas. 17.18.19.2. Hic prior tempore cæco, ead. 2. Vtriuſque comparatio. ibid.
Appius Claudius literæ R. inuentor. 22.23.2
Approbatio fideiuſſoris per arbitrum facta, an diffinitiuæ ſententiæ loco habeatur. 124.125.2
Aqua profluens differt ab ipſo flumine. 62.2
Aquilianæ ſtipulationis vſus neceſſarius & commodiſſimus. 294.1.2. Quomodo perimatur. 250.1. Verùm in eam deducantur legata conditionalia. ead. 2. An interpoſita debeat eſſe captioſa ei qui per dolum & fallaciam cohæredis deceptus fuit. 267. 2. Verùm poſt eam & acceptilationem, pœnalis ſtipulatio adhibita valeat. 274.275.1.2
An Arbiter ex Compromiſſo infamiam irroget. 303.1. Eius ſententia in quibus poſſit caſibus patère exceptionem rei iudicatæ. ibid. Quo caſu ſententiam dicere ſit cogendus, vel non. 674. 675.1. Quomodo fiat ei iniuria tanquam arbitro. 681. 1. Non eſt cogendus, ſi alter promiſerit, alter non. 681.682.1. 2. Si conditio non extiterit. 682. 683. 1. An cogendus à iudice ſententiam pronunciet. 685. 1. Niſi iuret ſibi de cauſa non liquere. ead. 2. Poteſt diem ſtatuere, ſi omiſſa ſit, ex conſenſu litigantium. 686. 1.2. Quænam illum excuſent à ſententia dicenda. ibid.687.1. An cogendus ſit pronunciare contra eum qui bonis ceſſit. 688. 1.2. Nullus ex pluribus abeſſe debet cùm ſententia danda eſt. 689.1. & quare. 692. 2. Quare duo arbitri tertium eligere cogantur à prætore. 691. 1.2. An ratum habendum ſit quòd à duobus iudicatum eſt, abſente tertio. 692.1.2. An ſit aliqua differentia inter illos & iudicem quantum ad litigatores. ibid. 2. Quando videatur boni viri partes impleuiſſe. 693.2. An mutare ſententiam poſſit, & diem. 694. 5.2. Verùm & corrigere. ibid. An poſſit dare diem ſolutioni. 696. 1. An cogendus ſit etiam poſt diem compromiſſi. 698. 699.2. An locum ſtatuere poſſit, in quo adeſſe debeant litigatores. 694.1. Non eſt legis miniſter, ſed potiùs litigatorum. 701. 2. An liceat illi nouas nouo compromiſſo inijcere conditiones. 704.705.1. Verùm abſens vel per nuntium, vel per epiſtolam diem prorogare poſſit. 706. 2. An cogatur ſententiam dicere, ſi pœna commiſſa ſit. 715.1 An excuſari debeat à ſententia ferenda Sacerdotio obueniente. 716. 1. An cogatur ſententiam dicere, ſi homo mortuus ſit. 717.2. Verùm vnus cæteris abſentibus iudicare poſſit. 722.1. Vnde habeat poteſtatem. 723.1. Verùm contumaciam litigatoris punire poſſit. 728.1. An quis poſſit eſſe de re ſua. 735.1
Ab Arbitris, ad fideiuſſores probandos conſtitutis, an appellare liceat. 124.125.1.2
Arbitrium quid ſit. 455. 2. Quando abſolutionem afferre dicatur, ſi metus adhibitus proponatur. ead. 1.2. An illud iudicis præcedere debeat in actione de dolo. 492.493. 1. Illud ſuſcipere num quis cogi poſſit. 673.674.2
In Arena poteſt fieri venatio. 279.280.2
Argentariam exercere num poſſit ſeruus. 253.154.1
Argentariorum cognitio cuius ſit iuriſdictionis. 70. 71.1
Argentarius cogitur ad editionem rationum quas confecit. 152.153.2. Quo loco. 154.1.2. An aduerſus eum detur actio ad id quod intereſt. 156. 1. Verùm illius ratio pertineat ad mandatorium. ibid. Ei prætor iubet edi ex cauſa. 157. 1. à nummulario quî differat. 159.1. Eius officium & miniſterium publicam cauſam habet. 160. 1. 162. 1. An vnius factum alteri prodeſſe aut nocere debeat etiam ſocio. 203.
Argumentum ab etymologia quomodo valet. 5.1
Athenienſes quo iure potiſſimum vtebantur. 4.5
Verùm Athletæ infamiâ notentur. 292.1
Attilius iuris profeſſor, ſapiens cognominatus. 23.24
An Auguſta legibus ſoluta dicatur. 38.2
Auguſti Cæſaris laus. 12.13.1
Auli Caſcellij modeſtia. 26.1.2
Auo mortuo, filij recidunt in patris poteſtatem. 49
Cur Auxilium commune appelletur reſtitutio ab Vlp. 545.2.

B

à Balneo in ius vocari licet. 107.108
Barbarius Philippus prætor deſignatus, cùm ſeruus fugitiuus eſſet. 72
Bella an ſint contra rationem naturalem. 2.3.1
Belli & pacis differentia. 15.16.1
Bellum inter homines geſtum eſt iuris gentium. 2.2.3.1
Beneficium id verè eſt quòd vltro conceditur. 29.2
Beneficium religionis obueniens procuratori excuſat eum à ſuſcipiendo officio, & quare. 320.2
Bibere non eſt iuris naturalis. 2.1
An qui Bona nulla habent, poſſint ſibi, ſi acquiſitionis capaces ſint, aut alijs acquirere. 41.2. Et liberi neceſſariò ſequuntur caput illius qui adoptatur. 54.1. Illa pupilli, quæ habuit tempore adrogationis, ſunt obnoxia reſtitutioni ex promiſſione adrogatoris. 56.1 Ad quem pertineant, quæ habuit ante adrogationem. ibid. mobilia in prædium vrbanum illata num poſſint tacitè

tacitè obligari. 165.166.1. Etiam ignorante locatore. ead. 2.

Bona tetinens amiſſa ciuitate vtilibus actionibus tenetur. 10.2

Bonitarium dominium & quiritarium. 113.2

Bonum omne eſt ex cauſa integra. 6.7.1

Bonis ſtupri metus maior eſt quàm mortis. 18.19.2

Bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas alia eſt cum re, alia ſine re. 125.126.1.2. Eorum poſſeſſionem date, an mixti ſit imperij, aut iuriſdictionis. 90.1. Eorum omnium amiſſionum ſit iuſta cauſa propter quam denegari debeat reſtitutio actionis. 600.601.1

Briſſonij laus. 14.1

Brutus primus libertatem & conſulatum inſtituit. 9.1.2.

Brutus iuris profeſſor. 24

C

CVr Cadauera inſepulta non iaceant. 63.2
An Cadaueris illatio faciat locum religioſum. ibid. 1.

Cæco poſtulate non permittitur, & quare. 278.2. An magiſtratus gerere. 279.2

An Cæcus adoptare poſſit. 53.1

Quare Cæſar poſſit hæreditatem adire per procuratorem. 85.2

C. Cæſaris odium & cædes vnde. 15.16.2

Calamitas matris non debet nocere ei, qui in vtero eſt. 44.2.

Calceatium alimentorum appellatione continetur. 260.2.

Caligati milites qui dicantur. 289.1

Caligola Imperator vnde nomen ſumpſit. ibid.1

De Calumnia iurandi neceſſitas num ſit ei, cuius nulla calumnia probatur. 123.124.1

Calumniæ cauſâ liberationem ab obligatione accipiens, tam turpiter agit: quàm ſi pecuniam acciperet. 431.1 Item cui pecunia gratuitò vtenda datur. ead. 1. Minoris conducens & emens. ibid. ſiue per ſe, ſiue per alium id faciat. 432.1.2

Calumniator vtrùm infamia notetur. 294.1.2. differt à litigatore temerario. 295.296.2

In Calumniatorem quæ & cui actio competat. 429.1. 432 & ſeqq.

Cancellatio num inducat pactum de non petendo & probationem ſolutionis. 164.165.2

Candidati principes qui dicebantur. 71.2

An Capite minuti agere & conueniri poſſint. 592.593 Naturaliter manent obligati. 593.594.1. An delictis exuantur. ibid.

Capitis minutio nihil commune habet cum dignitatis amiſſione. 65.1. An impediat honorem patrono debitum. 102.103

Quatenus Captis à latronibus ac prædonibus ſuccurratur. 608.609.1

An Captiuitas poſſit impedire quominùs is qui captus eſt, poſſeſſionem ſuam contineat. 621.625.1

Captiuitates atque ſeruitutes cur inductæ ſunt. 3.2

Vtrùm Captiuus ab hoſtibus reuerſus indigeat reſtitutione ad poſſeſſionem recuperandam. 628.629.1.2

Carcer furioſis datur ad cuſtodiam, non ad pœnam. 82.2

Carcere detentis quatenus deneganda non ſit reſtitutio. 608.609.1.

Carceres priuatos in rep. nemini habere licet. 15.2

Carfania dedit locum huic edicto, quo fœminæ poſtulare prohibentur. 278.2

In quibus Caſibus æquiùs poſſit ſubueniri fideiuſſori quàm creditori. 541.542.2

Caſtigatio differt à coërcitione. 93.2

Caſtratus an poſſit adoptare. 52.2

Caſus filij non aufert nepoti quòd habet ille ab auo, non à patre. 66.1.2

Caſus duo, in quibus actio ex vendito locum habere contra emptorem non poteſt ob dolum qui in venditione interuenerit. 474.1.2. Duo autem, quibus permittere ſolet Princeps in auditorium ſuum induci eum, qui per infirmitatem ætatis captum ſe dicat. 549.2.

Cato Cenſorius. 15.2

Caupones num poſſint ſe exonerare vbi ſemel receperint. ibid. Qui hoc nomine intelligantur. 738.1. An viatorum factum præſtare debeant. 739.2. Excipiuntur, ſi vis maior facta ſit. 741.1

Caupones cuſtodiæ nomine tenentur. 743.1.2. Etiam iis quos gratis receperunt. 747.748.2. An pro iis qui repentino hoſpitio in caupona excipiuntur. 745.1

Cauſa conuentionis quid ſit. 168.169.1

Cauſa vrgens præſentis pecuniæ ſit alimentario. 258.2.

Cauſæ cognitio plena non tantùm prætorem requirit, ſed etiam tribunal. 76.77.2. An requiratur in actione de dolo contra hæredem. 498.499.2

Cauſidicus & Iuriſconſultus differunt. 27.1

In Cauſis criminalibus vtrùm plures dilationes dandæ ſint, quàm in ciuilibus. 150.1.2

Cautio iuratoria quæ dicatur. 122.2

An Cautio hæredis ſcripti poſſit date actionem legatariis aut manumiſſis aduerſus eum qui iure legitimi hæredis poſſidet hæreditatem. 248.1. De rato neceſſaria eſt aliquando procuratori. 333.2. 335.1. Quo caſu præſtari debeat ſimul cum cautione iudicatum ſolui. 337.338.1.2. De rato inutilia ſemper eſt. 339. 340.2. Eius vſus quare introductus. 345.2. An illa de rato ſufficiat ſine mandato ad petendum reſtitutionem. 562.563.1.2

Cautionis iuratoriæ vſus quando. 131.1

An Cautionis redditio & chirographi à creditore facta inducat remiſſionem tacitam debiti. 164.165.1

Celeres iidemque equites. 14.1

Cenſus Equitum & Senatus diſtincti. 29.2

Cenſores qui dicebantur, & vnde dicti. 15

An Cenotaphium ſit religioſus locus. 63.1

An Centurio dimitti debeat de exercitu ignominiæ causâ. 289.2

Chirographi recognoſcendi gratiâ poteſt quis quocunque loco, & apud quemcunque iudicem conueniri. 641.641.2.

Ciſtiberes pro magiſtratus, qui & vnde dicti. 20.22.2.

Citatio quibus & quo tempore fuit. 100.2

An Ciuitas date poſſit procuratorem. 364.1

Ciuitas quo amplior eo magis legibus indiget. 7.8.1

Clandicare compromiſſum quomodo diceretur. 734.2.

Clauſula generalis quomodo intelligatur in L. inter eos. 647.1.2.

Codicillorum vſus à quo repertus. 26.2

Codicilli conſtituunt non minùs ſpeciem voluntatis, quàm teſtamentum. ibid. Quatenus ſint pars teſtamenti. 269.2

Coërcere verbum quid ſignificat. 15.2

Cognati vnde dicti. 3.2

Cognationis ius quale. 6.7.1

Vtrùm Cognitio de alienandis rebus minimorum ſit iuriſdictionis, & mandari ſpecialiter poſſit, aut etiam transferri mandata iuriſdictione. 86.1.2. Item & ſuſpecti tutoris. 87.1.2

Cognitio de criminibus quibuſcunque habetur quouis tempore. 150.2

Cognitio & actio opponuntur. 331.332.1

Cognitio procuratoris mutandi cuius ſit. 323.2

Cohæredes an plures procuratores date debeant. 343.2

Cur

Cur Cohæredibus, de quibus tacitè videtur conueniſſe ne ab iis petatur non detur exceptio pacti. 223. 224.2
Collegia illicita quæ dicantur. 70.2
Comes ſtabuli idem qui olim Tribunus celerum. 14.1
Comitia è campo ad Patres primus tranſtulit Tiberius. 7.8.1.11.12
in Commeatu agere aliud eſt, quàm ire ac redire in commeatu. 650.1
in Commiſſum vectigalis incidere qui dicantur. 533.1
Committere alij iuriſdictionem ſibi mandatam an liceat. 86.2
Commune quòd eſt, publicum dici poteſt, non contrà. 64.2.
Quomodo omnia Communia eſſe dicantur iure naturali. 62.1
an Communi diuidundo actio, cùm ſit duplex & mixta, ſeparanda ſit quantum ad iuriſdictionem. 93.1
Quatenus Compenſatio fiat ipſo iure, & vim ſolutionis habeat. 238. 1.2 Negotiorum geſtorum quomodo fieri debeat. 375. 376. 2. Quo caſu fauore digna ſit. 389.390.1. Reprobata quid ſit. ead. 2. An lucri & damni fiat inter negotiorum geſtorem & eum pro quo ipſe geſſit. 393.394.2
Compromiſſum quomodo dicatur redactum ad inſtar iudiciorum. 672 674. Quomodo item pertinere ad lites finiendas. i-d. 1. Ea en non naſci exceptionem, ſed pœnæ petitionem, vt intelligatur. ead. 1.2. In minore quatenus locum habeat. ibid. & 674.1. Cur in eo ſit pœnæ adiectio. ibid. & 675. Factum vt vel alterutrius ſententia valeat, quis cogendus. 678. 2 Quid ſi in ſeruum, pupillum, furioſum, ſurdum aut mutum. 679. Valere poteſt, etiamſi neque pœna, neque aliud pœnæ nomine promiſſum ſit. 681.2. An ſit pactum nudum. ibid. & 682 1. Cur in eo ſtipulatio ſoleat exigi. ibid. Quo caſu plenum eſſe dicatur. 386 684.697.706. Neceſſaria eſt illi diei adiectio, quæ ſi omiſſa ſit, ab arbitro ſtatuenda eſt. 686.1. Cur eius vſus introductus. 687.1.728.2. Num poſſit illud valere, *vt quòd Titio diſceptatori placet, id Seius pronunciet.* 689.2. Vtrùm ſi ita conceptum ſit, *arbitratu Titij, aut Seij.* ibid. & 690.2. *Vt ſi diſſentirent, tertium aſſumant.* ead. 1.2. Quatenus prorogari debeat. 697.1. An quòd de vna re tantùm factum eſt, plenum dicatur. ead. 2. Vtrùm morte ſoluatur. 706. 707. 1. Iudicio ſoluitur, ſed non impunè. 722.1. An diſtinguatur in illo, minor an maior ſit pœna, quàm res de qua agitur. 715.1. 2. Vtrùm poſſit fieri de famoſis & criminalibus. 717.1. An de fideicommiſſaria libertate. 718.1 Vtrùm tranſeat in hæredem. 723.724.2. Eius obligatio mutua eſt, nec debet claudicare. 734.2
Concepti vulgò poſſunt ſuccedere matri, non tantùm ab inteſtato, ſed etiam contra teſtamentum, propoſita querela. 46.1
Condemnatio furis & raptoris longè diuerſa eſt. 294.1 Alieno nomine irrogata non reddit quempiam infamem. 295.296.1. Quomodo differat ab abſolutione, in iudiciis arbitrariis. 455.456.1. Ex ea poteſt filiusfamilias conueniri. 509.510.1. Quatenus ſeparanda eſt ab executione rei iudicatæ. 519.1
Condemnatum reſtitui aduersùs rem iudicatam, vt ex integro de cauſa cognoſcatur, & abſolutio ſequatur, aliud eſt, quàm reſtitui aduersùs pœnam citra abſolutionem. 281.282.2
An Condemnatus actione quòd metus cauſa, cæteros omnes liberet, cùm ſoluit. 458. 459.2
Condictio ſoluti impeditur in ſeruo, & quare. 219.220 2. Ex mutuo nata, vnde cauſam habeat. 260. 2. Indebiti aduersùs quos competat, & vnde naſcatur. 385 2. Vtrùm illa ob turpem cauſam poſſit competere, etſi prætor introduxerit prætoriam. 432.433.1. Cur competat, ſi alius pro me numerauit. 433.1
Condictiones num ciuiles ſint, an naturales aut iuris gentium. 264.1.2
Conditio ſeruorum pretioſiſſima omnium quæ fuit. 84.2.
vt Conditio pro impleta habeatur, quid requiritur. 621.622.2.
Quatenus Conditio ſit melior eius qui caret dolo. 632.1.2.
Cur Conditio abſentis reipub. cauſa ſit melior quàm minoris. 652
an Conditiones ſint ſupplendæ in ſtipulatione. 166.2.
Quatenus Confeſſio facta in carcere non valere dicatur ab Accurſio. 465.466.2
an Confeſſionis & pacti aliqua ſit vtilitas in cauſa appellationis. 230.1.2
Confeſtim agi mandans, quid intelligat. 555.2
Confuſio actionum quatenus intelligatur fieri pro hæreditariis portionibus. 270.1
Coniunctæ perſonæ poſſunt ſe inuicem defendere & agere ſine mandato, ſed non ſunt ob id verè procuratores. 331.332.1.2
Coniunctio matrimonialis ſola fit cum ratione. 2.2
Conſanguinei quatenus præferantur extraneis in venditione aut licitatione. 244 245.2
an Conſanguinitatis ius ſit inter nepotes, mortuo auo, quorum vnus in nepotis loco adoptatus fuit. 61.1
an Conſenſus filij requiratur in adoptione. 52. an & omnium agnatorum, ibid. 32. 33. 1 an curatoris. 53. 1.2
Conſenſus in præſentem prætorem per errorem factus, nullus eſt. 93.94.1.2
Conſenſus priuatorum formam iuriſdictionis mutare non poteſt. 110.2
Conſilium exercere, non iuriſdicandi officium eſt, ſed magiſtratus. 86.2
Conſiliorum Collegia tot ſunt in Hiſpania, quot regna & prouinciæ eius dominationi ſubiectæ. 21.2
Conſuetudo vnde introducta eſt, & vim habeat. 39 1.2.40.1.2. Quomodo habeat vim legis, & quantum temporis ad id requirat. 9.2.39.40.1. In quibus obtineat. ibid. id eſt, niſi ſit contra leges. 81.2. Prouincialis non eſt mutanda à proconſule. 75.76.2
Conſuetudines ſcriptis mandari neceſſe eſt, & quare. 40.1.2.
Conſtituti & pacti differentia ex Cuiacio. 115.116.1
Conſtitutio D. Marci, quæ locum habet etiam in ſeruis donatis, repræſentat factum hominis. 46.2
Conſtitutiones principum vnde ita dictæ. 12. 13.2. an ſint lex. 13.14.2
Conſulares fœminæ quæ dicantur. 65
Vtrùm Conſularis vir iure defenſoris ſatiſdare iubeatur. 352.353.354
Conſules quid, & vnde dicti. 14. Cur duo creari non vnus. ibid. 1. Apud eos quare manumitti poſſit. 67.1 An poſſint inter ſe diuidere adminiſtrationem. 68. 2 Cui neque vitam, neque libertatem adimere poterant. 15.2
Conſules cur ſæpè creari voluerunt Imperatores. 14.2.
Conſultum omne prudentum non eſt lex, omnis verò lex eſt conſultum prudentum, & quare. 31.1
Conteſtatio litis neceſſaria eſt interdum, vt perpetuetur actio, & ad hæredem aut in hæredem tranſmittatur. 83. 2. Vtrùm ſufficiat ad perpetuandam actionem. 146. 147. 148 1 an fieri poſſit ex ſtipulatione nondum commiſſa, aut potiùs ſtipulatio ſeipſam committet. 181. 2
Contra legem fieri quid, quando dicatur. 38. 1
Contractum re perfici aliud eſt, quàm actionem ex re proſi

proficiſci. 163.164.1 conſenſu perfici, non aliud eſt. ibid.
Contractus & conuentio vti ſe habeant inuicem. ibid.1 cur nominatus & innominatus. 168. 2 an ex eo naſcatur actio in factum prætoria, & de dolo.168.169 1.2 an in quo differat à pacto. ibid. 2 vnde formam ſuam accipiat. 169.171.23.24. vtrum iam perfectus poſſit formari, etiamſi pactum incontinenti appoſitum ſit 170. 2 an poſſit diuidi. 172.1 renouatus quis dicatur à Paulo. ead. 2 an dolus aliquis in eo ſit permiſſus. 173.174 eius differentia qui conſenſu perficitur cum pacto falſa eſt, & quare. 207. 1.2 cum vltimis voluntatibus, quæ eſt Accurſij, non admittenda. 208. 209.1 cuius ſit legem illius conſcribere. 229.230.1 quæ dicantur præter eius naturam in pacto. 232.233.1 an pro parte reſolui poſſit. 242.1.2 in quo differat à pacto. 243. 2 an magis tolli poſſit ſolo conſenſu, quamvis rebus adhuc integris, quàm ſi integræ non eſſent. 244. 1 vnum eſſe quando intelligatur. 397.2 an tot ſint in actione negotiorum geſtorum quot ſunt negotia. 398.1.2 quatenus conſiderare debeant facti cum matre, quæ filij negotia gerit ſecundùm patris voluntatem. 412.413.414.
cùm aliquos Conſenſu perfici dicimus, quomodo intelligendum 443.444.2 an ab eis, qui bonæ fidei dicuntur poſſit abiri.464.465.1 quidam ſunt in quibus licet naturaliter contrahentibus ſe decipere. 468.1 quando ex illo bonæ fidei competat actio ad dolum vendicandum. 502.503.2
in Contractibus nominatis non fit tranſitus ab vno contractu in alium. 168.1
Contumacia pro præſentia eſt. 112.1
an Contumax per procuratorem defendi poſſit, cùm ipſe habeatur pro confeſſo. 309. 2 quatenus reſtitui poſſit. 441. 2 apud arbitrum quis dicatur. 729.2
Contumeliæ felicis exemplum. 25.1
Conuenire qui dicantur. 164.165 1
Conuentio & pactio eodem ſignificato vſurpantur.163. 164.1 vti ſe habeat cum contractu & obligatione. ibid. an tacito conſenſu fieri poſſit. 164. 165.2 quot ſint eius ſpecies. 166. 1 legitimæ nomine quid intelligatur.167.1.2 an quæ eſt iuris gentium, actionem aut exceptionem parere poſſit. ibid. ex nuda, naturalis obligatio oritur.168.1 ex quo inducatur tacita. 40.2
ſi Conuentus rei ſuæ vendicatione, non patiatur rem duci vel ferri in ius, impedit litis conteſtationem. 98.1
an Conuentus ex ſtipulatione ſua, debeat ob id ſolum liberari, quòd alius propria actione conueniatur.141.1
Coràm dicere quid ſit ex Latini ſermonis ratione. 709. 710.1
Cornelius Sylla dictator. 21. eius leges. ibid.1
an Corporalis pœna poſſit infligi loco pecuniariæ 109.2
Corrector prouinciæ quis dicebatur, & eius munus atque imperium. 84.2
ex Correis debendi vnus poteſt ab alio procurator fieri ad petendam pecuniam ſiue ex priore obligatione, ſiue ex cauſa conſtituti. 343.1
an Correis verùm idem ius debendi conſtitui debeat quod in reo & fideiuſſore. 201.1.2 an vnius ex illis factum alteri prodeſſe aut nocere debeat. 203.204
Coruncanius primus iuris profeſſor. 23.24
an Creditor fideiuſſores interpellans illius qui paratus eſt ſoluere, iniuriarum teneatur. 121.2 illi Cauere iubet prætor & ante conditionem exiſtentem, & ante diem petitionis conuenientem. 116.2 an Cogendus ſit ſatiſdare, qui fundum pignori accepit. 128.1 qui debitorem ſoluere vi coëgit, non tenetur edicto quod vi metúſve cauſà. 452.453.1.2 quid verò ſi propriâ auctoritate id fecerit. 451.1 an amittat ius crediti, qui rem ſibi debitam repoſcit per apparitorem iudicis; licèt nullâ cognitione habitâ. 467.2

An in eum detur actio de dolo, qui decipit aliquid vt hæreditatem non idoneam adiret. 482.1 ei denegatur actio aduerſus minorem. 563.564.1
an Creditores plures vnius loco numerentur. 179. 180.2
an abſentes euocandi, & exemplum præſentium ſequi.181.182.1 an in emptione vel licitatione ſint præferendi conſanguinei. 244.245.1
an Creditoribus noceat, ſi interfuerint tranſactioni factæ inter eos, quorum quiſque ſe hæredem prætendebat. 271.272.1 cum competat eis actio in vtrumque hæredem. ib.& 2
Creditorum omnium conſenſus requiritur, vt hæres cum illis contrahat, & quare. 179.1 hæreditariorum nihil intereſt an teſtamentum valeat, & ſubſiſtat necne. 248.1
an Credulitas excuſet eum qui dolo malo quid ſuggeſſit. 133.134.1.2
Crimen probari, probatúmque puniri maximè intereſt Reipub. 150.2
Criminum coërcitionem nemo habet, niſi cui data eſt à principe. 69.2
Cuiacij lapſus notantur ab Auctore. 14. 2 171.1 175.1 176. 1.2 182.183.186.187.189.191.191.194.195. 199.200.202.203.204.205.206.207.208.209.210. 212. 213. 218.219. 220.221.222.223.224.225.226. 228.229.231.234.235.237.255.257.264.268.274. 275.361.461.462. 471.474.476.479.485.487.488. 509. 510.513.515.516.541.542.545.547.548.571. 577.579.580.598.605.662.663
an Curator ius iniquum impetrans, de eo teneatur ſuo nomine. 96.97.2
An ſit ſic contumax. 99.1
An ille patroni, in ius vocari poſſit à liberto. 105.2
An eius pactum proſit furioſo vel prodigo. 216.1
Reipublicæ an paciſci de non petendo poſſit, cùm ei liceat accipere ſolutionem. 227.228 quatenus ei liceat de prædiis minorum tranſigere. 270. 2 an poſtulare poſſit pro pupilla, fatuo, fatua, affine, muto, ſurdo, prodigo, adoleſcente. 383. 384. 385. an ipſi detur actio negotiorum geſtorum in furioſum. 376. 2 vtrum aliquis detur à prætore hæreditati iacenti. 394. 395.2
Curatores dantur feriarum tempore, & quare. 146. 147. 2
Curatores Reipublic. aſſidens, ſalarium nullum habet. 89.2
Curia vnde dicta. 16.17.1
An poſſit vim facere. 448.1
Cuſtodes cur plerumque puniantur. 73.2

D

DAmna omnia quæ fideiuſſor propter fideiuſſionem ſuſtinet, in quam veniant actionem. 414. 415.2
Damnato crimine capitali an ſit prohibitum poſtulare. 279. 280.1
Damni infecti cauſa celeritatem magnam deſiderat; & quare. 147.2
Damni euentus non indulget reſtitutionem, ſed inconſulta facilitas minoris. 450.451.1
Damnum fatale & damnum fortuitum quomodo diſtinguantur. 740.1
Dare bonorum poſſeſſionem vtrùm ſit mixti imperij, vel iuriſdictionis. 90.1
Datio in adoptionem non fiebat olim ſine emancipatione. 60.2
vtrùm Datio procuratoris ſit actus legitimus, & fieri poſſit in diem, ſub conditione, & vſque ad diem. 311. 312.2

an Dolo tutoris tranſeat mandata iuriſdictione. 74.1 neque eſt imperij, neque iuriſdictionis, & quare. 90.2
an Datione in ſolutum lædatur minor, ac proinde reſtituatur. 580.581.2
Decretum in quo differat à reſcripto. 42.1.2
Debere naturaliter, & debere iure naturali, diuerſa ſunt. 214.215.2
an Debiti remiſſio tacita induci poſſit ex redditione cautionis & chirographi à creditore facta. 164.165.1
Debitor an ſoluendo non ſit, an verò non poſſit facilè conueniri, parum intereſt. 117.118.2
Cur nequeat cogi in diem, etiam ſi ſoluere queat ante diem. 119.2
An eum vi eximens, ſi ſoluerit, reum liberet. 116.117.1.2
Aliquem ita appellans, cùm non ſit, iniuriarum tenetur. 121.2
Sibi obligatum liberaos dediſſe videtur. 431.1
An inutiliter pactus erit, ne à ſe petatur. 198.199.2
Illius pactum quomodo proſit fideiuſſori. 197.198. 199.203.1 qui paciſcitur, ne ſupra facultates ſuas conueniatur, non facit contra leges, nec contra bonos mores, & quare. 236.1
Eius negotia vtiliter geſſiſſe non eſt dicendus, qui ei ademit compenſandi, aut aliter ratinendi debiti facultatem. 425.2
An qui ex acceptilatione per vim extorta ſibi ſuiſque fideiuſſoribus liberationem acquiſiuit, alios poſſit dare fideiuſſores. 451.452.2
an Debitores liberari ipſo iure dicantur, qui ſoluerunt minori nullo adhibito curatore. 569.2
Quodnam meliorem conditionem habeat, purum ac præciſum, an verò alternatiuum. 210.1 quodnam ſit antiquius, legati, quod præſens fuit relictum, an verò alimentorum 264.2 in qua perſona faciliùs fiat vſurarium, quod nunquam fuerit tale. 386. 387.1.2 quare nus ex non vſurario fieri poſſit vſurarium. 423.424.1.2
Decemuirorum creatio. 17.18
Decem viri litibus iudicandis conſtituti. 20 vnus erant Magiſtratus. ibid.
Deceptio in contractu ad pretium refertur tantùm, non ad perſonam. 481.1
Deceptionis diſtinctio non cadit in eum qui dat pecuniam, nec in eum qui accipit calumniæ cauſa. 433. 434.1 quibus deceptis ſubueniatur per reſtitutionem in integrum. 441.2
an Decuriones ex ſuo dolo poſſint conueniri. 489.1
Defectus poteſtatis in agente, nullitas nullitatum vocatur à pragmaticis. 83.1
vtrùm Defendenti cauſam communis æquè competere poſſit actio communi diuidundo, an negotiorum geſtorum. 414.415.1
Defendere quid ſit. 108.1
Defendere aliquem aliud eſt, quàm pro alio poſtulare. 277.1
Defenſio quando admittatur poſt pronunciationem, & executionem ſententiæ. 132.2
ſi Defenſor interueniat, non mutatur aduerſarius, & quare. 108.1 an quis poſſit eſſe illius, qui in ciuitate eſſe, & ſeipſum defendere non poteſt. 139.140.1.2 ipſo & procurator iudicium accipere coguntur diuerſa ratione. 586.2 In quo differant. 332.1 quo caſu cogatur cauere de rato. 602.1 quando videatur boni defenſoris partes impleuiſſe. 339.340.1 an cogatur defendere abſentem in omnes res. 348.2 an pro idoneo habeatur ſine ſatiſdatione. ibid. ſi actor reſtitutus ſit in integrum, vtrùm cogendus ſit reſtitutorium iudicium accipere. 349.1 an ſubeat eandem vicem quam reus, in omnibus. 332. 352. 353. mariti an amplius quàm maritus facere poſſit, non eſt condemnandus. 353.2 an qui locupletiſſimus & eſt, & probatur, ſatiſdare cogi debeat. ibid. 1.2
Quis non admittatur. 354.355. pati debet executionem iudicati. 358.2 an poſſit ſatiſdare de rato pro abſente. 364.1 verùm cogi debeat iudicium accipere, cùm abſens ſoluendo eſſe deſiit. 364.365.1.2 num ei permittatur vt ſugiendo fruſtretur actorem. 365. 366.1.2
Deficientes qui ſint, & an amittant ciuitatem. 597.1
Defuncti voluntatem erga legatarium quatenus ſeruari debere interſit Reipub. 254.255.1
an Delatori oporteat edi à reo omnia pertinentia ad eam cauſam, ex qua delatio ſit. 152.153.2
Delegare quid ſit. 218.219.220.
Delegatio quando fiat & quando non. 219.220.1 vicem ſolutionis obtinet. 222.1 differt maximè ab acceptilatione. ibid. inutilis exemplum. ibid. diſtinguitur hæc à nolla. ead.2
Delicta, quæ caſu committuntur & ignorantia, puniuntur. 173.1 tot ſunt, quot perſonæ delinquentium. 91. 115.116.1 paria quatenus tolli dicantur mutua compenſatione. 113.1
Delictum adeò eſt voluntarium vt ſi voluntarium non ſit, nec ſit delictum. 31.32.2 prohibere qui potuit aut debuit, nec tamen prohibuit, puniendus. 82.2 nihil habet commune cum promiſſione iudicio ſiſti. 164. 165.1 an habeat aliquid commune cum venia ætatis. 553.2
Delinquere, & dominicam pecuniam malo more erogare differunt. 400.2
Democratiæ miſera conditio. 18.19.20.
Denunciatio rei latitantis permiſſa, ſed non vt poſſit de domo extrahi. 107.108.2
Deportandi poteſtas cui data. 69.1
Deportati quare non poſſunt teſtamento hæredes inſtitui, nec ſuccedere ab inteſtato. 32.33.2
Deportato quare ſubueniatur. 652.2
Deportatus & ſeruus pœnæ, pro mortuis habentur. 50.51.2
Depoſiti lex & conditio ſicut immutari non poteſt, ita nec impleri & exiſtere. 482.1
Deſcendentes ex fœminino ſexo non familiam ſequuntur. 117.118.1
Deſcriptum dare, plus eſt quàm edere. 154.155.
Deſuetudo poteſt legem abrogare. 39.1.2
an Decreti ius ex conſilio aſſeſſoris, dolus debeat imputari. 96.1
Dictatores qui dicebantur, & eorum ius, & poteſtas. 15. 16.17. vnde dicti. 15.16.2
Dictatoris nomen odioſũ reddidit Iulius Cæſar. 12.13.1 eorum à Conſulibus & Decemuiris differentia. ibid.
Dictio taxatiua non excludit caſus ſimiles. 34.2 ſi aliqua eſt ambigua in lege, quid agẽdum. 35.1 vt aliqua proferatur demonſtratiuè, aut reſpectiuè ac limitatiuè, an multùm interſit. 178.2
Dictum elegans ſapientis aduerſus Magiſtratus qui patiuntur debiliores opprimi à potentioribus. 77.78.2
Diem obligationis nondum veniſſe aliud eſt, quàm humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis. 120.2 cuius in poteſtate ſit eam ponere in ſtipulatione. 123.136.1. Prioris actionis cauſſe per dolum rei an ſine dolo, num interſit quoad dandam actionem de dolo. 453.454.1.2
Dies in editione actionis an ſit dicendus. 151.152. in quibus cœptus pro completo habeatur. 508.1.2 reſtitutionis, quomodo accipiendus & intelligendus. 636.1.2 an dari poſſit ſolutioni ab arbitro. 694.1 verùm in ſententia arbitri adiectus eſſe debeat. 702.1 eius prorogatio non facit nouum compromiſſum. 704.705.1 quando fieri poſſit. 721.1
Differentia ſexus nulla poteſt eſſe in iis quæ rationem & æquitatem habent naturalem. 117.118.1
an Difficultas det exceptionem alicui quominus in ius veniat. 137.1

Quomo

Quomodo Dignitas non minuitur per adoptionem. 59.2
Magiſtratuum quæ ſit. 95.1
Dignitates nihil niſi virtutis & bene meritorum remuneratio ſunt. 66.2
vtrùm Dilatio ampliùs quàm ſemel ſit danda. 149.1 an poſſit concedi in cauſis pecuniariis. 150.1 criminalibus. ibid.
vtrùm à Dilatione facta per iudicem dandi actionem, quæ iniuria quidem eſt appellare liceat. 634.635.2
Dilationem dare reo quæ actionem peremptura eſſet, iniquum eſt. 146.147.1
Diminui patrimonium quando dicatur. 557.1.2
vtrùm Diminutio capitis prætorias & ædilitias actiones perimat. 594.595.2 per eam quæ pereant & adimantur. 597.598.599 & ſeq. inter mediam, & minimam euidens differentia. 602.2. quot ſint illius genera. 603.1
à Diminutione ad augmentum non ſemper bona eſt conſecutio. Ponitur ſpecies. 411.2
Diſiunctionem pro coniunctione accipi non eſt nouum & contrà. 596.2
Diſpoſitio quælibet cenſetur facta eo tempore, in quod confertur. 93.94.1
Diſſenſus non magis poteſt eſſe in furioſo quàm conſenſus. 50.2
Diſſimulare multa an debeat Magiſtratus. 76.77.2
Diuiſio perfecta quando dicatur, & an eius placitum ad actionem prodeſſe debeat, etiamſi neque traditio interuenerit, neque ſtipulatio. 233.234.1.2
Diuortium ſine cauſa factum publicè vindicari debet. 532.1
Diuturnum quod dicatur. 40.1
in Docendo feliciores nonnulli quàm in ſcribendo. 25.2
Doctorum Iuris ciuilis huius ſeculi error reprehenditur. 34.1.2
an Dolo quæ excuſent. 21.2
an Doloſi duo poſſint inuicem de dolo agere. 502.503.1
an Dolus ſerui debeat nocere domino ex æquo. 134.2 an eius compenſatio facienda ſit. 135.1
An vnus ex correis alteri nocere debeat. 140.1
An aliquis permittatur in contractibus. 173.174
Vtrùm pariat exceptionem. 174
Vtrùm malus ceſſare poſſit, ſi vis fiat. 114.115.1
Quis præſumatur & probetur. 401.402.1
Quatenus ex lege Lætoria vindicabatur. 468.469
Quantum differat à bono. 469.1.2
Eius cum metu elegans differentia. 562.563.1
Vtrùm ob eum dari poſſit ex ſtipulatu actio. 564.565.1
Ex cuius perſona ſit exiſtimandus. 480.1
An tutoris noceat pupillo. 486.487.1
An habeat ignorantiam perſonæ à qua factus eſt. 490.1
Impunitus eſt ille vno tantùm caſu, illius poſſeſſoris, qui alienauit iudicij mutandi causâ. 665.2
Doli formula à quo inuenta. 25.1
an Domicilia plura habere quis poſſit. 67.68.2
Domicilij mutatio an prohiberi poſſit à teſtatore hæredi, aut legatario. 358.1
Dominij tranſlatio quo caſu impediatur. 245.246.2
Dominiorum diſtinctio vnde cœpit. 61.1
cur Dominus non licet in ſeruos ſuos ſæuire, etſi quilibet rei ſuæ pro arbitrio moderator eſt. 48.1.2
Dominium iuris gentium differt à dominio ciuili. 63.2 bonitanum & quiritarium. 125.2 ſerui, cuius nomine actio noxalis inſtituebatur, quando acquiſitum ſit actori. 132.2 non poteſt transferri ſine poſſeſſione, niſi certis caſibus. 661.662.2 illud litis aliud eſt, quàm rei in litem deductæ. 664.2
Dominus quomodo videtur vitam dediſſe ſeruo. 48.1 tenetur non ex ſolo delicto ſerui, qui ſciuit, nec prohibuit, ſed etiam ex proprio. 113.2 an fruſtra promittat ſeruum iudicio ſiſti, niſi pro eo iudicium accipere ſit paratus. 132.1 vtrùm pro parte ſatiſdare debeat in noxali actione. 132.133.1.2 an teneatur edere rationes pro ſeruo menſam argentariam exercente. 153.154.2 quando teneatur de peculio ſerui. 219.250 alienationem eius liberam eſſe, intereſt Reipublicæ 245.246.1 an eius præſentia excuſet procuratorem à iudicio ſuſcipiendo. 315.316.1.2 pignoris, vtrum procurator creditoris eſſe poſſit. 342.343 an præferendus procuratori in litem mouendam vel pecuniam ſuſcipiendam. 355.1 quatenus poſſit litem à defenſore ſuſceptam ſuo nomine ſuſcipere. 359.2 vtrum mutatio voluntatis illius faciat quominus ratum eſſe debeat iudicium, quo procurator, quaſi procurator expertus eſt. 359.360.2 an poſſit petere inuito procuratore, id quod procurator ex re domini, quamuis mandato non refragante, ſtipulatus eſt. 360.361 cauſæ ſuæ adeſſe non prohibetur, etſi procuratorem dederit ad litem ſuſcipiendam. 361.362 vtrum abſens, ea negotiorum geſtione ab alio facta, & ignorans obligetur. 373.374.2 num captiuus teneatur actione negotiorum geſtorum. 402.403.1 vtrum reſtitutio ſerui illi competere poſſit: quæ ipſi, dum liber eſſet, competebat. 440.2 fundorum ſeruitutem reſtituere poteſt perſonæ non item. 450.451.2 tenetur de dolo procuratoris. 490.1 cur non habeat actionem legis Aquiliæ, cùm alius quàm ſtipulator ſeruum occidit. 493.494.2 ſi ſit maior non poteſt reſtitui aduersùs id quod à ſeruo minore geſtum eſt. 516.517.2 an detur ei actio ex delicto in ſeruitute facto. 550.1 an poſſit agere furti contra alium quàm exercitorem. 745.1 vtrum eaurâ abſoluto poſſit conuenire exercitorem. 746.2
an de Domo aliquem in ius vocare liceat. 107.108
Domunculâ ſuâ expelli, non leuis eſt iniuria. 80.2
Donando nemo vnquam fit locupletior. 41.2
Donatarius, etiam vniuerſorum bonorum, non eſt ſucceſſor iuris, nec eum ſequitur onus æris alieni. 159.1
an Donatio facta militi iudicij mutandi causâ valida ſit. 671
ex Donatione vtrùm naſcatur actio quæ competat donatori. 169.2 num illa inter viuos alimenta poſſint relinqui. 255.1
Dormire non eſt iuris naturalis. 2.2
an Dos poſſit aut debeat peti actione negotiorum geſtorum. 419.1
an ex ex Dote metu promiſſa naſcatur obligatio & actio? 464.465.2 de ea actio, cur non pereat capitis diminutione. 601.602.2
Dotem redire ad ius ſuum quid ſignificet. 207.208.1
Dotis actio non perit per capitis diminutionem. 597.2 profectitiæ actionem communem eſſe patri & filiæ quid innuat. 601.602.2
Duumviri mulctæ dicendæ ius non habent, ſed in ſeruos modicam interdum coërcitionem. 98.111

E

EDere non eſt iuris naturalis. 2.1 quid ſit. 151.1 an pater pro filio teneatur. 152.153.1
Edicta magiſtratuum quid. 13 ſemper ſunt generalia, non etiam reſcripta, decreta aut interlocutiones. 42.2
Prætorum erant annua. 11.12.2
Edicti pœnalis verba an ſtrictè accipienda ſint, vt & legis cuiuſlibet. 255.2
Editio actionis præcedit vocationem in ius, & quare. 151.1 an fieri debeat ſine die & Conſule. ibid. & 2 apud quem facienda inſtrumentorum. ibid. 1 quotuplex ſit. 152.1.2 rationum quæ. ibid. & 153.1 ad quid proſit. ead. 2 vtrùm ad eam compellatur qui deſiit argentariam exercere. 145.146.1 quo loco. 153.154.1.2 an ab vno ex hæredibus facta, ab omnibus facta eſſe intelligatur. 155.2 eius iterandæ noua cauſa allegando. 158.1 quomodo à capite facienda dicatur. 161.1

Eloquentia vera ſine doctrina ac probitate eſſe nequit. 22.2
Emancipati quomodo poſſint reuerti in poteſtatem. 53.1.2 an poſſint vocare in ius parentes. 100.1
Emancipatio iuriſdictionis eſt, non iudicationis. 58.2 actus ſolemnis. 59.1 non tollit iura ſanguinis, nec pietatis naturalis. 100.1. 101.2 eius ſubſtantia vnde pendeat. 52.1
Eſt actus legitimus. 57.1
vtrum Emancipatus habeatur pro extraneo. 65.66.1 dicitur capite minui duplici de cauſa. 596.1
Emphyteuſis eſt ex iure ciuili. 4.2
Emphyteutæ & alimentarij diuerſa ratio in fundi alienatione plurium. 260.2
Emptio quando integra eſſe cenſeatur. 172.1 an pars eius pactione mutari poſſit. ibid. vtrum pro parte diſſoluatur, ſi venditor pactus ſit cum altero hæredum emptoris, vt ab ea recederetur. ibid. & 173
in Emptione & licitatione qui ſint præferendi. 244. 245.1.2
Emptionis adminicula & eorum conditio, quæ. 170. 171.2 ſubſtantia indiuidua eſt, quæ in pretio conſiſtit. 172.2
an Emptor ſerui vt eum manumittat, poſſit in ius vocari. 102.1
Hæreditatis vtrùm poſſit vtilibus actionibus conueniri a creditoribus hæreditariis. 188.2
Num illi noceat pactum initum inter venditorem & debitorem. 275.1.2
Eius cauſa fauorabilior eſt quam creditoris cum minore contrahentis. 560.2
an Epiſtola, qua quis cohæredem ſibi aliquem eſſe cauit petitionem vllam aduerſus poſſeſſores rerum hæreditariarum dabit. 238.239.1.2
Epiſtolæ quæ in Senatu legebantur à Candidatis principis quid. 71
Equites & celeres iidem. 14.1
in Eremodiciis minori ſubuenitur. 528. 529.1. & quæ illa dicuntur. ibid. quomodo in his etiam reſtituantur maiores. ead.2
ab Etymologia argumentum an valeat apud Iuriſconſultos. 1.1
Euictio debetur à venditore omni caſu quo non licet emptori rem habere. 544.1
Exactio non eſt actio, ſed effectus actionis. 531.2
Ex auctoritate quid ſit. 122.1
Exceptio de dolo non datur liberto in patronum. 104.2
Num illa Senatuſconſulti Velleiani competat mulieri ad ſatiſdandum. 123.1
Vtrùm data reo, qui Reipublicæ cauſa abfuit, proſit fideiuſſori. 141.1
An detur illi, qui ſeruum iudicio ſiſti promiſit. ibid.
Quando dicatur communia eſſe hæredibus. 172.173.2
Pactine an doli detur ſeruo, poſt adeptam libertatem. 178.1 filiofamilias poſt emancipationem. ead.2. an doli poſſit eſſe ſubſidiaria exceptionis pacti. 183.196. quæ detur ex pacto procuratoris. 184 quo caſu illa doli noceat procuratori. 189.1 iuris & facti diſtinguitur. 189.190.2 an acquiratur filiæ per pactum patris, ne à ſe, vel à filio peteretur. 190. 191.2 an & filio proſit. ibid.
Pacti, an auferenda ſit patri adeóque ipſius hæredi, ſiue viuo, ſiue mortuo filio. 193.194.1.2
Doli an detur domino, ſi conueniretur quaſi veniente creditore aduerſus propriam conuentionem. 194. 195.2. cedendarum actionum, cui competat. 198.199.1
Acquiratur fideiuſſori ex pacto debitoris qui nihil de ſua perſona pepigerit. 204.205.2
Acquiſita ſemel fideiuſſori, poteſt conſeruari, ſi deſinat intereſſe debitoris. 206.2
Pacti & rei iudicatæ differens. 212.213.2
Doli mali & pacti item. 216.2
Non datur vlla niſi illis quorum intereſt. 227.1
Quæ locum habeat in pacto collato in perſonam fratria, quo nihil dictum de liberis poſteà ſuſceptis. 231.2 de non petendo non poteſt denegari cui acceptilatio promiſſa eſt. 232.2 de procuratoria quæ ſit. 315.2 an procuratoriam remittenti ſit dandus regreſſus. 356.1.2 vtrùm procuratoria repellendus ſit qui ad duas res petendas datus, vnam petit. 365.366.1.2 quæ noceat actori vniuerſitatis, ſi poſt prohibitionem experiri pergat. 370.2 metus & doli quomodo differant. 455.1 non eſt ſeparanda illa doli à cæteris exceptionibus. 469.2 an detur ei qui reipublicæ cauſa abfuit, & reuerſus nactus eſt poſſeſſionem rei durante abſentia vſucaptæ. 642.643.1.2 quæ nam ex compromiſſo pœnali naſcatur. 671.682. 684.2 quatenus illam habeat qui dolum paſſus eſt ex ſententia arbitri. 714.2 vtrùm locum habere debeat, ſi feriatis diebus arbiter ſententiam dixerit, cogente prætore, & petatur ex compromiſſo pœna. 727.1
Exceptiones pro quo iure dentur. 41.1
Quatenus excluſus ipſo iure dicatur is, cui reſtitutio in integrum neceſſaria eſt. 439.2
Quæ Excuſatio dari poſſit ab arbitro ob quam impediatur ſententiam dicere. 686.687.
Excuſationis allegatio nocet pupillo. 147.1
Executio ſententiæ ex cuius Magiſtratus authoritate debeat fieri. 94.1 an ſit extremum iuriſdictionis. 98.2 an illa iudicati poſſit dari aduersùs procuratorem qui hæres extiterit domino. 327.1
Aduerſus executorem negotiorum geſtorum, qui dolum fecerit, quæ actio detur. 377.378.
an Exempla inſtrumentorum edi debeant ſine ſubſcriptione. 162.1
Exemptio vi facta eius quem alius contra edictum prætoris in ius vocauit, non facit contra eius authoritatem. 113.1.2
Eius cauſa iuſta vt imponitam vim facit, ita & impositum dolum. 115.2
Exequi paſſiuè ſumptum, pro executioni mandati. 94.2
Exercitor quis appelletur. 736.1 quatenus keirembolon facere dicatur. 737.2 obligatur ex omnium nautarum & meſonautarum delicto, & quare. 739.2 quando teneatur de rebus quæ in littore perierint. ibid. quatenus etiam de iis teneatur quæ fatali damno perierunt. 740.1.2 quid ſi ſeruus ſubripuerit vel damnum dederit. 741.1.2
Eius intereſt plures habere actiones. 745.2 an conueniatur, ſi prædixerit, vt vnuſquiſque res ſuas ſeruet, & conſenſerint vectores. 746.747.2 quatenus teneatur, ſi ſeruus nautæ damnum dederit. ibid. & 748.1.2 an & ſuo nomine ſi nauta moriatur. ibid. & 749.1 ſi ſint plures exercitores, omnes conueniuntur pro parte. ead. & 2
Exhibere quid ſit. 355.2
an Exhibere debeat quis eum pro quo apud officium cauit. 107.1
Eximendi verbum latius patet quàm eripiendi. 114. 115.
an Eximens vi eum qui ex aliena iuriſdictione vocatus eſt, delinquat. 113.2
An priuilegium habentem. ibid. & 114. an per calumniam vocatum. 115.1
an Eximens vi in ius vocatum condemnandus ſit ad æſtimationem. 115.116.1 an ei proſit, quòd vocatus in ius poſteà venerit. ibid.
an Experiendi facultatem habeat is, qui præſcriptione fori ſummoueri poteſt. 641.642.1
Expromiſſor & fideiuſſor in quo differant. 218.219

Extra

Extremum in iuriſdictione quid dicatur. 98.2
Extrinſecus dolus quando admitti dicatur à tutore. 487. 488.2

F

à Fabis abſtinendo, præceptum Pythagoricum. 17.18.1
Facere iniuriam, aliud eſt, quàm facere iniurioſè. 444.445.1
Factiones Democratiarum exitium. 18.19.1
in omni Facto & corpus & animus requiruntur. 15.2
Factum ſerui quatenus obeſſe debeat domino. 154.2
an Facultas libera de ſeruo diſponendi remaneat ei, cuius nomine noxali actione conuenitur. 151.1
an Falcidia remitti pacto ſine ſtipulatione poſſit. 234. 235.1
Familia album prætoris corrumpens an puniatur. 97.1 eius nomen eſt ciuile, liberorum naturale. 117. 118.1 an herciſcundæ actio ſeparanda ſit quoad ſum ad iuriſdictionem, cùm ſit duplex, & mixta. 91.1
Feriarum tempore tutores, aut curatores dari poſſunt. 146.147.1
Fideicommiſſa cur legibus incognita eſſe dicantur. 32.1
Fideicommiſſarius Prætor. 21.1
Fideicommiſſario caueturi extra ordinem & diebus feriatis, & quare. 147.1.1 quomodo poſſit vtilibus actionibus conueniri à creditoribus hæreditariis. 188.2 an ille cui mandatæ ſunt actiones ab hæredibus, defendere debeat. 362.1. cui hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt, hæres dici non poteſt, & quare. 440.1
Fideicommiſſum oneroſum eſt pupillo 56.2 illius petiti o ſupereſt ex codicillis poſt tranſactionem repertis. 248.1
Fideicommiſſi perſecutio non dicitur propriè actio. 21.1
Fideiuſſio eſt aliquando ſine conuentione. 140.1
Fideiuſſor datus qui eſt ex alienæ iuriſdictione, pro non dato habetur, à prætore, & quare. 110.1
Qualis debeat eſſe. 111.1
Ei quod eſt factum, rei nocet, ſicut & reo pignoribus, pro quo fideiuſſit. 96.97.2
Eius datio, etiam ſine pignoribus, poteſt parere obligatione pignorum. 116.117.1
An nunquam niſi per ſtipulationem accipi queat. 117.118.1
Quomodo illud intelligendum eſt, quod dicitur à prætore, *qualicunque fideiuſſor accipiatur*. 118.1.2
An ſit ad duplum, aut triplum, aut quadruplum condemnandus. 117.118.1.2
An teneatur pro eo mortuo, cuius cauſa fideiuſſit. ib.
Non exhibens eum pro quo, poſt decretum, etiam ante diem, an liberetur. ibid. quid ſi deceſſerit, aut exulauerit. 150.1
Etiam condemnatus ibid exir accipitur. 121.1 quomodo dicatur renunciare priuilegio ſoo. ib. 2. vtrùm miles & minor poſſint eſſe, & priuilegio ſuo renunciare. 125.1 ſi ſtipulatori hæres extiterit, quid agatur. ibid. 1 tutor pro pupillo. 129.1.1 num plus debeat, quàm reus principalis. 129.1 an illi exceptio detur ex perſona rei capitalis damnati criminis. 138.139.1.2 an proſit data reo qui reipub. cauſa abfuit. 141.1 an detur exceptio illi qui ſeruum iudicio ſiſti promiſit. ibid. quando illi proſit pactum debitoris. 197.198.199. 203.1
Quo caſu pro reo ſit accipiendus. 117.1
Eius in rem ſuam ſpondentis exemplum. ead. 2
An eius conditionem deteriorem facere poſſit debitor ex interuallo. 204.205.2
In quo differat ab expromiſſore. 218.219.1
Si condemnatus tranſegerit, an perimat rem iudicatam. 152.1.2
an negotiorum geſtorum actionem habere poſſit. 319.1 cur non teneatur pignoratitia, ſicuti teneretur ipſe creditor, ſi pignus non vendidiſſet, cùm fideiuſſor ius creditoris emere voluerit. 415.416.1 quomodo liberatus, habetur quidem pro eo qui ſatisfecit, quòd ad ipſum pertinet, ſed non quòd ad debitorem, neque quòd ad creditorem. 457. in quo differat ab expromiſſore. 478.479.1 ſi promiſſum hominem occidit, an detur aduersùs eum actio de dolo. 495.496.1.2 in quo differat à procuratore. 511.5 an illi danda ſit actio mandati in minorem pro quo fideiuſſit. 541.541.1 num eius reſtitutio proſit reo. 584.2 an datus à pupillo, qui ſine tutoris authoritate compromiſit, poſſit teneri ad pœnam compromiſſi. 787.2.
An Fideiuſſores ab eo dati, qui ſatiſdare non cogebatur, omnimodo conueniri poſſint. 140.1 an illi primi compromiſſi remaneant obligati in ſecondo quo dies prorogata fuit. 706.2 ſi mortui fuerint, quid agendum. ibid.
An bona Fides exigenda ſit ab eo qui in ſeruitute gerere cœpit. 399.1 quæ ſit illa bona, quàm præſtare debet fideiuſſor in omni contractu. 415.416.2 eius liberatio maius quiddam eſt, quàm vt pecuniario commodo aut incommodo æſtimari poſſit. 428.1
An Filia Senatoris deſinat eſſe, cuius pater deſiit eſſe Senator. 67.1 an poſſit paciſci ſine patre ne de dote agat. 197.1 quatenus ei liceat procuratorem ad agendum dare. 354.1.2 quo caſu illi permittatur pro patre agere. 340.2 an in dote capta, reſtituenda ſit. 512.515.
Filius quis ſit, definiri quomodo poteſt. 48.49.1 an ſequi debeat conditionem matris. 44.1.2 quis iuſtus eſſe dicatur. 45.2 an natus ex ancilla quo tempore manumiſſa eſſe debuit ſit ingenuus. 46. captiui, cuius iuris ſit. 48.1. non ſequitur ius poteſtatis, in his quæ ad ius publicum pertinent. 50.1 an emancipator filij mei, nepos meus erit. 57.1 illum ad tempus fieri, aut ſub conditione, eſt contra leges. 59.1 adoptati onera vtrùm tranſeant in patrem adoptiuum. 61.1 an naturalis ſit in poteſtate patris. ibid. an libertinus remanet. ead. 2 an eius nomen amittatur per emancipationem. 65.1.2 quando poſſit vocare in ius patrem. 101.1 vtrùm illius perſona in pactis habeatur pro perſona patris. 196.1 num poſſit patris. ibid. num poſſit facere tranſactionem, cùm hæredibus patris de querela inofficioſi, antequàm certus ſit eam ad ſe pertinere. 267.268.1 an infamia notetur, ſi patre agente viduam duxerit vxorem intra tempus legitimum. 301.502.2 vtrùm exhæredatis ſiue iuſtè, ſiue iniuſtè debeat lugere patrem. 309.1.2 an & matrem. ibid. qui natus fuit apud hoſtes ex quo habeat poſtliminium, & quomodo ei ſuccurratur. 613.615.616
Filiusfamilias quomodo olim diceretur ciuis Romanus. 49.1 adrogatur, neque tutorem, neque teſtamentum habere poteſt, & quare. 55.1 an emancipatus poſſit licitè & honeſtè adoptari ab eo à quo fuit emancipatus. 59.1 ex omnibus cauſis conueniri poteſt, non autem agere. 105.2
An ſit capax acquiſitionis. 106.1.2
Quatenus admittatur vt pro parte fideiubeat. 117. 118.
An cogendus ſit ſatiſdare abſente patre. 117.1
Quando ſit capax acquiſitionis. 153.154.11
Hæres inſtitutus, ſi paciſcatur cùm hæreditariis creditoribus, patri non ſibi pactus creditur, & quare. 178.179.
An per pactum acquirat patri. 192.193.1.2
De non petendo. ibid. & 15. in rem verſo. 193.194.2

an habeat doli exceptionem ex pacto patris. 196. a an rectè de eo quòd ſub conditione legatum eſt, paciſcatur. 197. 198. 1 an eius pactum, ne ipſe peteret, valeat. 216. 217. quas actiones poſſit exercere ſuo nomine. 218. vtrùm poſſit dare procuratorem ad agendum. 313. 1 ad vlciſcendam iniuriam quam nepos abſentis aui paſſus eſt. ead. 2 an ad ſe defendendum 314. 1 an poſſit eſſe procurator alterius ead. 2 cùm ei fit iniuria, duplex fieri dicitur. 337. 1 quatenus eum quilibet ducere poſſit, dicens & probans ſe procuratorem patris. 338. 339. 2 an eius ſuffragia prodeſt patri 369. 2 quatenus detur actor vniuerſitatis nomine. 371. 2 an ei competat actio aduersùs eum qui pecuniam accepit vt calumnietur. 435. 1 vtrùm inuito patre conueniri poſſit 509. 510. 1 non habet beneficium reſtitutionis, cùm mandatu patris res adminiſtrat. 555. 1 an poſſit reſtitui emancipatus ad ea quæ omiſit. 579. 1 an poſſit vſucapere quandiu pater apud hoſtes eſt, & pater ipſe quicquam poſſidere, qui ab alio poſſidetur. 619. 630. 1. 2 vtrùm ſententiam arbitrariam dicere cogatur. 694. 1 in re patris. ead. 2 ſi receperit tanquam nauta, caupo, aut ſtabularius, an teneatur. 741. 1
An Finium regundorum actio, cùm ſit duplex & mixta, ſeparanda ſit quantùm ad iuriſdictionem. 93. 1
Fiſcus, in bonis vacantibus, quòd priuilegium habeat 85. 2 an illi edi oporteat à reo omnia pertinentia ad eam cauſam, ex qua delatio fit. 152. 153. 2 non habet ius tacitæ hypothecæ, quoties in alicuius priuati ius ſuccedit 181. 182. 2 an cæteris creditoribus præferatur. 99. 1
Flauius Appij Claudij librum de actionum formulis ſubreptum euulgauit. 10. 11. 2. 22. 23. 1
An Flumina ſint publica, cùm profluens ſit communis. 62. 2
Cur Fœmina ſit deterioris conditionis quàm homo. 45. 2 quomodo adrogari poſſit. 56. 2 non poteſt argentariam exercere. 162. 1 an poſſit pro ſe aut aliis poſtulare. 278. 1 vtrùm ad alienam defenſionem admitti poſſit. 353. 354. 1
An Fœnerator prohibendo athletam à certaminibus, metum & vim intuliſſe dicatur. 466. 2
Fœtus pecorum vtrùm veniat in actionem quòd metus cauſa. 451. 452
Fori præſcriptio non eximit debitorem ab obligatione 110. 1 an fideiuſſorem reddat non idoneum. 121. 1
Forma cuiuſlibet contractus duplex eſt. 170. 2
Formulæ bonæ fidei & ſtricti iuris in quo differentes ſunt. 386. 387. 2
Fortuna cuiuſque maximum ad conciliandas Principum amicitias momentum. 30
Fraus quando dicatur fieri legibus. 35. 21. 1 de illa in contractibus facta quid edicat prætor. 197. 198. 1 vectigalis dupliciter contingit. 534. 1
Inter Fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem nulla eſt differentia, & quare. 619. 630. 2
Quare Fructus & vſuras ex mora præſtari oporteat, per iudicium bonæ fidei. 386. 387. 1 an omnes percepti & percipiendi veniant in actionem quòd metus cauſa 371. 1 an eius temporis quo abſens defenſus non eſt præſtentur. 642. 643. 1 quòd debeat condemnari bonæ fidei poſſeſſor. 666. 2
Fructuum percipiendorum penè domini loco habetur poſſeſſor bonæ fidei. 464. 2
Fugitiui cur noctu vt plurimùm fugere ſoleant. 73. 2
Fundus noſter dicitur eſſe, etiam cuius vſusfructus alienus eſt. 128. 1 dotalis quomodo vtriuſque eſſe dicatur, mariti nempe & vxoris 128. 129. an eius habendus ſit poſſeſſor, qui perſonalem habet petitionem. ibid. 1.
Fundorum ſeruitutem dominus reſtituere poteſt, perſonam non item. 450. 451. 2
An Funere impedito exceptio dari debeat ſiſtendi ſe iudicio. 139. 140. 1
Vtrùm à Fure deprehenſo pecunia extorqueri poſſit. 445. 1. 2
Furis & raptoris condemnatio longè diuerſa eſt. 194. 1
An Furere incipiens ſtatum & dignitatem, magiſtratum & poteſtatem retineat. 46. 1. 2
Furioſus poteſt matrimonium retinere. 50. 2 mutuam pecuniam dare, non contrahit mutuum, licèt contrahatur re, & res interueniat. 163. 164. 2 in quo differat à prodigo quoad ius faciendi. 216. 1 quatenus teneatur actione eius, quòd tutor aut curatorem alienauerit iudicij mutandi cauſa. 670. 1
Furioſis datur carcer ad cuſtodiam, non ad pœnam. 82. 2.
An Furor impediat aliquem ne poſſit iudicio ſe ſiſtere. 137. 138.
Cur Furti actio non poſſit cum actione de dolo concurrere, cùm non minùs ſit famoſa. 477. 478. 1
Fuſtium caſtigatio quos teneat 707. 173. 104 num importet infamiam. 307. 308

G

Gentes omnes ſemper vtuntur iure gentium, ſed omnia quibus omnes gentes vtuntur non ſunt ipſius iuris gentium. 5. 2
Gerere per alium poteſt aliquis id quod, an alius ille bene gerat per ſe ipſum videre poteſt. 12. 13
Geſtio negotiorum alienorum quomodo dicatur eſſe contractus pro quaſi contractu. 398. 2 an ea ea quam ſeruus in ſeruitute fecerit poſſit conueniri, poſt adeptam libertatem. ead. 1
An ea Geſtoris facto poſſit damnum accedere domino niſi velit. 555. 556. 557
Gladij poteſtatem nemo habet, niſi cui data eſt à principe 69. 70. 2 in quo illa conſiſtat. 86. 1
Gratulationum Principi faciendarum cauſa miſſi, num Reipublicæ cauſa abeſſe dicantur. ibid.

H

Habitatio & veſtiarium ſub alimentis continentur. 254. 259 de eis num poſſit tranſigi loco pecuniæ relictæ. 266. 1. 2
Hæredes argentarij debent edere rationes, etiamſi eiuſdem non ſint profeſſionis. 155. 1 quid ſi fuerint plures ead. 2 eos edi iubet prætor. 157. 2 an actione in factum teneantur, ad omne id quòd intereſt agentis. 159. 162. 1 vtrùm pluribus litigatoribus plures dari debeant procuratores. 334. 1 an illis dabitur actio de dolo, & aduerſus hæredes eorum qui ab ea alioqui eximebantur. 484. 485. 486 neceſſariis, licèt ſint hæredes, ſuccurritur per in integrum reſtitutionem. 523 1 an ex perſona minoris defuncti reſtituantur. 550. 1. 2.
Hæreditarium quòd eſt, reuerà in nullius bonis eſt 62. 1.
Hæreditas differt à rebus hæreditariis. 61. 63 non poteſt adiri per procuratorem, & quare. 85. 1. 2 opulentam adire nemo cogitur niſi alieno periculo. 128. 114 2 illi dari curatorem quatenus dicat Iuſtinianus 147. 2 eam eſſe, quæ obligat hæredem ad præſtationem legatorum & libertatum, quomodo debeat intelligi 247. 2 an ſuperueniens excuſet procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. 316. 317. 2 iacenti prætor nunquam dat curatorem, & quare. 394. 395. 2 an expilatæ crimine vxor teneatur. 417. 418. 1. 2 an qui illa adiit coactus, hæres eſſe iudicetur. 464. 465. 2

vtrùm

vtrùm & qui repudiauit. 465.466.1

Hæres, qui non cauit, quomodo poſſit in culpa non eſſe, nec in dolo. 123.124.2 an poſſit cauere ſubſtituto de reſtituenda hæreditate, pendente conditione 125.126.1 an paciſci poſſit ante aditam hæreditatem cum creditoribus, vt minùs ſoluatur 177.1.2 quando dominus dicatur. 213.214.1 qui paciſcitur cùm legatariis viuo teſtatore ne falcidiam ex legatis deducat, paciſcitur contra legem. 227.228.1 ſcriptus ne an legitimus conueniri debeant legatorum aut libertatum nomine. 247.2 an ei prohiberi poſſit domicilij mutatio à teſtatore. 258.1 vtrùm alieno nomine condemnatus, infamia notetur. 295.296.2 ſi in depoſito vel mandato malè verſatus ſit. 297.1.2 tutelæ iudicio damnatus. 298.1 quomodo ſuccedere dicatur in æs alienum. ibid. & ſeqq. ei permittitur & cæteris ſucceſſoribus, ante & poſt litem conteſtatam mutare procuratorem. 319.1.2 an teneatur actione negotiorum geſtorum. 388.389.2 an poſſit poſtulare viri defuncti vxorem compilatæ hæreditatis. 417.418.1.2 vtrùm reſtitutio in integrum tranſeat in illum 440.1 an ei competat petitio hæreditatis contra eum qui vim aut metum intulit. 454.1 in quadruplum conueniri poteſt. ead. 2 vtrùm in eum detur actio de dolo, ſi ſeruum legatum ante aditam hæreditatem occiderit. 476.1.2 quatenus & pro hæreditate ipſa 491.497.498.499 an illi competat actio de dolo aduerſus eum qui tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas delenit. 501.502.1 quo caſu, qui ſemel fuit, deſinat eſſe hæres. 527.528.2 568.569.2 vtrùm curatoris hæres teneatur ad reſtitutionem pretij, pro qua parte fundus fuit curatoris. 588.1.2

Hermaphroditus, quo iure gaudeat. 44.45.1

Hermodorus author legum XII. tabularum ferendarum. 9.

In Hiſpania tot Conciliorum collegia quot regna atque prouinciæ. 21.1

Homines omnes vnde initium habent. 3.2

Homines non poſſunt dici, qui contra formam humani generis nati ſunt. 45.46.1

Homines omnes liberi ſunt iure naturali. 3.2

Honeſtatis publicæ præ cæteris rationem habet iuſtitia. 5.1.

Honorarium ius, cur ſic dictum. 4. eius partes duæ Prætorium & ædilitium. 11.12.2

Honor ſequi non appeti debet. 27.28.1

Hoſpitiorum præbendorum cura ad quem pertineat. 74.1.

Humilis quis dicatur, & an ei detur actio de dolo aduerſus potentiorem. 484.485.1

Hypotheca & pignus in quo differant. 189.190.232 233 acquiritur domino, etiam ſine ceſſione, ex pacto & ſtipulatione procuratoris. 263.1

Hypothecaria actio vt ſummoueatur, quæ exceptio neceſſaria ſit. 189.190.2

I

IGnominioſa miſſio de exercitu quæ ſit, & an notet infamia. 289.1 vtrùm in ea neceſſaria ſit expreſſio dictionis huius, Ignominiæ cauſa. 290.1

An Ignominioſo permittatur vt arbitrium in ſe ſuſcipiat. 677.1

Ignorantia in delicto quomodo excuſet 31.2 an noceat vel proſit debitori hæreditario, qui cum creditore ſit vero, & venditore hæreditatis tranſegit. 275 276.1 facti alieni, quatenus tolerabilis eſt. 299.1 an illa iuris excuſet ab infamia. 301.302.1

Vtrùm Immixtio in ſuo vel neceſſario hærede faciat vt obligetur, cùm legatariis aut creditoribus. 178.1.

Vtrùm impenſæ venire debeant in contrariam actionem negotiorum geſtorum ex bona fide. 407.1

Imperitia fideiuſſoris non debet nocere creditori qui ius ſuum executus eſt. 415.416.2

Imperium merum transferri non poteſt ſicut iuriſdictio 77.78.2 an mixtum tranſeat mandata iuriſdictione 86.88.2 cur ita appelletur, & quid differat à iuriſdictione. 90.1.2

Impetratio quatenus noceat. 96.1

Inter Impoſſibilitatem præciſam & commodam poſſibilitatem medium eſt. 137.1

Impubes adoptatus quatenus pubes factus, debet emancipari. 58.1

Illius nomen in patreſfamilias quomodo accipiendum. 49.2.

In totum abire ab emptione, & in totum à priore emptione diſcedere, quomodo intelligantur. 171.2

Inceſti crimina humanius interdum tractantur quàm adulterij, & quare. 576.1

Incompetentia vnde naſcitur. 332.1

Inducta ad vnum finem, non debent contrarium finem operari. 37.1

Indulgentia reſtricta ad tempus præteritum includit tacitam prohibitionem in futurum. 36.1.2 eius poteſtas penes quem ſit. 282.1

An Infantes poſſint fungi officio aſſeſſoris. 88.2

An Infamia notetur ignominioſa miſſio de exercitu 289.1. Centurio, Præfectus cohortis vel Tribunus. ead. 2 an verò qui munus ſuæ ciuitatis detrectat, noménque ſuum in eum finem dat militiæ. 291.2 miles, qui lege Iulia de adulteriis, fuerit damnatus. ibid. 1 in ſcenam qui prodit. 292.1 qui operas ſuas locauit ead. 2 athletæ. ibid. agitatores. 293.1 qui quæſtuaria mancipia habet. ead. 2 ſeruus ex lenone non etiam poſt libertatem ibid. calumniator & præuaricator. 294.1.2 iniuriarum damnatus. ead 2 qui de crimine paciſcitur 295.1 condemnatus, pendente appellatione ead. 2 295.296 alieno nomine condemnati. 210.1 qui ab aduerſario impetrat pretio, precibus & gratis, ne ſecum agatur 294.295.296.2 qui authore prætore 296.2 qui iureiurando innocentiam ſuam probat ibid. hæres, qui in depoſito vel mandato malè verſatus ſit. 297.2 vel tutelæ iudicio damnatus hæres. 298.1 vtrùm is qui contrario iudicio eſt damnatus. ibid. an in actionibus quæ ex contractu proficiſcuntur. 299.1 vir non lugens vxorem 300.1 vxor non lugens maritum. 301.1 ſtellionatus damnatus crimine. 304.2

An Infans dari poſſit in adoptionem cùm in ea conſenſus vtriuſque, hoc eſt, dantis & dati, requiratur. 60.1.

Infinitum in Iure quomodo accipiatur. 100.2

Ingenuitatis munera omnia habet, qui ius aureorum annulorum impetrauit. 103.1

Vtrùm Ingenuus poſſit paciſci de alimentis ſibi legatis. 256.257.

An Inimicitiæ capitales excuſent procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. 317.318.1

Iniuriarum actio num detur aduerſus eum qui fideiuſſorem locupletem vel approbatum recuſauit. 120.121 atrocium actio finitur tempore etiam feriato, nedum inchoatur. 148.2

Iniurioſè facere aliud eſt, quàm iniuriam facere. 444.445.2.

Inopia ſuggillat exiſtimationem apud bonos & graues, & quare. 121.2 quomodo ea laborans libertos caſtigari dicatur. 109.1

Inquiſitores hodie iidem qui olim quæſtores. 17.18.1

Inquiſitio quid. ibid.

Inſtitores ſub cauponarum nomine intelliguntur. 738.1.

An Inſtitutus cauere debeat ſubſtituto de hæreditate reſtituenda. 126.2
Inſtrumenta quæ edenda. 352.2
Inſularum vſus vnde inuentus. 73.2
Interdicta cuius ſint iuriſdictionis 69.1 actionis appellatione contineantur, & in quo ab ea differant. 469.1.
Interdictum, vnde vi, ad quam interdictorum ſpeciem pertineat. 209.210.1 Quòd vi aut clàm ad quid detur. 658.2.
Intereſſe ob non editas rationes, quale ſit, & in quam veniat actionem. 161.2
Intereſt in facto, non in iure conſiſtit, ideóque incertum ſemper. 111.2
An Interlocutiones principis leges ſint. 42.2
Interlocutoria abſente vna parte ferri poteſt, nimirum illa per quam abſens euocatur vt adſit. 734.2
An Interpellatio liberti aduerſus patronum, pro vocatione in ius habenda ſit. 106.1
Interpretatio prudentum ſemper neceſſaria eſt. 105.1 legis ad quem pertineat. 35.43.2 qualis eſſe debeat 35.2 quando mutanda. 36.2 nihil vetat quin ſcripta non ſit. 40.2 pacti & contractus quæ ſit facienda. 229.330.2
Interrogationes differunt ab actionibus. 334.1.2
In Interuentionibus etiam ſuccurritur minori. 521.528.1
Inuitus propriè quid ſit, & pro quo aliquando ſumatur. 315.2
Irrogatio infamiæ denegatur filio in patrem, liberto in patronum, & quare. 104.1
Iubere aliud eſt quàm fideiubere. 518.1
Num Iudex delegatus iudicij dandi ius habeat. 77.78.1 datus iuriſdictionem nullam habet, nec ſuam, nec alienam. 89.2 ſiue priuatus, ſiue tempore ſui magiſtratus, iudicare iubet. 93.94.1 cur poſſit etiam grauiorem pœnam & vltra legem imponere. 303.1 quatenus cùm reo tranſigere queat. ead.2 quando debeat condemnare furem in quadruplum. 304.1 poteſt reprobare dicta teſtium, illæſa eorum exiſtimatione. 307.1 quatenus eius officium tantundem poſſit ad vſurarum condemnationem faciendam, quantum expreſſa vſurarum ſtipulatio. 386.387.2 verùm ordinarius prohibendus ſit vt arbitrium in ſe recipiat. 679.1 quatenus ſe interponere debeat & poſſit in re arbitraria. 682.683.1 an ſit aliqua differentia inter illum & arbitrum quantum ad litigatores. 692.2
Iudicantis & ius dicentis differentia. 34.2
Iudicatum & iuratum cur inſpiciendum. 301.2
Iudicem dare litigantibus an ſit iuriſdictionis, vel imperij. 90.1.2
Iudices non ſunt ius dicentes, ſed ius dicentes poſſunt etiam dici iudices 58.2 eos notatos eſſe non oportet. 65.2 cauſarum ciuilium Prætores, criminalium, Quæſtores. 11.12.1
An qui Iudicio ſtetit aliquem poſſit ex ſtipulatione, ſiue ad pœnam, ſiue ad id quòd intereſt, conuenire. 112.1.
Iudicio ſiſti aliquem impediens an ſit puniendus. 133.134.1.
Iudiciorum ſtricti iuris & bonæ fidei differentia, in quibus locum habeat 115.116.1 in illis ſtricti iuris perpetuum eſt, vt nunquam actio formetur per pactum, quantumuis incontinenti appoſitum. 169.1
Iudicium & iuriſdictio differunt. 5.6.2
Iudicium redditur in inuitum 56.2 vbi ſemel acceptum eſt, ibi & finem accipere debet. 94.2 cur eius exitus dubius eſſe dicatur. 99.2 illud & actionem dare. idem ſunt. 561.2
Iunius Brutus author regum eiiciendorum. 34.1
An Iura conſanguinitatis ſint inter nepotes, mortuo auo, quorum alter in nepotis loco adoptatus ſit. 61.
an prædiorum vrbanorum & ruſticorum ſint incorporalia. 62.2
Ipſo iure quid fieri, quomodo intelligatur. 5.6.1
Iurandi neceſſitas non debet facilè includi, & quare. 323.324.1.
Iuriſconſultus & cauſidicus differunt. 27.1
Iuriſdictio Conſulis quæ ſit. 67. Præfecti vrbi. 69.& ſeq. Quæſtorum. 71.1 Prætoris. 72. Præfecti vigilum. 73.1 Proconſulis. 73 Legati proconſulis. 74.1 Præfecti Auguſtalis. 78. Præſidis. 80.1 Procuratoris Cæſaris vel rationalis. 83.84. Iuridici Alexandriæ. 85. aliorum. 88. quæ ſine modica caſtigatione & coërcitione nulla eſt. 93.2 quare eam ſuo iure habens, mandare eam poſſit. 73. quando prorogari dicatur. 94.2 quæ certæ rei vel quantitatis finibus coarctata eſt, ſupra eam quantitatem, vel extra eam rem, nulla eſt. 95.2 quid in ea dicatur extremum. 98.2 illius formam eludere quis dicatur. 310.2 Eccleſiaſtica à laico, vel ſecularis à clerico prorogari nequit. 218.219.2 tranſactionis de alimentis, ad quem pertineat. 261.262.263
Iuriſconſulti cur ſacerdotes appellentur. 1.2. proprietatis verborum ſunt ſtudioſiſſimi. ead. 1.1. cur dicantur æquum ab iniquo ſeparare. ead.2.
Iuriſdictiones an & quomodo diſtinguendæ. 95.1
Iuriſperitum ſe dicere quis poſſit. 27
Iuris profeſſores primi qui. 22.23.24.&c.
Iuriſprudentia cur omnia ambitu ſuo comprehendat. 5.6.1. eius principium vniuerſaliſſimum quòd. 5.1 non eſt ſcientia æqui & iniqui. 5.6
Iuriſprudentia media quæ, & vnde dicta. 9.2
Iuriſprudentiæ Laus præcipua in quo conſiſtit. 22.13.2 eſt diuinarum atque humanarum rerum ſcientia. 13.14.2
Ius quare à iuſtitia dicatur appellatum. 1.5.6.1 ſtudij eius partes quot, 2.1 cur ars boni & æqui. ibid. eius notitia difficillima. 1.2 cur de publico nihil aut perpauca ſaltem in libris noſtris reperiatur. 1.1 vt cuius iuris ſit vnaquæque dignoſcatur origo ſpectanda. 3.1. gentium, naturale & ciuile quomodo inter ſe differant. 2.1.2 ciuile quare introductum. 4.1 eius proprietas quæ. 4.1 iuris definitio. ibid. Prætorium ſeu honorarium ibid. gentium æſtimator ex ratione naturali. 3.1.44.1 eo gentes omnes ſemper vtuntur, ſed eius non ſunt omnia, quibus gentes vtuntur omnes. 5.2. eius nomen eſt æquiuocum. 5.6.1
In ſanguinis ſeu cognationis eſt iuris naturalis. 6.7. ciuile Papinianum cur ita dictum. 7.8. Flauianum. 10.11 Ælianum. ibid. non poteſt conſtare, niſi ſit aliquis iuriſperitus. 32.41.2 quod contra eius rationem eſt, non recipiendum. 34.1.2 quomodo ſingulare eſſe dicatur. ibid. in eo prudentia non ſufficit, ſed authoritate opus eſt. ibid. 2 vt inducatur quæ requirantur. ead. 2. in quo conſiſtat. 41.1.2 patriæ poteſtatis vnde naſcitur. 49.1 non amittitur per furorem. 50.1 nepotis, quòd habet in familia adoptiua, an poſſit tolli. 54.1.2 an poteſtatis ſemel quæſitum, ſiue in filium, ſiue in nepotem, poſſit ſolui. 57.2 diuini quæ ſunt, nullius ſunt in bonis, & quare. 61.1 ſtatutorum vel impetratum quatenus trahi poſſit ad conſequentias. 95.96.97 cur iniquum & iniurioſum quòd eſt Ius etiam appelletur. 95.1 cùm illud ſit certum & finitum, cur experiundi iuris cauſa in ius vocare dicatur. 99.1 an quilibet & quolibet tempore ad illud vocari poſſit. 100.1 publico derogari non poteſt priuatorum cautionibus. 122.1 illud reddere dicitur prætor, tum quoque cùm iniquè decernit. 146.147.1 an illud agnationis pacto amitti & repudiari poſſit. 224.225.1 quomodo publicum intelligatur in l.38. de pactis. ff. 227.228.2 fiſcale quid ſit. 232.2 pactis priuatorum lædi aut minui

minui nequit. ibid. veteris & noui ratio diuerſa ad legem.61.ff.de pactis.245.246.1 quid differat canonicum à ciuili quoad initiam facti attinet. 294. 2 ſingulare reſtitutionum quòd ſit. 553.1

Ius omne aut conſenſu populi totius factum, aut ex neceſſitate conſtitutum, aut ex conſuetudine firmatum. 31.t 2.t

Ius vix vllum eſt tam generale quòd non aliquam exceptionem patiatur. 34.1

Ius ſummum, ſumma crux. 1.t

Ius eſſe in ciuitate parum eſt, niſi ſint qui iura reddant. 5.1

Iure ciuili multa introducta quibus tamen gentes omnes vtuntur. 5.2

Iure conſuetudinario nullum certius. 9.1 quomodo inducatur. ead. 2 incertò nihil periculoſiùs. ibid.

Ius ſcriptum certitudinem habet ex authoritate ſcripturæ. 9.3

Ius xii. tab. quando vetuſtiſſimum appellatur, de iure ſcripto intelligitur. 18.19.1

Ius dicens intelligitur Magiſtratus, & ab ipſo iuriſdictionem mandatam habens. 89.t

Iuſiurandum in litem cui detur. 115. 116. 1 quando fiat in actione ex ſtipulatu. 118. 2 quomodo quodlibet ſit accipiendum. 120. 2 quare requiratur ab aduerſario argentarij, vel editionem rationum faciat. 155.2 omne eſt obligatorium iure Pontificio. 176. 2 eius & pacti de non petendo differentia ex Cuiacio. 197. 198. 2 item & nouationis. 203. 204. 2 qui eo innocentiam ſuam probat, non fit infamis. 296.2

Iuſtitia quomodo à Iure deſcendat. 1.1 cur dicatur conſtans & perpetua voluntas, cùm hæc vix in hominem cadere poſſit. 5.1 ſola ex virtutibus alienum bonum ſpectat. 5.3

Iuſtus eſt non tam qui iuſta facit, quàm qui voluntatem habet iuſta faciendi. 5.2

L

LAcedæmonij quo iure vtebantur. 4.3

an Latitatio rei ſufficiat ſine condemnatione, vt actor mittatur in poſſeſſionem bonorum. 107.108

Laus magna eſt quæ à nobis, ſed maior, quæ & à nobis & ab aliis proficiſcitur. 29.30.1

Quatenus legata conditionalia poſſint tranſire in nouationem. 250. 2 quatenus relinqui poſſint in codicillis ab inteſtato. 271.273.t

Legatario cauetur extra ordinem & diebus feriaticis, & quare. 147.t.2

an Legatarius debeat edere verba teſtamenti hæredi, cùm legatum petit. 158.1 vtrùm argentarij, rationes edere. 258. 159. t an faciat quicquam contra voluntatem teſtatoris, cùm remittit ſatiſdationem hæredi. 234. 235 1 an poſſit tranſigere de pecunia ſibi legata, vt ex vſuris eius ſe alat. 256. 2 an poſſit locuples de futuris alimentis tranſigere. 157. 2 an ei prohiberi poſſit domicilij mutatio à teſtatore. 258. 1 an permitti tranſactio de fundo ad alimenta legato. 260. t. 3 an ei competat actio in vtrumque hæredem. 271. 272 & ſeqq. an ſilens poſſit agere hypothecaria in res à legitimo hærede poſſeſſas ex hæreditate. 274 a quàm habeat actionem ſi tabulæ teſtamentariæ delatæ ſint. 501. 502. 2 vtrùm abſens reſtitui debeat. 653.1

Legationis cauſa abſenti quatenus ſuccurrendum ſit. 638. 1 an Legationem præſtandorum obligatio diuidatur. 224.225.2

Legatum ex die mortis acquiritur legatario. 476. 2 eius agnitio & petitio voluntaria eſt, ſatiſdatio verò ad illud conſequendum minimè. & quare. 123. 2 cùm eius nomine fuit interpoſita ſtipulatio, tunc actioni de dolo locus eſſe poteſt. 477. 3 an illud militiæ ſit perſonale, aut caſtrenſis peculij. 514. 2 cur alimentorum & habitationis perſeuerat poſt minimam & maximam capitis diminutionem. 691.693.2

Legatus proconſulis quam iuriſdictionem habeat. 74.t quomodo proconſulis eſſe dicatur, quamuis datus à Cæſare. 76. 2 an merum habeat imperium ſicut & proconſul. 78.t. 2 an iudicem dare poſſit. ibid. quatenus quid proprium habeat. ibid. an tutorem dare poſſit. 79. 2 an Reipublicæ cauſâ abeſſe dicatur. 649. 2 vtrùm compromittere poſſit, & cum eo arbitrium dari. 719. 720. Lege agere, & de iure ſuo ex legis actionibus in iudicio experiri differunt. 9.10.2

Leges ſanctæ quare dicantur. 71.2 à quibus acceperunt Romani. 4. 2 earum interpretandarum ſcientia olim apud Pontifices erat. 6.1 eas ignorare aut diſſimulare non licet. 9.2 ad eas conſtituendas qui & quales eligendi. 9.10.1 non ſcriptæ quomodo rogatæ cenſeri poſſunt. 4. 2 iis carere faciliùs, quàm rectore. 7.t. 9.t duodecim tabularum auctor quis fuerit. 9. prohibitoriarum & permiſſiuarum vſus qualis. 21.t earum poteſtas conſeruanda. 35. 2 quando iis fraus fieri dicatur. ibid. & 28. t priores non poſſunt videri de poſterioribus cogitaſſe, quomodo tamen ad eas trahantur. 37.1. 2 earum eſt leges abrogare, & legibus imperare. ibid. 2 contra eas factum non poteſt rei iudicatæ vim habere. 146.147.2

Legiſlator ciuilis æquitatem ſemper æſtimat ex publica vtilitate. 24.t eius mens ſpectanda ſemper & ſeruanda eſt. 37. 2 vnde cognoſcatur. 38.t

Legiſlator quis dicatur. 8. 2 boni cura præcipua. 17.18.2

Lex appellatur communis Reipub. ſponſio. 4. 2. 10. 11. 2 illam non facit Prætor, ſed ius. 4.1.2.5.6.1 togata cur dicitur. 7.8.9. cur caſus omnes non complectatur. 32. 3 imperatiuis verbis concepta. ibid. t permittit, imperat, nec vetat, nec permittit. ead. 2 ad quem pertineat eius interpretatio, & qualis eſſe debeat. 9.10.2 35.1.2 quid faciendum in ambiguitate verborum eius. ibid. an de futuris loquens ad præterita trahi debeat. 36.3 mutatio illius periculoſiſſima. ibid. & 42. illa ex parte fauet, ex parte nocet. 37. 2 quomodo eſt æſtimanda. 38. 1 quomodo principem non teneat. ibid. Regia qualis fuit. ead. 2 hac omne ius omniſque poteſtas populi in principes tranſlata eſt. 5. 2. 12. 13. 2 ius agnationis tribuit. 16.1 Ælia Sentiâ patronus, qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittit iura patronatus. 101.t imperfectam quomodo definiat Vlpianus. 180. 281. t commiſſoria quid ſit. 577. 2 cur videatur odioſa. 578.1 per diuerſas. 20. C. mandat. quæ in Sabaudia viget, abrogata eſt in Galliâ, præterquàm in duobus caſibus. 664. 1 quatenus Licinia interdixit ne communi diuidundo agere poſſit is qui iudicij euitandi cauſâ rem alienauit. 671.1

an Libellus liberti aduerſùs patronum, pro vocatione in ius habeatur. 106.1 per eum quid fieri, & per decretum opponuntur. 76.77.1 an Liber factus ſiſti debeat qui in ſeruitute deliquit. 132.133.2

Liberalitatem captioſam quomodo interpretetur Bartolus. 250.2

Liberatio imperfecta quæ dicatur. 210.t quæ fauorabilior. 215. 2 ab ea ad accuſationem num ſit bona conſecutio. 75. 2 vtrùm illa procuratoris poſſit liberare dominum, aut aliter ei prodeſſe. 351.552.2

Liberum dici eſt iuris gentium. 3.2

Liberi & bona neceſſariò ſequuntur caput illius qui adoptatur. 54. 1 eorum appellatione qui contineantur 67.t 94. 2 104. 2 ex contubernio ſuſcepti vt dicantur naturales, quid requiratur. 100.1 an illi patroni, qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittant iura patronatus. 101. t. 2 illis non datur actio de dote contra parentes. 483. 484. 432. 433.1.2

An

An Liberta filiam ſuam ex patrono in ius vocare poſſit. 104.2

Libertas quomodo amittitur. 44. 1 fideicommiſſaria ſeruo debita peti debet etiam diebus feriaticis.148.2 num poſſit reuocari per procuratorem,cùm per eum dari nequeat.320.331.1.2 illa perſonarum nunquam reuocatur,fundis verò quæſita ſit,& quare.450.451. 2 cur illa valeat, quam dedit filius ante libertatis conditionem.501. 2 quatenus noſtra reſtricta fuerit per edictum de alienatione iudicij mutandi cauſa facta. 656.1

an Libertino permittatur vt arbitrium in ſe ſuſcipiat. 677.1

an Liberti poſſint eſſe aſſeſſores.80.1 vtrùm illis imputari poſſit ſi ampliùs erogauerint contra voluntatem teſtatoris. 411. 1 illis non datur actio de dolo contra patronos. 483.484.1.2

Cur Libertus manumiſſoris coniunctiſſimos, adeóque patroni hæredes in ius vocare non debeat. 100. 2 alienum adrogare num liceat.54.1 an ille Reipub.ſit ſingulorum, & proinde ſingulis honorem debeat, quem Reipublicæ.103.1.2 an poſſit patroni adoptiui, parentes etiam adoptiuos in ius vocare. 104.1.2 an filium in adoptionem datum à patre. ibid. num etiam emancipati filium ead. 2. an liberis patroni ipſum capitis accuſantibus honorem debeat. 105. 2 quomodo dicatur ei denegari actio in patronum ibid. an patronum in ius vocare poſſit, qui tutoris, curatoris,aut actoris vicem gerit.106.1 nec tamen eius tutorem vel curatorem. ead. 2 an filium qui adhuc eſt in poteſtate patris.ibid.an eius interpellatio & libellus aduersùs patronum, pro in ius vocatione habenda ſit. ibid. 2 tanquam tutor an poſſit patronum in ius vocare. 107.1 an & patronam. 108. 1 an communis aliquem ex patronis in ius vocare queat. ibid.1.2

in Licitatione & emptione qui ſint præferendi. 244. 245.1.2.

Quæ Lis eſſe poteſt inter patrem & filiumfamilias.ibid. 2 quando finiri dicatur. 247.1.2 conteſtatæ tempus quare ſpectemus. 82.2 eius conteſtationem quando quis impediat. 98. ad eam futuram quomodo poſſit conſtitui procurator. 311.312. 1 ante conteſtatam liberum eſt mutare procuratorem vel iudicium accipere. 318.319 atque etiam hæredi. 319.1 certa quæ intelligatur 311. 312. 1 à procuratore non facilè eſt transferenda,ſi retentione aliqua procurator vti velit. 322.2 vnius plurium perſonarum,an plures dari poſſint procuratores. 227.1.2 an eius amiſſio debeat nocere procuratori. 350. 1.2 an bona petere debeat ob hoc ſolùm quòd quis vel iudici, vel aduerſario pœnam dederit. 430. 1.2 eius incommoda & vexationes.517.1.2 qui eam in alium tranſtulit, qua actione teneatur. 665.1.2

Literarum requiſitoriarum vſus vnde & quis. 95.2

Litigans de ſtatu ſuo, hoc ipſo in poſſeſſione libertatis conſtituebatur iure xij.tab. 18.19.1

Litigantibus iudicem dare an ſit iuriſdictionis aut imperij. 90.2

Litigator temerarius differt à calumniatore. 295. 296. 2

An Litigatores priuilegio feriarum renunciare volentes ſint prohibendi. 145.146. 1 non poſſunt diem proferre ſine arbitro. 697.1

In Littore ædificare quomodo quis debeat. 63.1

Locuples quis dicatur. 111.117.118.125.126.1

An Lucrum conſiderandum ſit in eo qui dolo magis egit.480.2 illud omittere quis dicatur. 557.558.1

Luctus parentum & liberorum non eſt impedimento nuptijs.300.1 pro quibus perſonis non fiat.300.301. 2 pietatis eſt maximæ. 308.2

An Lyntrarius eodem edicto teneatur quo exercitor nauis. 757.2

M

MAcedo cauſam dedit Senatuſconſulto Macedoniano,& quare. 278.2

Magiſter ſocietatis, qui & magiſtratus, quid ſit, & an paciſci poſſit ignorantibus ſocijs.184.185.1,2 nauis quis dicatur. 736. 2

Magiſtratus viua vox iuris ciuilis.13. 14.1 dictus quaſi populi magiſter. ibid. eius eſt iura & remp. tegere, ibid.nullus ſine poteſtate & imperio,ibid. ita eſt populi magiſter vt etiam miniſter. 15. 16. 2 ius dicere dicitur etiam cum dat iudicem 22. 2 non omittit quòd legibus omiſſum eſt. 32.33. 2 an debeat multa diſſimulare conniuentibus oculis.76.77. 2 debilioribus ſubuenire debet.77.78.2 facilem ſe præbere,nec ad odium,nec ad fauorem declinare.83.84. quòd facit habens legitimam poteſtatem,non fit per vim.85. 1.2 an municipalis poſſit facere ea, quæ magis ſunt imperij quàm iuriſdictionis. 90. 2 cur non licet ei ſupplicium ſumere de ſeruis.158. 159.1 non tranſit in mandatarium iuriſdictionis. 86. 2 à quo tempore factus eſt perpetuus.90.1 maior quatenus ſe ſubijciat iuriſdictioni minoris. 93.94. 1 competens habet iuriſdictionem in inuitum, incompetens verò nonniſi in volentem.94.1 qualis ſit eius dignitas.95.1 municipalis non habet ius mulctæ dicendæ. 98.& 111. 2 an poſſit vocari in ius. 106. 2 cur ius non dicebat olim pridie kalendas Ianuarias.149. 1. 2 cum inuitus vtrùm poſſit admitti ad alienam defenſionem. 354.1 quatenus vim facere dicatur. 444.445.467.1 an cogendus ſit arbitrariam ſententiam dicere. 675 676.

Magiſtratus-ne ſunt qui extra ordinem creantur. 22.2

Magiſtratibus Rom.fuit inconueniens veſpertinis temporibus in public.videri. 21.1.2

Magiſtratuum auctoritatem violantes,quis coërcere debeat. 4. 1 perpetuis hodie aliud indulgetur, quàm priſcis annis.76. 2 eorum alij ordinarij, alij extraordinarij.15.16.2 perpetuos,primus fecit Tyberius,cùm anteà eſſent annui. ibid.

Magiſtri equitum qui.ibid. à Dictatoribus eligebantur, cur. 16. 17. quid differebant à Præfectis prætorio. ibid.1.

Maiores parentum appellatione continentur,ſicut deſcendentes omnes appellatione liberorum.100.2 inter eos & minores quæ differentia quo ad reſtitutionem. 505.562.2.

Mancipium vnde dictum. 3.1

Mandari magiſtratum aliud eſt,aliud iuriſdictionem iure magiſtratus competentem. 86.1

Mandatarius iuriſdictionis, non ob id dicitur inferior. ibid.an cognoſcat de alienandis rebus minorum, & de ſuſpecto tutore. ibid. & 87.1 an poſſit alteri mandare ſuam iuriſdictionem. ibid.& 90. 110. an finiatur eius iuriſdictio morte mandantis. 90. vtrùm ſibi aut ſuis ius dicere debeat. 92. 1 an poſſit iudicem dare. 93.1. 2 ius habet mulctæ dicendæ. 98. 1.2 an ad eum pertineat ratio argentarij. 156.1

Mandatum idoneum quòd dicatur. 310.311. 2 tacitum duplex eſt.340.1 eius nomen quomodo differat ab illo negotiorum geſtorum, & quatenus non impediat. 427.1.2

Manilius inter primos iuris profeſſores, idémque Pontifex Maximus. 24

Manumiſſione beneficium nullum maius eſt. 3.2

Manumiſſio non reddit ingenuitatem.45.2 vi facta reſtitutione reuocatur. 448.2

Manu

Manumiſſiones cuius iuris eſſe dicantur. 3.1
Manumiſſor quis dicatur. 101.1 an ex cauſa fideicommiſſi in ius vocari poſſit. ibid.& 102
In Manumiſſum quatenus detur actio de dolo. 477.478.2
Mariti priuilegium quodnam ſit, aut accuſat iure mariti. 574.575.1
an Marito quo tempore vxoris negotia geſſit, poſſit imputari, facto diuortio, quòd à ſe non exegerit. 419.420.2
cur Maritorum dignitates vxoribus communicentur. 66.1
an Mater ſit ſemper certa etiam non interuenientibus nuptiis. 100.1 eius quo caſu illi permittendum ſit pro filio agere. 340.2 an poſſit ad lites filij tractandas conſtituere actorem, præſertim periculo ſuo. 414. rem donatam filiæ à ſponſo accipiens, vtrùm mandati obligetur vel depoſiti. 416.417.1 quando de ſuo filium aluiſſe probetur. 418.1
Matrimonium fauorabilius eſt & vtilius Reipub. quàm adoptio, & quare. 60.1.2
Mediaſtini qui & vnde ſic dicti. 647.2
Medici militum per quam clauſulam reſtituantur. 647.2
Medico imputari debet quòd per imperitiam commiſit. 80.
Mercatores coguntur reddere rationes, & quomodo. 260.161.2
ſi Metu venijt ea conditione, vt iniquis ponderibus traderetur, an poſſit locum habere actio de dolo, ſi aliter factum ſit. 493.1.2
Meſonauta quis appelletur. 714.2 ei tenetur exercitor actione in factum. 747.748.2
Meſſium vindemiarumque tempore non eſt quis compellendus venire ad iudicium, & quare. 145.146.2 à quo illud conſtituatur. 148.2
Metus & vis quatenus differant. 443.444.2 an iuſtus ſit ob interuerſionem inſtrumentorum ſtatus. 455.1 præſens poteſt eſſe etiam periculi futuri. 447.1 an habeat ignorantiam. 454.2 illatus reo num fideiuſſori fieri intelligatur. 456.1 an id quòd eius cauſa factum eſt vllo tempore habeatur ratum à prætore. 463.464.
Metus fortiſſimum pacis vinculum. 15.16.1
Miles vnde dicatur. 281.282.1 vtrùm infamis ſit, qui lege Iulia de adulterio damnatus fuerit, non adiectis his verbis, *Ignominiæ cauſâ*. 291.1.2 an veteranus poſſit eſſe procurator. 351.1 an & defenſor. 352.354.2 vtrùm poſſit reſtitui aduerſus emptores tanquam læſus, cùm nihil ex ſuis bonis amiſerit. 619.620.1.2 an qui commeatu accepto domi ſuæ eſt, Reipublicæ cauſa abeſſe videatur. 648.2 an illi facta donatio iudicij mutandi cauſa valeat. 670.671.
Militare qui dicantur. 655.1
Militaria quæ ſunt, etiam feriatis diebus peragenda. 150.1
cur Milites non poſſint eſſe fideiuſſores locupletes, & an priuilegio ſuo renunciare. 123.1 qui Romæ militant, pro Reip. cauſa abſentibus habentur. 607.608.1.2 vtrùm abſint Reip. cauſa, qui à ſignis diſcedere impunè non poſſunt. 655.1
Militum fauor quatenus faueat Reipublicæ. 80.1
Militia quid, ex Cuiacio. 514.515.2
an Minor maiorem adrogare poſſit. 54.60.2 qui locuples dedit ſeipſum adrogandum prædonis reſtituitur. 58.2 illi ſuccurritur pro reſtitutione aduerſus propriam aditionem inconſultam. 85.1 dummodò decimum ſeptimum annum exceſſerit, poſtulare poteſt. 277.1 quem quis pro idoneo defenſore admiſit, reſtitui poteſt ſine dolo malo 351.352.2 poteſt in integrum reſtitui, ſi quâ in re læſus fuerit, quamuis à tutore vel curatore defenſus. 442.2 vtrùm ei permittenda reſtitutio aduerſus rem iudicatam. 441.1 ſi circumſcriptus vendiderit ſeruum cum peculio, an neceſſaria ſit actio de dolo. 473.475.1 quatenus curatorem accipere debeat. 505.1.2 an poſſit reſtitui ſi poſt legitimam ætatem ſententiam paſſus ſit eius quòd in minori ætate geſtum fuerat. 508.1.2 non eſt reſtituendus in re peculiari, ſi eius nihil interſit, ſed ſolius patris. 509.1 quo caſu ex ſuo contractu non reſtituatur. 510.2 an lædatur is, qui ſpem futuri legati remittit. 514.515.1.2 aduerſus culpam ſuam etiam reſtituitur. ibid. 1 ob lites. 517.1.2 an reſtituatur, ſi pecuniam perdiderit, aduerſus debitorem qui bona fide ſoluit. 518.519.2 an ſit compellendus vt accipiat curatorem ad accipiendam ſolutionem. 519.520.1 in interuentionibus reſtituitur, & quomodo. 521.522.1.2 in iudiciis. 522.523.1.2 ſi hæreditatem adijt minùs lucroſam. ead. 1 aduerſus agnitam bonorū poſſeſſionem. 523.1 reſtituitur aduerſus aditionem hæreditatis quia reddere teneatur. 524. in lucro etiam reſtituitur. ibid. ſi legatum repudiauerit. 525.1 an in ſuorum bonorum venditione. 526.1.2 vtrùm indigeat reſtitutione, vt prouocare poſſit condemnatus. 527.528.1 velut contumax. 528.529.1 quomodo reſtituatur aduerſus venditionem pignoris factam ex authoritate iudicis. 529.530.1 an reſtituendus, quid ſi obligauit ex dolo vel etiam ex delicto. 531.2 quare reſtituatur poſtquam in duplum vel in quadruplum condemnatus fuit. 532.2 vtrùm reſtituatur qui ſe in ſeruitutem venire patitur, ad pretium participandum. 533.2 an eius interſit ſeruum non manumitti. 535.2 quomodo reſtitui poteſt aduerſus venditionem ſerui ſibi factam. 536.1 quatenus reſtituendus ſit, cùm locupletem adijt hæreditatem. 538.539.2 quomodo alter contra alterum reſtitui poſſit. 539.540.1 an datur ei reſtitutio in rem. 542.1 in tertium poſſeſſorem. 543.2 quartum & quintum. 544.1.2 quo caſu non concedatur ei reſtitutio. 546.2 vtrùm mutuus per condictionem reſtituatur. ibid. & 547. an relegatus pro præſente habendus vt quòd ad ius petendæ reſtitutionis. 551.1 vtrùm reſtituatur ſi ſua ſponte negotiis maioris interuenerit. 555.556.1 ſi abſentis negotia geſſerit. ibid.& 557.2 reſtituitur etiam ſi lucrum omittat. ibid. & 558.1 habet & conſequitur repetitionem indebiti ſoluti. 561.2 conſtituitur in eo quòd viliùs vendiderit, aut carius emerit. 564.565.1 an eius reſtitutio poſſit auferre fideiuſſori beneficium quòd is non à minore habeat, ſed à lege. 565.566.1 vtrùm ei danda ſit actio contra curatores, tametſi ætatem illi non ignorauerint. 570.2 qui pecuniam accepit & conſumpſit fauorabilior eſt eo qui credidit. 572.1 an reſtituatur aduerſus eum à quo fuit inſcriptione ſuperatus. 572.573.1 vtrùm aduerſus omiſſam allegationem. ibid.& 574.2 in pœna quam remiſerit. ibid. an ob omiſſam vſucapionem reſtituendus ſit aduerſus vſucapionem cœptam contra defunctum, licèt complendæ eius tempus in minorem ætatem inciderit. 577.1 vtrùm aduerſus venditionem fundi à curatoribus factam. 579.580.1.2 an debeat reſtitui qui partam ex cauſa iudicati perſecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerit. ibid. & 581.1.2 quatenus teneatur defenſori, ſi bene geſſerit. 586.587.2 an reſtituatur aduerſus venditionem rerum pupillarium à tutore factam, ibid. in quibus caſibus requiritur, vt probet grande ſuum damnum verſari. 590.1 an coram illo dicta videatur ſententia arbitraria. 718.2 vtrùm arbitrium ab eo datum valeat. 731.
Minores num poſſint eſſe fideiuſſores locupletes, & an priuilegio ſuo renunciare. 123.1 non ſunt idonei defenſores, ex quibus cauſis in integrum reſtitui poſſunt

ſunt. 351. 352. 1 inter illos & abſentes Reipub. cauſa quæ ſit differentiis, quoad reſtitutionem in integrum. 442. ibid. & 443. quatenus adiuuentur ſuffragio ætatis in delictis. 575. 576. 2
an Miſſi de exercitu ignominiæ cauſâ poſſint morari vbique. 292. 1
Miſſio in poſſeſſionem legatarij num debeat nocere hæredi, quominus poſſit petere, vt pro ſatiſdatione præſtanda remittatur ad eum locum, ad quem remitti deberet, ſi nulla interceſſiſſet. 123. 1 124. 2 illa de exercitu quotuplex eſt. 289. 290. Verum in ea facienda neceſſaria ſit expreſſio huius dictionis, *Ignominiæ cauſâ.* ibid. 2
verùm Miſſus ad malos homines compeſcendos Reipublicæ cauſâ abeſſe dicatur. 649. 2
Mittere in poſſeſſionem verùm ſit magis imperij quàm iuriſdictionis. 90. 1
Modus & quantitas an ſint conſiderandi à prætore in tranſactione de alimentis. 257. 2
Monarchia excellentior eſt ariſtocratia atque democratia. 12. 13. 1
an Monumenta quæ ſunt ad littus maris ſint communia. 62. 1
Mora non minus perpetuat obligationem debitoris & etiam fideiuſſoris, quàm culpa 120. 2 non perpetuat obligationem aut actionem, quæ morte finita eſt, quamuis ſit longi temporis. 144. 2 vbi fieri intelligatur, & contrà. 141. 1 an fieri debeat arbitrio, prætextu reſtitutæ poſteà petitionis hæreditatis. 720. 721
Morbus perpetuus quis intelligatur. 285. 2 vtrum eo detentus poſſit admitti ad alienam defenſionem. 254. 1
Mores vnde introducti. 39. 1. 2
Moribus antiquis viuendum, verbis recentibus vtendum. 27. 2
Mortem ſibi inferre cur non liceat. 15. 1
Mulctæ dicendæ ius quis habeat. 98. 1 in quo differt à pœna. 111. 1
an Mulier proſtituta vt fiat libera, habeat libertatem ex facto & pacto venditoris, qui eam hac lege vendidit. 102. 2 an ſit idonea ad fideiubendum. 123. 1 in rem ſuam fideiubet. 124. 1 quam actionem habeat pro dotis repetitione, & vt ſatiſdare cogatur. 129. 2 an exceptione debeat adiuuari, quod valetudine impediatur iudicio ſe ſiſtere. 137. 1. 2 fideiubens pro viro, à quo actor fundum dotalem vindicat, in cuius rem fideiubeat. 200. 2 an poſſit agere actione de dote ſtatim reddenda, ex pacto appoſito ex interuallo. 207. 208. 2 an poſſit eadem die ſumere & deponere lugubria. 299. 2 ſponſa eſſe poteſt intra tempus lugendi. 300. 2 notatur infamia quæ nubit intra tempus legitimum. 301. 1 crimine damnatum lugere debet maritum. ibid. an notetur infamiâ, ventris nomine in poſſeſſionem miſſa, etiam per calumniam. 304. 305. venia hoc caſu digna eſt, quæ falsâ exiſtimatione decepta fuit. 306. 1 an ei noceat quæſtus ſanæ eius in ſeruitute factus, vt perinde notetur infamiâ. 309. 1. 2 vtrùm poſſit reſtitui aduerſùs dotis conſtitutionem. 530. 531. an verò ſi diuortium culpâ ſuâ fecerit. 532. 1 ſi pactione dotis deteriorem conditionem ſuam fecerit. 589. 2 depriuata poteſt de dote agere contra maritum. 602. 1 & quare. ead. 2 an, ſi compromiſerit alieno nomine, pœna committatur. 716. 1
cur Mulieres arceantur à muneribus ciuilibus. 45. 2
Muneris cauſâ impeditus in ius venire, exceptione iuuatur. 136. 1. 2
Munus ciuitatis ſuæ qui detractat, & nomen ſuum in eum finem dat militiæ, an infamiâ notetur. 291. 2
an Municipes ex ſuo dolo poſſint conueniri. 489. 1
Municipium ad ciuitatem pertinet, etiam ſi eius muri non ſint ciuitatis. 63. 1
Q. Mucius Publij Mucij filius, primus ius ciuile in corpus redegit. 24. 1. 2
Muti quomodo capaces iniuriæ eſſe dicantur. 64. 1. 2
Muros reficere municipij cuius ſit. ibid.
Mutare ſententiam & ſupplere differunt. 694. 1
Mutatio omnis periculoſa in Rep. 52. 53. 1 legum periculoſiſſima, & quare. 56. 43. 2 ſtatus quomodo conſideranda ſit in capitis diminutione. 603. 2
Mutus an paciſci poſſit. 165. 166. 1. 2 quatenus procuratorem dare. 344. 1

N

cur NAturales non poſſint teſtamento hæredes inſtitui. 38. 2 nec ſuccedere ab inteſtato. ibid.
Natalibus ingenuis non officit manumiſſio. 45. 2
Natalibus reſtituendo, an ius patroni tollatur. 103. 2
an Natus poſt mortem patris, poſſit habere eius dignitatem. 66. 1 vtrùm & à ſenatu remoti. ibid.
an nondum Natus egeat reſtitutione, qui rem vſucaptam amiſit. 584. 585
Neoſilares & dietarij qui ſint. 736. 2
Nautæ vbi ſemel receperunt non poſſint ſe exonerare. 737. 1 quis hoc nomine intelligatur. ead. 1. 2 quatenus omnia ſalua fore recipiant. 739. 1 tenentur etiam de iis quæ in domum ſuam immiſſæ ſunt. 740. 2 illis competit furti actio. 742. 1. 2 cuſtodiæ nomine tenentur. 743. 2 etiam iis quos gratis receperint. 744. 1
Neceſſariæ perſonæ qualemcunque fideiuſſorem dando liberantur. 111. 2 quæ ſint illæ. 117. 118.
Neceſſitas facit licitum, quòd aliàs eſſet illicitum. 68. 2 86. 1 56. 1 fecit Senatum & Principes. 12. 13. 1
Nefaſti dies qui olim dicebantur. 148. 2
Negotia plura ſunt quàm vocabula. 10. 11. 2
Negotia peculiaria non ita ſunt patris aut domini, vt non ſint etiam filijfamilias vel ſerui, & contra. 400. 2 vtrùm qui hæreditaria agit, obliget ſibi hæreditatem, aut ei obligetur. 403. 1
Negotiorum geſtor quis dicatur. 310. 1 an teneatur illorum, ſi non vt oportuit gesserit. 374. 375. 1 horum nomine quæ intelligantur. ibid. & 376. 1 hæreditariorum geſtor, nullius geſſiſſe dicitur. 377. 1 an eorum gratia pupillum obligatum ſibi quis habere poſſit. 380. 2 an eorum geſtori imputari poſſit, cur debitum non exegerit præſertim à ſemetipſo. 386. 387. 2 nihil commodi ex iis retinere debet ſibi, ne quidem quòd per errorem aut iniuriam iudicis conſecutus eſt. 388. 389. 2 an ei competat & tribuatur actio ſumptuum quos fecit. 391. 392. 1
An teneatur de dolo caſu, & leui culpa. 393. 1
An ad eum pertineat lucrum. 394. 1
Quodnam tempus eſt ei ſpectandum. 396. 1
Qui rem meam vſucepit, an vt reſtituat obligetur. 400. 401. 1
An illi imputetur ſi vſucapionem compleuerit, ex quo ſciuit rem domini eſſe. ead. 2
Vtrùm vſuras pecuniæ præſtare debeat. 401. 402. 1
An eius officium finiatur morte eius ad quem negotia pertinebant. 403. 1. 2
Vtrùm damnum ad eum pertinere debeat, ſi quid indebitum ſoluerit. 405. 2
Quatenus redhibere debeat. 421. 1. 2
Qua actione agat, ſi ſerui rogatu negotia ſuſceperit. 425. 1
Negotium alienum fit proprium ratihabitione. 96. 1
Vnum eſſe, & vnum contractum, quando intelligatur. 327. 2
Periode vtiliter geſtum eſt debitoris, cùm ei acquiſita eſt

eſt exceptio, ac ſi ipſo iure liberatus eſſet. 416.2 quatenus perfectum & imperfectum dicatur. 449.1.2
Nepos quòd ius habeat in familia adoptiua. 54.2 an in eam adoptari quis poſſit ex filio viuo, & in poteſtate. 52.1.2 eius & nepris facilior eſt adoptio, & quare. 51.2 illi nulla debetur legitima viuo filio. 56. 2 in tratin locum filij, & fit ſuus hæres qui antea non erat. 57. 60. quando ſuccedat in locum filij. ibid. 2 quomodo dicatur fieri per adoptionem. 61.1 iuſta interpretatione continetur appellatione filij. 118.2
Nocentem dimittere melius eſt, quàm innocentem damnare. 80.2
Nomina quædam naturalia, quædam ciuilia. 3.2
Nominum periculum pertinet ad negotiorum geſtorem & quare. 422.423.
Non titè & non rectè quomodo differunt. 5.6.1
Non vetare aliud eſt, aliud velle: aliud nolle, aliud vetare. 38.2
Notarij ſerui publici olim dicebantur, non ita nunc. 55.2 noſtrorum imperitia notatur. 633.634.2
an Nouatio ſit permiſſa vni ex correis ſtipulandi, etiamſi ſocius non ſit. 203.204. vtrùm ſolutio dici poſſit, aut eius vim habere. ibid. in quo differat ab acceptilatione & iureiurando. ibid. an fiat, cùm ſtipulatio prior tollitur per poſteriorem. 206.1 quando fieri olim dicebatur. 218.2 quando fiat per transactionem. 230.2 quatenus legata conditionalia in eam tranſire poſſint. 250.2 quòd per iudicatum non fieri dicatur, quomodo intelligendum. 479.2
Nouum ius, hoc eſt, iniquum & iniurioſum, cur ius appelletur. 95.2
Noxa & noxalis actio quatenus ſequantur caput. 132.1 an danda ei cuius vel nihil, vel minus intereſt. 134.1
Noxæ deditio in ſolutione tantùm, non etiam in obligatione eſt. 118. non tam in obligatione eſt, quàm in fauorabili præſtatione. 132.1 an reum ob actione quòd metus cauſa liberet. 459.460.1 vtrùm poſſit excludere actionem de dolo in eo quòd excedit. 477.1.2
Nummularij qui ſint, & in quo differant ab argentariis. 159.1 an cogi poſſint rationes ſuas edere. 160.161.2 illorum cognitio ad quem pertineat. 70.2
Nuptiæ quæ ab initio non valuerunt, non conualeſcunt per mortem aui. 45.2 illas inter fratrem & ſororem quæ impediant. 56.2 patriam filio poteſtatem diſſoluere non poſſunt, ſed dignitatem auferre poſſunt. 66.2

O

Obligatio ſiſtendi & etiam ad id quòd intereſt, moriente eo ante moram qui ſiſti debuit, intercidit. 119.1 quo tempore extingui dicatur. ibid. quando ab ea liberentur omnes, vno ſoluente. 91.1 ſemel bene extincta, nunquam ex poſt facto poteſt reuiniſcere. 125.126.1 eius quæ inter correos conditio quæ ſit. 140.2 cum conuentione vti ſe habeat. 163.164.1 ex pacto nudo naſcitur. 168.169. 2 vnde accipiat ſuam formam. ibid. 1 ſi prior bonæ fidei tollitur ipſo iure, propter ſtipulationem pœnalem, quid intereſt an nouatio facta ſit. 183.2 illam pignoris contrario conſenſu diſſolui, quomodo intelligatur. 189.190. 2 ad certum tempus facta an tempore finiatur. 204. 205.1 vtrùm naturalis pacto tollatur. ibid. 2 in alternatiua, licèt vtrumque inſit, alterutrum præſtari ſufficit. 210.2 differentia & comparatio etiam inter illam præſtandi hominis in genere, aut præſtandi Stichi. 211.2 naturalis pupilli ſiue tutori ... toritate ſit, ſed nulla, & quare. 214.215.2 an legatorum præſtandorum diuidatur. 214.215.2 vbi illa eſt cum actione & petitione, illi mora fieri poteſt. 241.1 quando plenior & maior tollat minorem. 324.325.2 an poſſit extingui inuito & ignorante obligato. 414.425.1.2 an poſſit reſtitui à prætore, quæ ſemel extincta eſt per acceptilationem. 361.1 vtrùm eam redintegrari ſufficiat in perſona promiſſoris, qui per acceptilationem fuerat liberatus. 363.1 ita reſtituatur à prætore, vt eadem ſit genere ac effectu. 565.566.2
Obligationes cuius iuris. 4.2
Obſcuritas pacti vtrùm tollat conſenſum illum ad eius perfectionem neceſſarium. 228.229.2
Obſcurum, & ambiguum quomodo differant. ibid. & 230.2
an Obſignatio pecuniæ proſit debitori minoris, ſi eam accipere ſit paratus. 527.528.1
vtrùm Officij publici cauſa abſentibus ſuccurratur. 643.644.1.2
Officio finito, quatenus quis deſinat abeſſe Reipublicæ cauſâ. 651.652.1.2
vtrùm Onera adoptati filij tranſeant in patrem adoptiuum. 61.2
Operæ ſerui quodammodo ex re eius, cui ſeruit, habentur, & quare. 242.2
Operam præbere arbitro quid ſit. 735.2
Operis noui nuntiatio duplicem cauſam habere poteſt, & qua de re fiat diſtinguendum. 176.2

P

Pacis artes frigent cùm bella incaleſcunt. 19.20.1
Paciſci & accipere eiuſdem ſunt poteſtatis in procuratore. 184.185.2
Paciſci & tranſigere differunt. 246.247.2
Pacta omnia in aliquo actu bona fide adhibita ſeruanda ſunt. 59.1 num ſint ſeruanda etiam iure prætorio. 165.1 à pactionibus qui differant. ibid. quænam ſtipulationi creduntur ineſſe. 166.1 an ſint nuda omnia. 167.1 legitima quæ actionem producentia. ead. 2 in quo differant à contractibus. 109.2 quare nuda ſic appellentur. ibid. ex interuallo appoſita an inſint contractui. 171.207. 208.2 conuenta de quibus intelligantur. 172.173.1 an ſeruentur quæ legibus, plebiſcitis Senatuſconſultis, aut conſtitutionibus Principum improbantur. ibid. & 174.1 vtrùm nuda iure Caco pariant actionem. ead. 2 in quibus & ius & factum verſetur. 189.2 omnia quæ fiunt de contractibus qui ſolo conſenſu perficiuntur non ſunt contractus. 207.2 an de furto futuro, an iniuria admittenda, legitimæ ſint. 208.209.1 an æſtimanda ſint ex regulis iuris ciuilis. 214.215.1 an valeant quæ contra ædilitium edictum facta ſunt. 222. 223.1.2 priuatorum quæ ſunt, legum authoritate non cenſentur. 227. 228.2 quatenus in omnibus requiratur voluntas & conſenſus contrahentium vt valeant. ibid. inter ea & ſtipulationes magna eſt differentia. 244.245.1 de vſuris quatenus conſiderentur. 243.2
Pactio & pactum quid ſint, & in quo differant. 163.1.2 à pollicitatione differt. 163.164.1 quæ turpis ſit aut non 168.169.1 quomodo valere dicatur, & emptio in parte diſſolui. 172.2 negatiua ab affirmatiua diſtinguitur. 744.2 an Pacta incontinenti appoſito, poſſit formari contractus iam perfectus. 170.2 vtrùm ex nudo poſſit agi iure pontificio. 173.174.2 an Pactum ſit æquum per quòd omnibus exceptionibus ex æquitate dandis via præcluditur. 139.140.1 an illud de non petendo inducatur ex cancellatione. 164. 165.2 num ex pignoris redditione. ibid. & 166.1 inter duces belli initum an obliget rempub. & ciues. 167.1 vtrùm ex eo actio naſci aut tolli poſſit. ibid. an legitimum dicatur quòd aliquo Senatuſconſulto adiuuatur. ead. 2 nudũ quid ſit. 168.169.1 cur ita dictum. ead. 2 illud ineſſe contractui aliud eſt, aliud verò, eo formari actionem. ibid. quòd ſit incontinenti poſt contractum, æquè dat formam & legem contractui, etiam ex parte actoris, & ad formandam actionem. 171. 2 an per illud poſſit recedi in parte ab emptione. 172. 2 an

an ei noceat ſi dolo malo ſit initum. ibid. 173. 1. 2 in rem, diuerſum eſt ab eo quòd in perſonam. ibid. & 174.1 an valeat. *Ne iudicati agatur*.175.1 *vel incenſarum ædium* 2. *Ne operis noui nunciationem exequar.* ibid. *Ne depoſiti agatur*. 176.208.209.1 *vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtetur*. 176. 2 remotum à iure communi.ibid.1 hæredis cum creditoribus, ante aditam hæreditatem, vt minùs ſoluatur.177.1.2 ſerui ibid. an creditorum præſentium minuat aliquid priuilegiarii. 181.182.2 ſi ei ſubiecta ſit pœnæ ſtipulatio, vtrùm pacti exceptio locum habeat, an ex ſtipulatu actio. 183 1 ſuper hoc diſtinctio Cuiacij nulla. ibid. 1 an eius exceptio acquiratur ex pacto procuratoris. ead. 2. 184.185. tutoris, an proſit pupillo. 186. 187. 1 vtrùm factum cum emptore hæreditatis, debeat nocere venditori agenti ex propria perſona tanquam inter alios factum. ibid. & 2. *Vt decem duntaxat numerares, viginti debeantur*, quatenus pariat obligationem, & contra. 189.209.210.1.2 an defuncti, ne à ſe petatur, tranſeat in hæredem. 190. 1 an de non petendo initum à venditore, licèt in rem conceptum ſit, emptori prodeſſe poſſit. 191.192. 1 de donatore quid. ibid. ſerui de non petendo, an valeat. 194.195.1 filio inutile quòd dicatur. ibid. 2 de legato non petendo, an valeat, pendente conditione. 197.198. 2 quomodo vnius poſſit alteri prodeſſe. ibid. an de non petendo conceptum in perſonam debitoris, ne fideiuſſori prodeſſet, ei prodeſſe debeat. 199.1 non valet illud iure nouo, quo electionem habebat reus, an cum reo primum agere vellet, an cum fideiuſſore. ead. 2 initum cum fideiuſſore de non petendo, an proſit debitori ſicut & iuſiurandum. ibid. & 200.1 an & confideiuſſoribus. ibid. cùm fideiuſſore in rem ſuam ſpondente factum, vtrùm cum reo factum eſſe dicatur. ibid. an perſonale pertineat ad alium, vel etiam hæredem. 201.1.2 an priùs tollatur per poſterius ipſo iure. 205.235.1 iniuriarum, an pariat actionem. 207.1 eius differentia cùm contractu qui conſenſu perficitur falſa eſt, & quare. ead. & 2 conuentum quomodo imminuat contractum. ibid. an legitimum ſit illud quo conuenit vt dos præſenti die reddatur. ibid. & 208.1.2 *Ne de dolo agatur*, an valeat. *ibid. &* 209.1 *Ne experiar interdicto, vnde vi*, ead. 2 *ibid. &* 210 *Ne decem ſed Stichus*, cuius fauore fiat. 211.2 de non petendo differt multùm ab acceptilatione. 212.2 de hæreditate non petendo vtrùm noceat petenti res ſingulas. 213.1 de non petendo fundo, an noceat petenti vſumfructum. ibid. *Ne nauem ædificiúmve*, num petenti ea ex quibus conſtant noceat. ead & 2. pupilli, *Ne quod debeat, à ſe peteretur*, aut, *N intra certum tempus*, num valeat. 214. 215. 1 quomodo illud de non petendo tollat actionem, etſi non ipſo iure. ibid. 2 curatoris, an proſit furioſo vel prodigo. 216. 1 filij aut ſerui, ne ipſe peteret. ibid. & 217.1 debitoris, non poteſt prodeſſe fideiuſſori, aut donandi animum habuit. 222.223.2 *Ne ab vno ex hæredibus petatur*, an valeat. ibid. & 224.2 an valeat illud ſacerdotis, quo renunciat præſcriptioni fori eccleſiaſtici, vt iuriſdictionem ſubeat ſecularem. 227. 228.2 vtrùm illud, *Profiteor te non teneri*, ſit perſonale, & tranſeat ad hæredes. 229.230.1 *Profiteor me à te non petiturum*, ead. 2 in perſonam fratris collatum, an proſit liberis à paciſcente poſtea ſuſceptis, de quibus in pacto nihil dictum eſt. 231. 1. 2 in eo quæ ſint contra aut extra naturam contractus. 232.233.1 inter legatarium & hæredem factum, *Ne ab eo ſatis, accipiatur*, num valeat. 234.235.1.2 in traditionibus rerum. 236.1 *Vt quatenus facere poſſit debitor, eatenus agas*. ibi. *Ne facias furem ſeruum meum*. 237.1.2 *Ne ab eo peteretur*, ex cauſa legati. ibid. ſolutionis loco factum inter duos debitores, pro non debito à creditore, qui tamen iuſſit ſoluere. 238.1.2 *Vt habita compenſatione fructuum, ſoluitóque, quod reliquum deberetur, fundus debitori reſtitueretur*. 238. 239.240. de inofficioſo patris teſtamento acturis, *Vt ei certa quantitas, quoad viueret hæres, præſtaretur*. *ibid*. 1.2 an honeſtum ſit illud per quod fiat, vt ex ea ipſa lite ſumptus reſtituantur. ibid. an de non petendo impediat quominùs mora contrahatur, ſaltem ipſo iure. 241. 1 an verò purgetur mora. ead. 2 in quo differat à contractu. 243. 2 *Ne à te petam*, vel, *Ne a te petatur*, an valeat. ibid. 1 de retrouendendo item. 244.145.1 *Ne quis vicino inuito, prædium alienet*, quomodo intelligendum. ibid. & 246.2 quid differat à tranſactione. ibid. & 247.1

Paganus vtrùm Reipub. cauſâ abeſſe dicatur, & eius hæredi ſuccurratur. 649.2

Papirius primus de iure ciuili ſcripſit. 22.23.1

an Parentes poſſint vocari in ius à liberis. 100. 1 illis pietas æqualis debetur. ibid. an ſit illis permiſſum impunè calumniari. 124.125.1 illorum nomine qui intelligantur. ead. 1.2 100.1 an naturales quis in ius vocare poſſit. ibid.

Pars principium cuiuſque rei. 3.6

Partem rei alicuius etiam diuiſæ tenere ac poſſidere, quis quomodo dicatur. 127. .2

Partus ancillarum vtrùm veniat in actionem quòd metus cauſa. 431.452.1.2

cur Pater dignior eſt matre. 34.2 an furioſus habeat ius patriæ poteſtatis in filios. 50.1 an illi liceat ius ſui hæredis inuito etiam filio acquirere. 51. 1 quatenus poteſt filium inuitum emancipare. 58. 1 quomodo poſſit manumittere apud filium familias prætorem. 72. 1 an ius illius lædi debeat per ea quæ filius in Magiſtratu geſſit. 96.97. quomodo eſſe dicatur quem nuptiæ demonſtrant. 100.1.2 an adoptiui parentes in ius vocare quis poſſit impunè. ibid. an teneatur de editione rationum pro filio. 152.153. quatenus poſſit paciſci fiſco. 223.224.1 an poſſit de bonis omnibus filij ſui tranſigere. 268. 1.2 filiam ſuam iam nuptam alteri collocare volens, an notetur infamiâ. 199. 1 an ſi conſenſerit nuptiis filij cum vidua intra tempus legitimum, infamia notetur. 302. 303.2 quid ſi ratas habuerit. ibid. notatur per calumniam filiæ in poſſeſſionem ventris nomine miſſæ. 306. 2 an poſſit dare procuratorem ad vlciſcendam iniuriam quam nepos abſentis avi paſſus eſt. 313.2 ſi de dote agat, an cauere debeat ratam rem filiam habiturum, & eam defendere. 336.1.2 quid ſi iniuriarum agat filij nomine. 337.1.2 an eius ſuffragium proderit filio. 369.2 quatenus ex geſtione negotiorum filij teneatur, etiamſi nihil ſit in peculio poſt factam deductionem. 384. quid ſi filius peculium habeat, aut in rem patris vertit. 404.2 vtrùm ob res donatas filio emācipato & adminiſtratas, teneatur ei actione negotiorum geſtorum. 422.423.1 qui filijfamilias militis peculium iure patris occupauit, hæres dici non poteſt, & quare. 440.1 quatenus furti actione teneatur filio ſuo. 483. 484. 2 quando conueniri poſſit in ſolidum ex contractu filij. 509. 2 an illi proſit filij reſtitutio. ibid. & 511.1 malè dicitur ſuccedere quodammodo in peculio caſtrenſi quaſi hæres poſt mortem filij inteſtati. 315. 516. 2 illi pro filio omnimodo præſtanda reſtitutio eſt, licèt filius reſtitui nolit. 562.563.1 vtrùm poſſit quicquam poſſidere qui apud hoſtes eſt. 629.630. 2

Pater familias quomodo dicatur habere in poteſtate ſua filios & nepotes. 49.

Patrē habere populum, & nullū, paria ſunt, & quare. 46.

Patria cur ita dicta non matria. 17.18.

an Patria poteſtas ſoluta ſit per emancipationem. 60.1 quomodo requiratur. 61.1 nihil commune habet cum dignitate. 66. 2 apud Romanos maior quàm conſularis. 15.2

Patricij qui dicantur. 27.21

Patricij etiam plebis nomine continentur. 10.11.

Patrimo

Patrimonium diminui quando dicatur. 557.1.2
Patrona quando vocari poſſit in ius à liberto. 107.108.1
Patronatus iura qui habeant. 101.1
an Patronis ſit permiſſum imponè calumniari.124.125.1
an Patronus poſſit iure ſuo in ſeruitutem reuocare liberſum qui ingratus eſt.69.70.1 qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittis iura patronatus 101.1 an ius illius tollatur à principe, natalibus reſtituẽdo.103.2. an deportatus poſſit vocari in ius. 104.1 an adoptiui parcores adoptiuos libertus poſſit vocare in ius.ib.2
An tutoris curatoris, vel actoris vicem gerens poſſit in ius vocari à liberta. 105.1 an illi detur actio de dolo contra libertum. 478.479.1.2
Pauperi permiſſum adoptare ditiorem. 55.2
Pedaneus iudex quis,& quare ſic dictus. 58.114.1
de quo Peculio deducatur ante omnia id quod debetur patri,vel domino. 383.2
Pecunia principis ſacra res eſſe dicitur. 76.77.1 cùm in genere conſiſtat perire nunquam poteſt. 119.1 illam præſidij cauſa ſeponere cuius ſit. 395.396. 1 dominicam malo more erogare aliud eſt, quàm delinquere. 400.2 eius nomine res omnes etiam ex verbi proprietate ſignificantur.411.2.an à minore vel eius nomine ſoluta cauſa iudicati ſit illi reſtituenda.530.2 Pecuniam accipiens vt alteri negotium per calumniam non faciat, an turpiter agat.430.2 vtrùm eo nomine teneatur ante acceptum iudicium. ead.1.& 2 illicitè extortam reſtitui debere, ſecundum formam edicti quomodo accipiendum. 436.1
Pegaſianum Senatuſconſultum vnde dictum. 30.2
ad Peregrinitatem redactus dicitur ciuis qui per deportationem amiſit ciuitatem. 20.1
an Peregrinatio neceſſaria debeat excuſare procuratorem,ne iudicium accipere cogatur. 316.317.2
Peregrini cur non poſſunt teſtamento hæredes inſtitui, nec ſuccedere ab inteſtato. 33.2
Periculum nominum pertinet ad negotiorum geſtorem, & quare. 490.2
Perito cuilibet in arte ſua credendum. 26.2
Periurium quid ſit. 130.1
an Permiſſa eſſe per legem omnia verum ſit quæ prohibita non inueniuntur. 641
Promiſſorum & prohibitorum ex genere quæ ſunt,diſtinguuntur. 344.345.1.2
Permiſſum quod non eſt ſpecialiter,cenſetur prohibitum. 85.2
Permiſſum quid eſſe,& non eſſe prohibitum: Item permiſſum quid eſſe,& prohibitum eſſe,differunt.17.18.1
Perſæ ne luſcum quidem ad Principatum admittebant. 273.2
Perſona extranea quæ intelligatur. 202.2
an Perſonæ conſiderari debeant à prætore in tranſactione de alimentis. 257.258.259.
Pertinere quod ad aliquem vt intelligatur. 160.1.2
Petere & agere confunduntur ab interpretibus. 183.2 differunt tamen. 401.402.1
Petitio hæreditatis contra quem detur.126.1 vtrùm competat hæredi contra eum qui vim aut metum intulit, 455.1 vt illa, ita & in actione rei iudicatæ tempus ſpectabitur. 463.1 vbi illa eſt cum obligatione & actione,ibi mora fieri poteſt. 247.1 fidei commiſſi ſupereſt ex codicillis poſt tranſactionem repertis. 248.1
vtrùm Petitor incidat in contumaciam ſicut & reus. 99.1
Pietas an ſit iuris naturalis,an verò gentium. 2.1.2
Pietas ſimulata,duplex eſt impietas. 80.1 æqualis debetur omnibus parentibus, etſi illorum inæqualis eſt poteſtas. 100. 2 eius officia prætermittere aliud eſt quàm violare. 308.2
Pignorum datio nouum debitorem parere nunquam poteſt. 116.117.1
Pignus prætorium non priùs conſtituitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem. 147. 2 vtrùm ea eius redditione tacitum pactum de non petendo inducatur. 165.166. 1 ea eius pacto quæ naſcatur actio.189. 190.1 quomodo diſſoluatur.ib. & 2.in quo differat ab hypotheca. ib.231.233.1 eius dominus vtrùm poſſit eſſe procurator creditoris. 342. 343. illud remittere non poteſt procurator generalis,& quare. 357.2
Placentini & Accurſij opiniones de tempore quo durare dicitur actio quod metus cauſa. 464.1.2
Plebis nomine qui ſignificentur. 10.11.16.17.1
Plebiſcita cur ſic dicta.10.1.31.1 vnde vim legis habuerunt. 11.2.31.2.40.1 eorum & legũ differentia.11.12.1.2
Pœna ſemel in condemnationem deducta, an remitti poſteà poſſit.81.1 eà adiectâ, non ſolet quæri an, aut quatenus interſit. 111.1. 118.2.134. 2. 142.2 delicti nihil habet commune cum promiſſione iudicio ſiſti. 138.1 an committatur integra,ſi omnes ſtati non ſint iudicio. 141.1 quam ex delicto ſuo procurator præſtitit, non repetitur. 350. 2 an committatur,ſi intra diem compromiſſi aditus arbiter, poſt diem compromiſſi adeſſe iuſſerit.697.698.1.2 quid ſi iuſta de cauſa abſit aliquis ea litigatoribus. 698.699.1 eius petitio quo caſu efficax fiat.701. 1 an committatur,ſi cum arbiter ne tibi certa die pecuniam dare iuſſerit, & ego dare voluerim,tu verò accipere nolueris.703.704.1.2 quod ſi poſteà ille paratus ſit accipere.ib.an committatur,ſi is deceſſerit quem arbiter pecuniam dare iuſſerit.707.2 ſi quis litigatorũ defuerit.708.709.1 quod ſi præſens arbitrum ſententiã dicere prohibuerit.711.2.ſi a fideiuſſore petatur quod arbiter peti vetuit.712.1 ſi arbiter ſine cauſa diſtulerit arbitrium,aut in alium tranſtulerit.723.724.2 committitur aduerſus litigatorem qui diem prorogari noluit. 725.726.729.1 an ex omnib.cauſis in cõpromiſſum deductis,ſi non pareatur ſentẽtiæ arbitri. ib.num in litigatorẽ nomina teſtium ex arbitri iuſſu exhibere nolentem. 729.2 quæ ſit liberti patronum ſuum in ius vocantis ſine venia. 109.1 pro pecuniaria an corporalis poſſit infligi. ead. 2
an Pœnalis actio tranſeat ad hæredes.97.1 an impedire debeat de dolo actionem. 474.1
Pœnalium natura quæ ſit. 460.461.2
Pœnitentiæ ſolet locus eſſe re integra, dum ne quicquam aduerſarij interſit. 124.125.1
Pontifex reprehenditur à Cuiacio in cap.ſi diligenti, de for.compet. 227.228.2
Pontifices iuriſprud.ac inſtit. olim depoſitarij.9.10.2
an Popularis actio facere poſſit vt ceſſet actio de dolo. 474.1.2.eà qui conuenitur an poſſit dare procuratorem.341.1 vtrùm defenſionem præſtare cogendus ſit. 344.345.1.2
quomodo Populus poſſit dare poteſtatem condendi leges ſuo princpi.42.43.1.2 an poſſit vim facere.448.1
Poſſe quantum velis ſummæ felicitatis. 18.19.2
Poſſeſſio poteſt transferri ſine dominio. 661.662. 2 an pro ea relicta à colono competat actio de dolo. 499.500.1. 2 vtrùm eius cauſa poſtliminio contineri poſſit. 623.1 in ea duo ſunt quæ proſunt ad vſucapionem. 630.2 eius nomen hodie non minus nomen iuris eſt quàm fuit olim ſempérque erit vſucapionis. 644.2
Poſſeſſionem bonorum dare, vtrùm ſis mixti imperij, vel iuriſdictionis. 90.2
Poſſeſſor bonorum à prætore factus, poteſt vtiliter cauero ſubſtituto de hæreditate reſtituenda. 126.1 an agri vectigalis aut emphyteutici, pro poſſeſſore habendus ſit quàtum ad hoc ut ſatiſdare teneatur.128.1 an ſi an habeatur, qui perſonalem habet petitionem ...tum an pendente lite dici poſſit. 530. 1. a eius ... eius dolus,et poſſit prodeſſe vel obeſſe hæredi.in ... cauſa,impunitus eſt etiamſi alienauerit iudicij mutan... vno tantum caſu 665. 2 ...ci ad quos fructus debeat

condemnari. 667. 2 penè domini loco habetur fructuum percipiendorum. 468. 2 tantùm iuris habet quòd ad percipiendos & acquirendos ſibi fructus, quantum ſi dominus eſſet,& ratio. 628.629.2

Poſſeſſores rerum immobilium vtrùm ſatiſdare compellantur. 127.1

Poſtulare apud prætorem cuilibet non licet, & quare. 275.276.1 quid ſit. 276.1 puero non permittitur. ibid.& a non ſurdo.277.2 non fœminæ. 278.1 non cæco. ead. 2 ei qui corpore ſuo muliebria paſſus eſt. 279.1.2 capitali crimine dãnato.280.1 ei qui operas ſuas,vt cùm beſtiis depugnaret,locauerit.ibid.niſi fera ſit aliqua quæ regionem deuaſtet.ead.2 quid ſi tutelam vel curam adminiſtret.ibid.alius prohibetur in totum,alios ne pro alio quàm pro ſe,alius ne pro omnibus.ſed tamen pro ſe & pro aliis.281.2 aut infamis in integrum reſtiturus, poſſit. ibid.& 282.2 an curator pro pupillo & pupilla, fatuo & fatua. 283.1 pro affine. 275.276 pro muto.285.1 pro ſurdo,& prodigo & adoleſcẽte. ibid. & 2 pro quibus debeat & poſſit,cu aduocationibus interdictum eſt.286.287. 1 an vbique ibid. & 288.1.2 an poſſit contra fiſcum, qui cauſas fiſci agit. ibid. an decuriones contra patriam ſuam. ead. 1 an tutor pro pupillo aduerſus fiſcum, in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuiſſet. ibid.1.2

Poſſidere quid ſit. 127.1

Poſthumus habetur pro nato. 47. 1 an habeat poſtliminium,certam conditionem,& vſucapi poſſit. ead. 2

Poſtliminij fictio non impedit procuratoris imitationem vel reuocationem,& quare. 220.1

Poteſta omnis impatiens conſortis. 13.14.2

Poteſtas patris in liberos quæ,& quare inducta. 48.2

Præcepta iuris,ex quibus pendent. 4.5.1

Præcepta affirmatiua non æquè obligant atque negatiua. 4.5.1.2

an Prædij pignorati tributum ſolui debeat à debitore vel à creditore. 232.233.239.240.1

ſi Prædio vi deiectus ſit,ante omnia reſtituendus eſt, niſi deiectus ſit incontinenti. 452.453.1

Præfecti vrbi,annonæ & vigilum,quare creati ſunt. 22. eorum poteſtas. ead. 2

Præfecti vigilum quare creati ſint. 22. 23.73.1 de quibus cognoſcebant. 73. 1 eorum cura & officium. ibid.& ſeq.

an Præfectus Ægypti Reipublicæ cauſa abeſſe diceretur. 649.2

Præfectus Auguſtalis quoad teneat præfecturam & imperium. 78.

an Præfectus cohortis dimitti debeat de exercitu ignominiæ cauſa. 289.2

Præfecti Prætorio qui, & quid differant à Magiſtris equitum. 16.17.2

an Præfectus prætorio poſſit reſtituere aduerſus ſententiam Præfecti vrbi. 549.550.

Præfectus vrbis de quibus cauſis cognoſcat.69.2 & ſeq. in Vrbe,non extra.70.71.1 habuit merum imperium. 90.1

Præfectoria dignitas eſt maior conſulari. 64.2

Prælatis quatenus de rebus Eccl. tranſigere liceat. 270.2

Præpoſitio diei & Conſulis communis eſt rationibus pleriſque,& quare.157.161.2 Prorogatiuæ prouinciales conſeruandæ à proconſule.75.76. Præſcriptio fori vbi locum habeat. 94. 1 non eximit debitorem ab obligatione. 110.1 an fideiuſſorem reddat non idoneum. 121.1 Præſcriptionis tempora quomodo conſiderãda ſint,in minoris reſtitutione. 574.575.576.1

Præſens,& non audiens habetur pro abſente. 277.2

cur Præſentibus contra abſentes ſubueniri æquum ſit. 626.1 Præſides prouinciarum nullos habebant legatos,& quare. 76.2

Præſidis nomen quomodo generale eſſe dicatur. 78.1

Cur non habeat legatum, ſicut & Proconſul.76.2. 78.2 iuriſdictio eius qualis ſit. 79. 1 quomodo prohibere dicatur quod iam ipſo iure prohibitum eſt.ib.vtrùm ius deportandi habeat.80. 2.59.1 an per ſe vel per iudicem cognoſcat.81.2 cur fines loci ſibi commiſſi excedere non debeat.82.2 an debeat abſtinere à muneribus. 83.2

Præſtare ſexaginta,& periculum ſexaginta præſtare,differunt. 596.1

Præſtare rem aliud eſt quàm quanti res eſt. 490.2

Præſumptionis vis in actorem & reum. 466. 2

Prætor quomodo dicatur corrigere ius ciuile. 4.1 viua vox iuris.4.1 32. 33.2 ius facere. 4.2 eſt cuſtos iuris ciuilis,ac miniſter.5.2 eligebatur ex Senatoribus. 19. 20.2 ab eo ad conſules,vel ad præfectum vrbi appellabatur.ib.modicam coërcitionem habebat. ib.1

Prætores dicebantur conſulum collegæ. ib. cur ita dicti. ib. 2 peregrinus quis dicebatur. ib.& 104.2 quomodo dicatur ius reddere, etiam cùm iniqua decernit. 77.78. an poſſit ſe dare tutorem,aut ſpecialem iudicem. 72. 1 de quibus cauſis & perſonis mandatam exerceat iuriſdictionem. 86.1 an poſſit iuriſdictionis mandare,omnem aut ſpeciem vnam.93.94.1 quomodo dicatur denegare actionem filio contra patrem,aut liberto contra patronum.104.1 an eius decretum per ignorantiam factum valeat.119.1 eiúſne an litigatorum arbitrio interponenda ſit ſtipulatio & ſatiſdatio.123.1 auctoritas neceſſaria in tranſactione facienda de alimentis ſiue præteritis ſiue futuris.254.1.2 an ipſe debeat conſiderare modum,quantitatem,perſonas,cauſam in tranſactione de alimentis.257.258. & ſeq.an poſſit in integrum reſtituere aduerſus infamiam ex ipſius prætoris edicto irrogatam. 281.282.2 cur non inquirat qualis ea ſententia ſit quam arbiter protulit, æquâ ne ſit an iniqua.691.692.2 an poſſit cogere ſacerdotem, qui arbiter eſt,vt ſententiam ferat.716.2 arbitrum contumacem coërcere quomodo poſſit.721.2 cur dederit actionem in factum aduerſus caupones nautas & ſtabularios. 739.1

Prætorum numerus. 20.21.22

Prætoris nomen Romanis valde placuit. 21.2

Prætores fideicommiſſarij. ibid.

Prætorium ius comprehendit ædilitium. 4.2

Prætoria loca quæ. 20.2

ad Præturam qui admittebantur. 30.2

Præuaricator vtrùm infamis fiat. 294.1.2

an Pretium rei per vim ablatæ per vim ablatum dicatur.461. 462. 2 an in illo emptionis & venditionis liceat cõtrahentib. naturaliter ſe decipere.546.547.1

Princeps quomodo alligatus legi,aut ab ea ſolutus eſſe dicatur.38.1.2 à quo priuilegium habeat. ead. 2 eius auctoritas neceſſaria ad leges condendas.32.33.2 an poſſit priuatas leges ac conſtitutiones facere. 41.42. 1.2 eius eſt ſupplere ſolemnitates.59.2 an poſſit tollere ius patroni,reſtituendo natalibus.103.2 quando dicatur dare imperatori ſucceſſorem per indignationem. 290.2

Principes fecit neceſſitas.12.13.1 Principalis conſtitutio quid.ib.& 14. Priuatorum conſenſus formam iuriſdictionis mutare non poteſt. 110.1 eorum cautionibus iuri publico derogari non poteſt. 123.1

Priuilegia ſũt odioſa,& quare. 31.1 Priuilegiarij creditores qui ſint.98.1 verùm illis aliquid minuatur à præſentibus. ead. 2

Priuilegium fori non amittit quis, etſi ad iudicem vocatus venit. 110.2 Probatio cõſuetudinis vnde. 40.1.2

Probationes omnes fauorabiles ſunt & conſeruandæ. 147.1 Procedere eſt legis, procedere verò eius qui iuriſdictioni præeſt. 34.1

Proceſſus in honoribus cur ita appelletur. 426.1

quomodo Proconſul & inſignia dignitatis & poteſtatem ipſam habere dicatur. 73. 1 quando competit ei iuriſdictio

iuriſdictio. 74.75.1 an vxorem ſecum ducere poſſit. 74.1 poteſt mandare iuriſdictionem, etſi nondum in prouinciam peruenerit. 75. an poſſit mandatam legato iuriſdictionem adimere. ib.& 76 an debeat abſtinere à xeniis. ib.1.2 vtrùm habeat imperium merum.77.1 quare non cognoſcat de cauſa fiſcali pecuniaria.ibid.quoadúſque ius dicebat. 78.an poſſit legatum dimittere. ib.1 an eo mortuo poſt mandatam legato iuriſdictionem finiat eius mandatum.79.2 cur ſex faſces tantùm habeat. ead.1 quomodo intelligatur,eum retinere imperium donec portam Romæ ingreſſus ſit,cùm Vrbis intra centeſimum ab vrbe lapidem & milliarium eſſe videatur.ib.1 cur plus iuris haberet quam Præſes. 80.1.2

Proculianorum ſecta à quo nomen accepit. 27.28.30.1

Procurator ius iniquum impetrans, an eo teneatur ſuo nomine.96.97.1 an puniatur ſi ſit contumax. 99.1 eius ſtipulatio,non adiecta pœna,vtrùm valida ſit. 145.1 an poſſit rem in iudicium deducere.185.186.1 an ſolutionem accipere.ibid.& 2 quid ſi in rem ſuam.ib. an poſſit petere pretium actione ex vendito. 188.2 vtrùm principis,poſſit tranſigere ex inconſulto. 269. 2.270 num alieno nomine condemnatos in ſamis fiat. 296.quid ſit.310.1 an poſſit eſſe ſine mandato. ead 2 eius vſus ad quid potiſſimum inductus ſit.ib.350.351.1 quatenus rerum omnium conſtituatur.310.1 per nuntium & epiſtolam.311.2.an neceſſarius ſit.ead.1 quomodo abſens dari poſſit.ib.& 2 quatenus incertus.ib. furioſus non eſt habendus abſentis loco.311.312.1.2 quomodo in perpetuum conſtitui intelligatur. ib.2 quatenus mandatum liberè ſuſcipiat hodie.315.1 cur miles non poſſit eſſe procurator. ib.quando poſſit.ib. 315.316 quatenus iudicium accipere cogatur.ib.& 317 & ſeq.quiſquis datus eſt ad agendū,intelligitur datus ad defendendū quocunque iudicio.318.2 an ob ætatem motari poſſit poſt litem conteſtatam. 319.2 ſuſpectus quis dicatur,& vtrùm excuſetur 320.1 quid ſi in vinculis ſit.ib.an poſſit reuocari, ne pro altero inuito agere videatur.322.2 an ſit doli exceptione repellendus,cùm agit directa actione ex propria ſtipulatione.325.1 quatenus poſſit deſiderare vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat.326.1 ſi duo dati ſint diuerſis temporibus,prior per poſterioris conſtitutionem reuocatur. 328.1.2 qui nomine alicuius experitur,eiuſdem etiam defenſionem ſuſcipere debet.330.331.2 quis dicatur in rem ſuam factus ex neceſſitate.ib.ipſe & defenſor iudicium accipere cogitur diuerſa ratione. 332.2 an ſit cogendus.333.1 an agere poſſit ſuo nomine,& cauere tamen dominum ratum habiturum. 335.2 quid ſi ſtatus controuerſia eſt. 337.1 non conſentientem datum pro inuito accipiendum, quatenus verum ſit. 339.340.2 non defendentis pœna quæ. 345.346.1.2 qui iudicatum ſolui ſatiſdedit defendendi abſentis gratia,num cogendus ſit iudicium accipere.ib.& 347. *per totam* ex bona fide rationem reddere debet eius quod ex lite conſequutus eſt. 349.1 quænam poſſit recuperare à domino.ib.& 350 quatenus ignorantis domini conditionem debitorem facere non debere intelligatur.ib. 351.1.2 quacunque ratione reus à me liberatus eſt,id tibi prodeſt. 352.1 ei non præferendus eſt dominus in litem mouendam,vel pecuniam ſuſcipiendam,& quare. 355.1 vtrùm datus ad rem mobilem petendam poſſit agere ad exhibendum. ib.1.2 an exigere & permutare queat, ſoluere, tranſigere.356. 357.1 vtrùm pati debeat executionem iudicati.ead.2. 358.an res alienare permittatur ei, cui adminiſtrandæ mandatæ ſunt. 359.1 qui pro euictione prædiorum fidem adſtrinxit,an onere obligationis leuabitur,poſtquam negotia agere deſierit. 360.1 vtrùm vniuerſitatis eſſe poſſit. 367.368. in quo differat à fideiuſſore. 521.522 & à defenſore. 586.1 pro teſtitutione petenda debet duplicem cautionem interponere,de rato

& iudicato ſoluendo. 561.563.2

Procurator Cæſaris,vel rationalis quam habeat iuriſdictionē & poteſtatem. 84.85 quomodo rē Cæſaris alienare dicatur.85.1 pro Cæſare aditionem iubere poteſt hæreditatis. ib.quid ſi ſoluēdo illa non ſit.ib.ius deportādi non habet.ib. Reip.cauſa abeſſe dicatur.649.

Procuratores Principis ſunt publici accuſatores. 82.1

Prodigus & furioſus in quo differant,quoad ius faciendi. 216.1

Prohibens eximere de fundo permiſſa poſt ſumptum ad eam rem factùm,actione de dolo tenetur. 501.502.1.2

Prohibitus vi,aut iure quid facere, non amittit facultatem id faciendi,ſiue vim repellendo,ſiue contra leges faciendo. 44.1

an Promiſſione iurata iudicio ſiſti, peierat promiſſor,qui iudicium deſerit. 130.1

vtrùm ex Promiſſione dotis metu facta & extorta obligatio naſcatur & actio. 464.465.2

Promiſſor num condemnandus ſit ad taxatam quantitatem.140.2 an ei detur exceptio ſi morā fecerit.142.1.2

Pronurus,quodammodo nurus dici poteſt, & quomodo. 118.2

Propriè aliquid tale eſt quale eſt formaliter. 2.2

Proprietatem nudam poſſidens vtrùm adigendus ſit ad ſatiſdationem. 128.2

Proprium cuiuſque quod ſit. 62.1

Prorogatio iuriſdictionis quādo facta dicatur. 94.2 precarij & compromiſſi in quo differant. 697.1.2 dici non facit nouum compromiſſum. 704.705.1

Prudentiæ ſummæ argumentum præcipuū,quod. 23.24.1

Prudentum interpretatio quantæ ſit auctoritatis. 4.1

Proteſtatio in quibus proſit. 418.1

Προτιμήσεως ius quodnam ſit. 245.246

Publicæ res quare dicantur nullius in bonis eſſe,cùm tamen ſint vniuerſitatis. 62.1.2

vtrùm Publicani & qui iis miniſtrant Reipublicæ cauſa abeſſe dicantur. 86.1.2

Publicanos,qui mancipia,quæ retinebat,reſtituit, accepta pecunia indebita,qua actione teneatur. 65.2

Publius Ælius & Publius Attil.iuris profeſſores. 23.24

Publius Mucius. 24

an Puellæ iuri ſubiectæ alieno, puberes aut impuberes, in ius vocari poſſint. 107.108

Pueri minores decem & ſeptem annis prohibentur poſtulare,& cur. 276.2

Pupillorum adrogatio ex cauſa permitti debet. 55.2

Pupillus non poteſt adire hæreditatem ſine tutoris auctoritate.85.2 eius bona,quæ habuit tempore adrogationis,ſunt obnoxia reſtitutioni ex promiſſione adrogatoris.56.1. ad quem pertineant, quæ habuit ante adrogationem.ib.vtrùm valeat eius pactum, ne quod debeat,à ſe peteretur. 214.215. cur non prohibeatur mutuam pecuniam accipere. 215.1 an quod ne intra certum tempus valeat ib.quatenus comparetur furioſo.ead.2 quare teneatur actione negotiorum geſtorū. 374.376.an ex rei hæreditariæ geſtione obligari poſſit etiam poſtquā ipſe hæres extiterit.403.1.2 vtrùm teneatur actione negotiorum geſtorū alimēta reddere ſibi à matre præſtita.418.1 eius intereſt ex priore obligatione ſolui non ſolùm ſi ſtricta fuit, ſed etſi bonæ fidei,vt deberetur ex tutelæ actione.421.2 ex quo die locupletior factus eſt quatenus obligetur.422.poteſt in integr.reſtit.ſi qua in re læſus fuerit,quamvis à tutore vel curatore defenſus.433.434.2 vtrùm circumſcriptus colluſione alicuius tutorem actore concludente habeat de dolo actionem contra doloſum.47 2. 2 ſi nomine hæreditario conueniatur, vtrùm de dolo teneri poſſit.485.486.1.2 an ex dolo tutoris.486.487. 1.2 an per ipſum alius obligari poſſit. 515.516 vtrùm in illum agatur, ſi tutor vel curator rem alienauerit iudicij mutandi cauſà. 670.1 an coram illo videatur ſententia dicta arbitraria. 711.1

An

An tencatnr pœna compromiſſi. 727.1
An pupillorum intereſt,ſi tutoiis dati ceſſent in officij ſui adminiſtratione. 146.147.2
Purgatio moræ admittitur in ſtipulationibus conuentionalibus. 700.1

Q

QVadrageſimale tempus immune à cognitione criminum. 150.2
in Quadraginta vim paritur qui patimur in trecentis,& quomodo. 458.459.2
ſi Quadrupes mihi damnum dedit,an de dolo actio competat 477.1
cur Quæſtio facti dicatur eſſe in poteſtate, & arbitrio iudicantis. 99.1
Quæſtores quid, vnde & cur dicti. 16. 17. 18. 2 antiquiores cæteris Magiſtratibus quomodo. 18. 1.71. 1.2 eorum officium.ib.ordo varius. ead.2
Quæſtores parricidij,qui & vnde dicti. 18.1.2
Quæſtura primordium fuit bonorum in rep. gerendorum. 26.2
an Qualitas poſſit afficere iam natos,vel non natos.65.2 iuncta verbo,intelligenda eſt ſecundùm tempus verbi. 153.154.1 174.1
vtrùm Quantitas debiti faciat maiorem partem creditorum.179.180.1 an ſit conſideranda à prætore in tranſactione de alimentis.257.2 num aliquid habeat commune cum bona fide tranſigentium, aut cum validitate tranſactionis.259.1 vtrùm eadem,& eadem, res neceſſaria ſit in compromiſſo. 681.682.2
Quantitatis veræ nomine quid intelligatur in actione ex ſtipulatu fideiuſſoris. 118.2
Quantum petatur quærendum eſt apud iudicem, non quantum debeatur. 94.1
Quatuor virorum creatio. 20
an Quærela inofficioſi non præparata tranſmittatur. 481.1.2
Quid nominis ſemper præcedit quid rei. 1.1.13.14.2
Quis populariam quibus olim erat demandata. 70.1
Quinquennium elapſum non reſtituit prætor, ſed nouam inducit actionem. 655.2
Quinque virorum creatio vnde.20 Magiſtratuum tantum vice fungebantur. 21.1
Quintus Mucius, eiuſque apud Carthaginenſes prudens factum. 22.23
Quiritiarium dominium & bonitarium. 123.2
Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur,quomodo ſit accipiendum. 95.2
Quoquomodo & principaliter quomodo ſint intelligenda. 200.2

R

RAptoris & furis condemnatio longè diuerſa eſt. 294.1
vtrùm Ratihabitio locum faciat religioſum, aut illatio mortui. 63.2 per illam fit proprium negotium, quod erat alienum.96.1 an facere poſſit vt iudicij tranſlatio neceſſaria ſit.323.1 ſatiſdatio eius exigitur à procuratore.339.340.1 vtrùm æquiparetur mandato in iis quæ alterius quam ratum habentis negotia fuerunt. Species adiicitur.383.1.2.vis eius quæ.385.1 an poſſit parere actionem negotiorum geſtorum. ead.2 conciliat negotium,vt ex non tuo fiat tuum, cum non eſt reuera alienum, ſpecies adiicitur. 386.2 duplex conſideratur in minore. 507.1
Ratio ciuilis forma eſt iuris ciuilis.5.1 iura ciuilia facilè corrumpere poteſt.53.2 dari non poteſt iuris conſtituti,ſed recepti. 56.1.2
Ratio & debitum differunt.155. 2 mandatarij & procuratoris cui competat. 156. quomodo à capite edenda eſſe intelligatur. 161. 1.2
Ratio naturalis duplex. 3.1
an Reconuentio faciat competentem iudicem & iuriſdictionem. 332.1
Reddere pignus debitori, & precario ei concedere, diuerſa ſunt. 337.2
vtrùm ex Reditu nouiſſimo computanda ſint tempora reſtitutionis. 641.1.2
an Redhibens venditori ſuo non videatur iudicij mutandi causâ abalienare. 668.669.1.2
an per Redhibitionem omnia retroagantur. ibid.1
eius Ratio longe diuerſa eſt ab illa ſolutionis. ibid.1.2
Regula communis legibus prohibitoriis & permiſſiuis quæ.32.33 quædam Iuris maxime controuerſia inter veteres Iureconſultos. 206.2
Relegandi poteſtas cui data. 69.1
Relegatus qua actione poſſit conueniri.138. 139.2 in eum agi nullo modo poteſt, ne quidem quaſi contra contumacem. 633.1
Religio, an ſit iuri naturalis,an verò gentium. 2.1.2
Remiſſio pœnæ fauorabilis eſt,& ideò perpetua,ſicut & pœnæ ſolutio. 81.2 an debiti tacita induci poſſit ex redditione cautionis & chirographi. 164.165.1
an Remittentibus exceptiones ſuas ſit dandus regreſſus. 356.1
Renuncians præſcriptioni fori cur non dicatur mutare formam iuriſdictionis. 510.2
an Repetitio detur aduerſùs alimentarium quamvis locupletiorem factum. 264.2 denegatur ei, qui pecuniam dando turpiter fecit.432.433.2 an etiam ipſius hæredi,& in hæredem. ibid.
an Replicatio doli danda ſit contra exceptionem rei iudicatæ. 497.498.2
Replicationes ineſſe bonæ fidei iudiciis,nullo iuris loco ſcriptum legitur. 226.2
Repromiſſio nuda quæ dicatur. 122.2
Repudiare legatum vel fideicommiſſum conditionale, aliud eſt, quàm paciſci de legato aut fideicommiſſo conditionali. 514.2
Repudiare & abſtinere differunt. 440.2
Rei cuiuſque ſpectanda ſunt initium,origo, & cauſa. 6.7.2
Res hæreditariæ cur nullius in bonis ſint, quamvis perſonam defuncti, eiuſdemque domini repræſentent. 61.2 an ſacræ & religioſæ poſſint eſſe in bonis noſtris.63.1 an condici aut vindicari.ead.2 deponi debet pendente litis conteſtatione & quare.83.2.mobilis nil commune habet cum ſtipulatione iudicio ſiſti & ſatiſdatione eo nomine præſtita. 122.2 eâ integrâ, ſolet eſſe locus pœnitentiæ, dum ne quicquam aduerſarij interſit.124.125.1 illam habere plus eſt,quam actionem.41.1 qui eam reſtituit,eum de dolo re promittere neceſſe eſt.449.450.2 eâ reſtitutâ ab vno, liberantur omnes qui dolum fecerunt.490.1 an illa quæ ſtatum mutat non capiat reſtitutionem.533.1.2 quando in integro eſſe dicatur.577.1 iudicata pro veritate habetur. 47.51.2
Reſcriptum & decretum in quo differant. 42.1
Reſponſa prudentum an ſint pars iuris ſcripti. 9.2
Reſpublica aut vniuerſitas ex quibus conſtat. 32.1.2 eius ſalus quibus vinculis continetur. 1.2 non poteſt conſtare ſine iure, legibus & Iuriſperitis. 13.14. 1.2
Reſpublica pro ciuitate. 22.1
Reſuſcitari difficilius eſt quàm creare. 207.2
vtrùm Reſtitutio natalium à principe facta, tollat ius patroni. 103. 2 vtrùm & deportationis.104.2 an illa in integrum ſit neceſſaria minori, qui aliquem minùs locupletem fideiuſſorem admiſit. 123. 2 quid ſit, & quæ eius vis. 281. 282.1 condemnati aduerſùs rem iudicatam,vt ex integro de cauſa cognoſcatur,& abſolutio ſequatur, alia eſt, quàm ea quæ ſit aduerſus pœnam citra abſolutionem.ead.2 minori data pro idoneo defenſore admiſſo, an proſit eius fideiuſſoribus.

bus. 552.553.1 ea omnis, eſt contra ius ſummum & ſtrictum, ſed non contra ius ſimpliciter. 458.1 non eſt fauorabilis ſimpliciter, ſed ſecundùm quid, & ea ſuppoſitione. ead. 2 quomodo hodie concedatur. 459.1 eius definitio. ibid. an eius beneficium tranſeat in hæredem, & qua ratione. 440.1

Quatenus proſit contumaci. 441.2 vtrùm permittenda minori aduerſus rem iudicatam. 442.443.1 requiritur ad reſciſſionem contractus per vim vel metum facti. 444.2 an ſit danda parentibus ex vi metúve illato liberis. 447.1.2 non poteſt facere vt efficacior ſit actio quæ reſtituitur, quàm quæ fuit extincta. 449.450.2 ea non indiget, qui ipſo iure munitus eſt. 454.1 non datur ei qui ſeipſum in neceſſitate poſuit. 463.2 vtrùm fiat in quadruplum an officio iudicis ad ſimplum, in ea torta metu venditione. 466.2 an proſit patri, quæ data eſt filio. 509.510.1.2 vtrùm detur minori contra debitorem qui bona fide ſoluit quòd ei debuit. 518.2 quid ſi curatore authore, aut ipſi curatori ſolutum ſit. 519.520.1 aut ſi prætor decernat. ead. 2 quo caſu duplex detur minori. 526.1.2 quomodo dicatur non ſemper reponere omnia in priſtinum ſtatum. 527.528.2 quomodo detur minori qui in commiſſum vectigalis incidit. 534.2 an ei poſſit dari contra libertatem. ead 1.2 536.537.2 ſi cum maiore contraxerit. 539.540.2 an minori data proſit fideiuſſori. 540.541.1 vtrùm concedatur aduerſus contumaces aduerſarios. 542.1.2 in eius cauſæ cognitione quid verſetur. 545.1 an poſſit aut debeat dari ei qui ſit ipſo iure munitus. ibid. & 546. cuius ſit eam dare. 547.548.1 & ſeq. an poſſit dari contra res bis iudicatas. 549.1.2 faciliùs danda eſt contra relegatum, quàm relegato, & quare. 552.2 impetrata à minore aduerſus aditionem, non facit quin minor hæres remaneat ipſo iure. 554.1 an eius beneficium cedi poſſit. 556.557.2 vtrùm debeat dari contra patrem aut dominum. 559.1 quomodo vnicuique ius ſuum integrum reddere dicatur. 560.1 per mandatum peti poteſt minoris nomine. 561.1 quatenus illa valeat aduerſus delicti pœnam. 575.576.2 inter illam & appellationem quæ differentia. 583.2 an danda ſit ei qui minorem defendit aduerſus iudicatum, quæ daretur minori. 586.587.1 cur pro maioribus 25. annis etiam inſtituta fuerit. 604.1 cur detur actori contra captiuum ab hoſtibus reuerſum. 630.1.2 quare non concedatur ad temporales exceptiones ciuiles, ſicut & ad actiones prætorias temporales recuperandas. 631.2 in relegatum cur detur. 633.1 non relegato. ead. 2 an detur ei qui deliquerit. 635.636.2 an poſſit concedi de cauſa amiſſa feriarum tempore extra ordinem indictarum. 636.1 vtrùm legationis & teſtimonij cauſa abſentibus. 638.1.2 an aduerſus eum detur, qui eſt ſub fideiuſſorum ſatiſdatione. 640.1.2 an contra hæredem militis, à quo etiam completa eſt vſucapio. 643.644. vtrùm danda ſit poſt rei vſucaptæ alienationem factam ab abſente. 644.1.2

Reſtitutoriæ actionis tempora computari ex die interceſſionis, falſum eſt. 591.2 cur eam vtilem appellamus. 635.1

ſi Retentione aliqua vti velit procurator, non facilè ab eo lis eſt transferenda. 322.2

Retinere faciliùs eſt quàm acquirere. 363.2

Quatenus Reuerentia debeatur patrono. 101.1 vtrùm parentibus debita amitti poſſit per adoptionem aut adrogationem. 117.118.2

Quatenus Reuerſo competat beneficium reſtitutionis. 614.615.2 an ei proſit, quod litem conteſtetur ante completam vſucapionem. 617.2

an Reus poſſit conueniri ea ſtipulatione ad id quòd intereſt. 111.1.2 an liberari non debeat, quominùs ex edicto fideiuſſorem locupletem dare teneatur. 122.2 ſi ſit ſuſpectus, & de re mobili agatur, quid fiet. ibid. an poſſit vſucapere, ex quo incipit ei mota eſſe controuerſia. 134.2 eius factum ſicut ipſi nocet, ita & eius fideiuſſori. 96.97.2 latitantis denunciatio promiſſa, ſed non vt poſſit de domo extrahi. 107.108.2 an ei ſuccurratur data exceptione ſiſtendi ſe iudicio. 138.1.2 etiam capitis. 139.140.1 an ſumere impedita. ibid. an cogatur edere delatori inſtrumenta ad cauſam pertinentia. 152.153.1 an proſit illi pactum fideiuſſoris ad doli exceptionem. 202.1.2 inter eum & defenſorem eius quæ ſtatuatur differentia. 322.1 an ſufficiat eum latitantem defendi ab vno ex fideiuſſoribus. 344.1 cauere debet iudicatum ſolui ſeruo actoris abſentis, non procuratori. 345.346.1 an poſſit cauſas reddere ſuæ abſentiæ per procuratorem. 362.1 an ipſi prodeſſe debeat, quòd paratus ſit cauere de re reſtituenda, ſi non eam reſtituat. 456.1

Riparum vſus publicus eſt, non proprius cuiuſque. 62.1

Ritè quid fieri aliud eſt, aliud verò rectè. 149.2

Roma, vnde nomen ſumpſit. 8.1 quo iure vſa eſt initio. ibid.

Romani leges ſuas à quibus ſumpſerunt. 4.2.1

Romanis ciuibus teſtari quando permiſſum. 32.1

Romulus populum in triginta partes diuiſit. 7.8.

Ruſticitas interdum veniam meretur. 111.1 vtrùm excuſet quempiam qui non edidit, cùm edere deberet. 152.1.2

S

SAbinianorum ſecta à quo orta. 27.28.2 aliàs Caſſiani dicti. 30.1 opinio de actione ex antegeſto. 61.2

an Sacerdotis pactum valeat, quo renunciat præſcriptioni fori Eccleſiaſtici, vt iuriſdictionem ſubeat ſecularem. 227.228.2

Sacrum quicquid eſt, etiam religioſum eſt. 41.1 à ſacratio quid differat. 64.1

Salus populi ſuprema lex eſto, nullas admittit exceptiones. 4.2

Sapientiæ totius pars eſt tantùm Ius ciuile. 27.28.2

Sapientia ciuilis pretio nummario æſtimanda non eſt, & quare. 5.2

Sapientis cognomen ambitioſius quàm boni & optimi viri. 23.24.2

Sapiens & *σοφὸς* licèt idem ſignificent, differunt tamen dignitate. ibid.

Satiſdandi neceſſitas quare remittatur bonorum immobilium poſſeſſori. 130.1

Satiſdare paratus quis dicendus. 353.354.2

Satiſdatio interponitur ante adrogationem, & cui præſtetur. 55.2 in quorum fauorem. 62.1 quando locum habeat. ib. fit datis fideiuſſoribus, ſed non etiam datis pignoribus, & quare. 116.117.1 cur ſatisfactio dicta ſit. ead. & 2 an vitioſa pro non data habeatur. 121.1 vtrum iudex eius neceſſitatem ſemper irroget. 122.2 quæ dicatur neceſſaria. ibid. 1 quæ iudicio ſiſti. 123.1 tutoris vel curatoris vbi interponenda. ibid. item & fructuarij. ibid. an legatarij ſit neceſſaria. ead. 2 an hæredis. 125.124.1 quando eius obligatio extincta dicatur. 125.126.2 an vnica ſatisfaciat, ſi plures ſint ſubſtituti. ibid. 1 de rato in perſona eius qui ſuo nomine conuenitur, & inuenitur, & inepta & inutilis, & quare. 539.540.2

Satisfactio in quo differat à ſatiſdatione. 116.117.2

Scipio Naſica optimus appellatus. 22.23.24.2

Scire leges quid ſit. 35.1.2

Scriptura in conſuetudinibus requiritur, & quare. 40.1

Sempronius ſapiens cognominatus. 23.24.1.2

Senatores vbi domicilium habere dicantur. 67.1 qui ita appel

appellentur. ibid. plebis nomine continentur. 10. 11.1
Senator hodie vnicus ſupereſt ex numero. 432. qui olim fuerat. 15.2
Senator non eſt etat Magiſtratus. 59.20.a
Senatoris & ædilis curulis differentia. ibid. a
Senatoris filius dicitur tam adoptiuus quàm naturalis. 65.a
Senatus ius facere poteſt, non legem. 11. 15. 35. 167.a
Senatuſconſulta cur ita dicta. 12. 13. vim legis vnde habuerunt. 31.40.1
Senatuſconſultum non eſt lex, & quare. 31.1 Macedoniani & Velleiani cauſa differens eſt. 540.541.2
Sententia humanior quæ dicatur. 96 97. 2 eius executio ex cuius authoritate Magiſtratus debeat fieri. 94.1 pro minore lata in cauſa reſtitutionis aduerſùs creditorem inaudito emptore pignoris, emptori nocere non debet. 530.1 arbitri, in quibus caſibus poſſit parere exceptionem rei iudicatæ. 673.1 an valeat, quamuis iuris ordine non ſeruato dicta ſit. 695. 5 quis ſit illius effectus. 693.1
Quænam incerta eſſe dicatur. 696. a tota vtilis eſt illa arbitri quæ præcipit ſolum pecuniam intra kalendas Septembres. 703. 1 quatenus illi ſtari debeat. 707. 708.709. 1.1 an valeat, ſi coram litigatoribus dicta fuerit. 709.710.1.2 vtrùm ei impunè non pareatur, ſi pœna non fuerit adiecta compromiſſo. 711.1 quando contra eam fieri dicatur. 712. 1 vtrùm danda ſit, ſi de re litigioſa tranſactum fuerit. 717. 1 quo caſu appellare liceat ab ea quam arbitri pronunciarunt. 722. 2
Quare ex illa nihil poſſit fiſco acquiri. 731.1
Vtrùm in Sententiis exprimi debeat ratio quâ motus eſt Iudex. 291.5
pro Sepulchro violato an poſſit quis dare procuratorem. 341.a
an Sequeſtratio requiratur in ſatiſdatione, cùm de re mobili agitur. 115.113
Seruum eſſe ſeruire, & in ſeruitute eſſe differunt. 45.2
Seruus quando pro derelicto habeatur à Domino. 46.1
Hæreditarius cuius iuris ſit. 48.1 quomodo dicatur acquirere domino. ibid. a
Publicus cur ita appelletur. 55.1 libertatem cùm hæreditate accipienti quatenus proſpiciatur. 56.1
Quomodo dicatur præturam obtinuiſſe. 72. 5 poteſt adire hæreditatem alterius iuſſu quàm domini. 85. 1 emptus vt manumittatur, an debeat reu:rentiam emptori. 102. 1 cùm delinquit, non habetur pro nullo. 112. a an poſſit ſe obligare vt iudicio ſiſtat. 145.1.2 quibus caſibus liceat illi vel ab alio ſtipulari, vel promittere iudicio ſiſti. 145.1 an poſſit argentariam exercere, & ex ea conueniri. 153.154.1 an per pactum acquirat domino, etiam de non petendo. 193. 194. hæreditarius num paciſcens hæredi adituro domino pactus videatur, & acquiſiſſe ei exceptionem pacti. 213. 214.1
Quid ſi in rem pactus ſit. ead. 1 ne ipſe peteret. 216.217. domini credendo pecuniam. 218.1.1 an obligetur naturaliter ex ſtipulatione & contractibus iuris gentium. 219.a in fideiubente ac proinde per ſtipulationem promittente, diſtinctio adhibenda eſt. 210.a eum fideiubere in rem peculiarem, & fideiubere quaſi fideiuſſorem & interceſſorem, opponuntur. ibid. a vtrùm fructuarius paciſcendo proſit fructuario. 241. 5 an ex lenocinio infamis fiat, etiam poſt libertatem. 293.1.2 procuratorem dare poteſt in ſuis negotiis. ſed non eſſe alterius, niſi manumittatur. 319.1 ei permittitur appellare, ſi neque dominus, neque alius quiſquam pro eo appellet. 330. 1 qui eum patitur duci ex cauſa noxali, defendere videtur. 333. 1 vtrùm ex geſtione negotiorum quàm in ſeruitute fecit, conueniri poſſit, poſt adeptam libertatem. 398.1. 2 an poſſit obligari domino ſuo naturaliter. 399. 5. quomodo rationes reddere teneatur eorum quæ domini gratiâ geſſit. 400. 5 an teneatur actione de dolo ſuo ex promiſſori. 478.479.5
Vtrùm ex eius contractu competat actio de dolo, ac rurſum noxalis actio ſit, ſi quando detur contractu eius. 483.1.2
Minor vt non lædi poteſt, ita nec in integrum reſtitui. 515. 516. 1 ſi captus ſit in eo quòd moram libertatis in reipſa paſſus fuit, reſtituitur. 517.1
Quomodo dicatur capite minui, exemplo emancipati. 596. a eſt in illius poteſtate de ſtatu ſuo litigare, & ſuccurritur. 610.611.2 vtrùm poſſit eſſe arbiter. 678.1 num poſſit compromittere, & cum eo arbitrium dari. 719.1
An teneatur à ſe receptorum in nauem, aut ab exercitore domino ſuo. 741.1.2
Serui facti ſunt iure gentium. 49. a illorum conditiones ſunt diuerſæ, & quomodo. 44. 2 non differunt ab hominibus cæteris iure naturali. 48.2 vtrùm de dominis ſuis conquerentes ſint audiendi. 69.70.1 an alij ſint aliis pretioſiores. 84.1 quomodo dicantur contineri verbis edicti. 70.1
Seruire, in ſeruitute eſſe, & ſeruum eſſe differunt. 45.2
Seruitus morti aſſimilatur. 15.1
Quoties Seruitus vicino venditur alitérve conſtituitur, ipſum quoque prædium, quòd ſeruire incipit, alienari ex parte intelligitur. 664.2
Seruitutes atque captiuitates cur inductæ ſunt, & cuius iuris. 3.2
Seruius Sulpitius orator 25. laus eius. ead. a
Sextus Ælius Iuriſperitus. 23.24
Sexus differentia nulla poteſt eſſe in iis quæ rationem & æquitatem habent naturalem. 117. 118. 1 vtrùm ille excuſet quempiam qui non edidit, cùm edere deberet. 151.1.2
Quæ Simplicitas in homine Chriſtiano ſit laudabilis. 468.2
Siſtendi duos actio indiuidua. 112.5
an Societas donationis causâ rectè contrahatur. 546.2
Societatis magiſter, qui & magiſtratus, quid ſit, & an paciſci poſſit ignorantibus ſociis. 186.187.1.2
Socius qui de damno infecto cauit, poteſt ſuam partem ita defendere, vt tamen ſocij partem non cogatur defendere. 336.2
in Solo ſuo ædificare permittens, vtrùm vim pati dicatur. 448.1
Solon laudatus, quòd nullam in parricidas pœnam ſtatuerat. 17.18.32.33.82.1
Soluens creditori ſuo, fit locupletior, & quare. 42.1
Soluendo eſt hæreditas, quæ inuenit hæredem. 85.1
Solutio quæ non parit liberationem à vero creditore, eadem parit condictionem ei qui ſoluit contra eum cui ſolutum fuit. 249.a facta ex cauſa tranſactionis interpoſitæ ſuper re iudicata, an valeat. 253.1.2 an facta minori conualeſcat propter ſuperuenientem tutoris vel curatoris auctoritatem. 519.520. 2 eius & redhibitionis ratio longè diuerſa eſt. 669. 1. 2
an Solutum repeti poſſit. 90.8
Solutus dici non poteſt, niſi qui fuit anteà ligatus. 38.1
Vtrùm Spadoni liceat adoptare. 52. 60.
Spatium ſtipulationis moderari cuius ſit. 515. 2
Sponſalia bina conſtituens alieno nomine, num infamia teneatur. 300.301
Sponſio communis reipublicæ in lege quomodo accipienda. 31.1.2 38.1

Vtrùm

Vtrùm Sponſus & ſponſa ſe inuicem lugere debeant. 475.2
Stabularij num poſſint ſe exonerare vbi ſemel receperunt. 736.2 quis hoc nomine intelligatur. 738.1 excuſantur ob res amiſſas, ſi vis maior facta fuerit. 740.1.2 cuſtodiæ nomine teneutur. 743.2 etiam iis quos gratia receperint. 744.2
an Statuliber in eadem cauſa ſiſtatur quilibet. 133. 134.1
Status hominis nihil debet eſſe certiùs. 44.1 eius nomine quid intelligatur. 592.2
Stellionatus crimen an irroget infamiam. 304.1.2
Stipulatio tacita fauore dotium inducta. 34.2 in cuius perſonæ fauorem confeitur. 55.2 ſolemnis eſt. 36.1 an ex ea, ad id quòd intereſt poſſit reus conueniri. 311.1.2 vtrùm illa diuidatur. 312.1.2 iudicio ſiſti, & ſatiſdatio eo nomine præſtita, nil commune habet cùm re mobili. 122.2 an quæ nec ab actore ipſo, nec ab eius procuratore fuit interpoſita, poſſit committi in actoris vtilitatem. 123.126.1.2
Etiamſi fuerit tranſactum, vtrùm non eò minùs committatur. 136.1 an committi poſſit pro eo qui ſtatus fuit, aliis omiſſis. 142.1.2 an contra illam fiat, ſi is qui ſiſtitur, nouo priuilegio vtatur. 144. tota edenda eſt, & quare. 152.1.2 actionem ex ſtipulatu format. 169.2 ſi in ea non ſit expreſſum, vt ante nuptias dos non petatur, an id conuentum tacitè intelligatur. 166.1 vt ipſo iure non teneat, & tamen omni modo reſcindenda ſit, fieri nullo modo poteſt, & quare. 177.2 pœnalis cur pacto ſubiici ſoleat. 183.1 an ea nouetur præcedens obligatio. ibid. an tollatur ipſo iure per ſtipulationem. 205.206.1
Quænam non valeat in vim taciti pacti & quæ non habeat vim taciti conſtituti. 212.213.1.2 differt à pacto animo & concluſione. 214.2 quæ ratio eſt eius in producenda actione eadem eſt pacti in producenda exceptione. 244.245.1 Aquiliana neceſſaria & commodiſſima. 249.1.2 in quo differat à tranſactione. 257.1
Vtrùm pœnalis valeat, poſt Aquilianam & acceptilationem. 274.275.1 conuentionalis & prætoria differunt. 317.318.2 vtrùm illa quæ commiſſa eſt procuratori in dominum poſſit transferri. 323.324.2 ex illa iudicatum ſolui à procuratore interpoſita non poſſit domino actio dari. 324.325. quare ex conuentionali, quàm procurator ſuo nomine conceperit, domino detur actio. 449.450.1 cùm fuit interpoſita legati nomine, tunc actioni de dolo locus eſſe poteſt. 477.2 cur in compromiſſis ſoleat exigi. 681.682.1 vtrùm pœnalis, quòd arbitrio non pareatur, committatur fauore & commodo ſtipulatoris. 731.732.
Stipulationes ſunt ex iure ciuili. 4.2 prætoriæ differunt à conuentionalibus. 117.118.2 conuentionales pendent ex negotio contracto. 175.1
an Stipulator ſit ſummouendus exceptione doli. 183.2
an Studiorum cauſa abſenti ſuccurratur. 639.1
Studiis nihil incommodius quàm Honores. 27. 28.1
Subſcriptio præcipuè illa eſt, quæ inſtrumento vim & robur tribuit. 162.1
Subſtantialis forma contractus an pacto poſſit immutari. 170.2
Subſtitutio pupillaris, teſtamentum filij eſt. 55.1 honorifica & vtilis eſt, fideicommiſſum verò oneroſum. 56.2 an vulgaris conditio deficiat, agnita bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas. 126.2
an Subſtitutus neceſſarius admittatur ex vulgari ſubſtitutione. 527.1
[Iu]s credendi ius quodlibet tam ex teſtamento, quàm ab [in]teſtato, eſt ex iure ciuili. 4.1
Succeſſores legitimi fauorabiliores ſunt quàm ſubſtitutus pupillaris. 56.2
an Succeſſori defuncti detur plus quàm annus, quamuis minor ſit, ad petendam reſtitutionem. 550.551.1.2
Sufficere, id eſt, locum facere. 21.1.2
an Suffragium patris proderit filio, & filij ſuffragium patri. 369.2
Suitatis iura quomodo acquirantur principaliter. 52.2 pacto repudiari non poſſunt. 225.2
Supplere ſententiam & mutare differunt. 694.1
Supplicium ſumere de ſeruis non licet magiſtratibus municipalibus, & quare. 93.1
Suppoſitionis probatio à quo exigenda ſit. 100.1
Surdus an paciſci poſſit. 165.166.1.2 cur ei permittendum ſit poſtulare. 277.2 quatenus procuratorem dare poſſit. 344.1
Suſpecti cognitio cui data. 69.1
vtrùm Suſpicio ſola metus inferendi ſufficiat ad actionem & reſtitutionem adipiſcendam. 447.1
Suum cuique tribuere, quomodo intelligendum. 5.2

T

à THeatro in ius vocari licet. 107.108.
Thymelici qui dicebantur. 292.2
Temperamentum in xeniis accipiendis ſeruandum, quatenus ad moneta protrahi debeat. 76.2
Tempeſtas dat exceptionem ſiſtendi ſe iudicio. 138.
Tempora computantur de momento in momentum quibuſdam in rebus iure ciuili. 150.2 reſtitutoriæ actiones ex qua die currant. 592.593.2
Tempus non eſt modus tollendæ obligationis. 109.1 vnum in alio continetur, non vnus locus in alio loco. 703.2 cur illud litis conteſtatæ ſpectetur. 83.2 quomodo inſpiciendum eſſe dicat Vlpianus, & vt intelligendum. 462.1
Teſtamentum exhibetur extra ordinem & diebus feriaticis. 147.2
Teſtari plus eſt quàm poſtulare, & quare. 276.1
Teſtationis nomen quàm latè pateat. 307.2
Teſtes notatos eſſe non oportet. 65.2
an Teſtimonium excuſet quempiam quò minùs in ius venire aut iudicio ſiſti debuerit. 137.1.2 eius cauſa abſentibus quare ſuccurratur. 638.2
an Timor ſeruitutis contineatur ſub hoc titulo, Quòd metus cauſa. 444.1 infamiæ. 445.2
Titulos hic, Nautæ, Caupones, Stabularij, &c. quid commune habeat cum eo de arbitris. 736.2
Tolli actionem ipſo iure, & tolli per exceptionem, contraria ſunt. 453.454.1
Tranſactio generalis de toto negotio, pœnalem quoque ſtipulationem & comprehendit & perimit. 136. pactum quidem eſt, ſed non contractus. 163.164.1 omnis eſt pactum, ſed non pactum omne, tranſactio. 375.1 explicatur. 246.247.1 proprium eius quodnam ſit. ibid.2
An noceat legatariis & manumiſſis cum hærede facta. ibid.
Quid differat à re iudicata. ibid. de fideicommiſſo, an reſcindatur propter codicillos poſteà repertos. 248.1
Non prodeſt neque nocet alij quàm ei qui tranſegit aut eius hæredi. 249.1
Quomodo fiat de rebus ex teſtamento proficiſcentibus. 251.1
An valeat poſt rem iudicatam. 252.1.2 inter fideiuſſorem condemnatum & reum. ibid. vtrùm hæc perimat rem iudicatam. 253.1 in facienda de alimentis ſiue præteritis ſiue futuris, an Prætoris authoritas neceſſaria ſit.

ſit. 354.1.2 an de alimentis mortis cauſa donatis fieri poſſit,aut inter viuos.355.1.2 an iuriſdictiōe.356.1 an valeat quæ nullam cauſam habet. 357.1 in quo diff rat à ſtipulatione. ibid. in ea quæ requirantur. 358.an poſſit fieri de fundo ad alimenta legato.360. 1 vtrum in ea debeat interuenire prætori. 360.361. 361.2. eius iuriſdictio ad quem pertineat.ibid. an fieri poſſit lite facta,mota aut mouenda,ſine prætoris authoritate. 363.1.2 de habitatione pro pecunia relicta ad alimenta an valeat. 366.1 aut contrà. ead. a qui poſt eam cum tutoribus factam agit ex perſona fratris ſui,non venit contra factum ſuum. ibid. vtrùm filius poſſit facere de querela inofficioſi cum hæredibus, antequam certus ſit eum ad ſe pertinere. 367.368.2 patris,an noceat filio etiam emancipato. 368.1 facta ita,vt pars hæreditatis ad hæredem ſcriptum,pars ad legitimum pertineret,an valeat.370. & ſeqq. litem rumpenti quid agere liceat.375.1.2 an licita ſit cùm de fama & exiſtimatione agitur. 396.1

Transfugis non datur beneficium reſtitutionis. 612.2

an Tranſigere poſſint ij qui in ius vocati ſunt. 108.2

Tranſigere & paciſci differunt. 246.247.2

Tranſigere negotium Latinis quid ſit. 163.164.1

vtrùm Tranſatio iudicij mutet iudicium cum perſona procuratoris. 323.324.1 an permittatur æquè domino& procuratori. 348.1 pignoris,eſt bona fides,quam præſtare debet fiduciarius in omni contractu. 415. 416.2

Traditio quando det vires & effectum pacto.233.234.2 quid ſit,& an valeat ex pacto. 236.1

an Tribunal quodcumque competens ſit in cauſa conuentionis & reconuentionis. 730.731.1

Tribuni quid,& vnde dicti. 17.1.2

Tribuni militum qui & quot. 19. 20. quid differunt à Tribunis plebis. ead.1.2

Tribunus celerum quid. 14. horum nomen à Rom. vt mali hominis exploſum. ibid.1.2

an Tribunus militum dimitti debeat ab exercitu ignominiæ cauſâ cùm delinquerit. 289.2

Tribunitia poteſtas quanta. 9.1

Tribus vnde dicta. 7.8.1.16.17.1

Tributi ſoluendi neceſſitas vtrùm competat debitori, aut creditori de prædio pignorato. 238. 233. 239. 240.1

Triumuirorum monetalium & capitalium creatio. 20

Turela,ex Accurſio,legitima poteſt deferri filiofamilias, duobus caſibus.598.1 eius actio quomodo conſumi dicatur. 566.567.2

Tutores dantur feriarum tempore,& quare. 146.147.1

an Tutor ius iniquum impetrans , de eo teneatur ſuo nomine. 96.97.2 an ſi ſit contumax. 99.1 an ei permittatur adrogatio pupilli ſui 58.1 eius datio vtrùm tranſeat mandata iuriſdictione.78.1 neque eſt imperij,neque iuriſdictionis,& quare.90.2 an ille patroni in ius vocari poſſit à liberto. 105.2 an detur ei actio ex ſtipulatu, ſi pupillus adoleuerit, mortem obierit, aut hæreditate abſtinuerit.145.146.1 an qui eſt plurium pupillorum, vnius loco habeatur. 179.180.1.2 eius pactum an proſit pupillo.186.187.1 vtrùm nocere ei debeat pactum quod pupilli nomine fecit cum aliis pupilli creditoribus, proprium creditum aduerſus pupillum perſequenti. 233.234.1.2 quatenus illi liceat de prædiis minorum tranſigere.270.2 an poſſit poſtulare pro turpe in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuiſſet.288.1 vbi defendi debeat. 354.1.2 an datus poſthumo,qui tamē natus non fuit, vtrùm ſit conueniendus actione tutelæ , an verò actione negotiorum geſtorum. 407.408.1 an poſſit habere actionem negotiorum geſtorum aduerſus curatorem.408.409.1 quatenus pupilli loco habeatur. 411.1 quando finiat eius officium.414.1 an eius dolus noceat pupillo. 486.487.1

Tyberius electus potius quam per vacuum ambitum, ſenilique adoptione imperium ſuſcepiſſe creditus eſt. 12.13. 2 primus comitia à campo ad Senatum tranſtulit. 7.8.1 & Magiſtratus qui annui erant perpetuos fecit. 15.16.2

V

VArias quis dicatur. 468.1

an Valetudo excuſare debeat procuratorem,ne iudicium accipere cogatur. 516.317.1

Vectigal fraudari quando dicatur. 534.

Velle quantum poſſis ſummæ magnitudinis eſt. 18. 19.1

an Venatio poſſit fieri in arena. 379.380.2

an Venditio per procuratorē facta valeat, 359.2 illa cui dolus cauſam dedit, num valeat.473.2 & ſeq.Accurſij & Cuiacij ad hoc explicatio quæ ſit. 474.1 eius venditionis quæ fit admodum alia eſt ratio , quàm eius quæ fit ad pondus aut menſuram. 491.2

ſi Venditor cum altero hæredum emptoris pactus eſt, vt ab emptione recederetur, an valeat pactio,& diſſoluatur pro parte emptio.172.175. quomodo dicator renunciare legi commiſſoriæ. 577.1

Veniam non impetrare,& abuti impetrata,par delictum eſt. 112.2

quare Verba imperatiua dicantur legitima. 32.2 vtrùm illa, *Rogauit Titius, ſpopondit Mœuius*, pro ſtipulatione potius ſint accipienda , quàm pro pacto. 374. 1.2

Verginius initium ſeceſſionis fuiſſe dicitur , & quare. 17.18

Veritas rerum erroribus geſtorum non vitiatur.22.23.2 quomodo melius probari poſſit. 80.2

Veſtiarium & habitatio ſub alimentis continentur.254. 259

Vetare aliud eſt,aliud nolle:aliud non vetare,aliud velle. 15.16.2

an Vexationis metu aliquid facienti, quod facturus alioqui non erat, ſuccurrendum ſit. 445.2

Vi aut iure prohibitus quid facere,non amittit facultatem id faciendi, ſiue vim repellendo, ſiue contra leges faciendo. 44.1

de Via publica poteſt agi duplici modo. 341.1

an Viduam vxorem ducens ante tempus legitimum infamiâ notetur. 301.302.2

an Villæ ad littus maris ſint communes. 65.2

Vim vi repellere, cuius iuris ſit. 5.2

Vim paſſus vtrùm poſſit habere electionem agendi in rem vel in perſonam. 449.1 an qui extorſit obligationem per vim ſtipulando cogatur ad faciendam acceptilationem. 450.451.1

Vincolorum nomine quid intelligatur. 608.609.2 in illis eſſe qui dicantur. ibid.2

quod Vinculum ſit potentius,matris cum filio,an vxoris cum viro. 65.1.2 illud reuerentiæ debitæ patrono, & patroni parentibus naturalibus, eſt naturale & perpetuum. 103.2

Vindemiarum meſſiúmque tempore non eſt quis compellendus venire ad iudicium , & quare. 145.146.2 exceptio. 146.à quo illud conſtituatur. 148.2

quatenus Vindicatio & actio perſonalis dentur ad eandérem.449.450.2 directa facilius exeritur,quàm vt amittatur actio quæ ex dic alienationis cœpit competere aduerſus alienatorem. 660.2 quo iure poſſit dari ei, cuius res vſucapta fuit, cum per vſucapionem dominium amiſerit. 615.616.1

à Vinea in ius vocari licet. 107.108

an Vir quilibet ſit præferendus conſulari fœminæ. 64.2 bono non conuenit,quidquam petere, niſi quod ipſe decreturus eſſet,ſi eſſet Magiſtratus.96.1 vtrum conſularis iure defenſoris ſatiſdare iubeatur. 353.354.2

Vngi

Virginitas per vim ſtuprata duplex virginitas eſt. 20. 24.1

an Viri non lugentes ſuas vxores, infamiâ teneantur. 300.1

Virtutes morales non tam conſiſtunt in actu, quàm in habitu & voluntate. 4.5.1

vt Vis duplex eſt, ita & interdictum eius nomine. 208. 209.2 vtrùm ſit contraria voluntati, tametſi neceſſitatem imponat. 443.444.1 eius definitio. ibid. differt à metu, & tamen viciſſim ſe complectuntur. ead. 2 eâ compulſus aliquid faciens, eget reſtitutione. 445.2 de fundo deiectus vi non intelligitur, qui deiici non expectauit. 447.2 vtrùm facta ei qui iam fecerat, non eò minùs actionem quòd vi & metus causâ habeat, vt quòd per vim facere coactus eſt, reſcindatur. 452. 453.1

Vitam non adimere ei quem impunè poſſis occidere iuſtéque beneficium eſt maximum. 3.2

Vniformitas obſeruationis præcipua quæ ſit. 40.1.2

Vniuerſitas quatenus permiſſa. 366.367.2 res communes habet. ibid. actorem ſiue ſyndicum poteſt habere. 367.1 vtrùm & defenſorem. ibid. & 2. quomodo conſideranda. 372.1 an poſſit vim facere. 448.1

Vocare in ius quomodo dicatur iuris experiundi cauſa, cùm ius ſit certum & finitum. 41.1

Vocari quem in ius non poſſe, longè aliud eſt quàm non debere. 199.200.1

Vocatio in ius quos non teneat. 200.1.2

Vocatus in ius ad iudicem incompetentem, etſi venerit, declinare poteſt: & ad competentem qui venit, non amittit priuilegium per quod eius iuriſdictionem ſubire non cogitur. 111.1.2 an qualemcunque fideiuſſorem dando audiatur. ibid.1

Volens iudicem adire, qui intelligatur. 94.1

Voluntas legiſlatoris vnde cognoſcatur. 58.1 non eſt magis Imperatoris, quàm populi, aut alterius cuiuſuis. 72.2 illam ſpectari, non exitum, quomodo intelligendum. 96.1.2 ipſa & conſenſus etiam inter abſentes præſens eſſe poteſt. 164.165.1.2 quatenus illa defuncta erga legatarium ſeruari debeat pro bono Reipub. 234.235.1 vtrùm eius mutatio in domino faciat quominus ratum eſſe debeat iudicium, quo procurator quaſi procurator expertus eſt. 359.360.2

an Vſuario poſſit dari actio legis Aquiliæ contra proprietarium. 476.1

Vtrùm Vſucapio currat aduerſus eum qui adhuc in vtero eſt. 584.2 ad eius cauſam trahi non poteſt fictio poſtliminij, in perſona captiui ab hoſtibus reuerſi. 621.622.1

Vſufructuarius quomodo poſſidere dicatur. 128.2 an actione noxali conueniri poſſit. 132.133.1 non verè poſſidet rem ipſam in qua vſumfructum habet. 628.629.1

Vſuræ officio iudicis præſtitæ, debentur tanquam acceſſiones ſortis & ſummæ principalis. 180.1 quo iure debentur Reipublicæ, & an curator eius de illis paciſci poſſit. 210.2 an ex earum ſolutione, quid de ſorte ſenſerint paciſcentes, eliciatur argumentum. 230.2 231.1 quare debeantur, & quid ſint. 243.1 pacta de illis quatenus conſiderentur. ead. 2 quare illas & fructus ex mora præſtari oporteat, per iudicium bonæ fidei. 386. 387.1 per maximas quæ intelligantur. 423.424.2

Vſus riparum publicus eſt, non quidem proprius cuiuſque. 62.2

Vſusfructus neque fundus totus eſt, neque pars fundi, & quare. 212.213.1 num alimentorum nomine contineatur, & de eo tranſigatur. 265.1.2

Vrbanici milites qui ſint, & an Reipublicæ cauſa abeſſe dicantur. 649.2

Vtiliter geſſiſſe quis dicendus ſit. 374.375.392.1

Vulgò concepti poſſunt ſuccedere matri non tantùm ab inteſtato, ſed etiam contra teſtamentum, propoſita querela. 46.2

Vulgò quæſitus quis dicatur. 200.2

an Vxor crimine expilatæ hæreditatis teneatur. 417. 418.1.2

vtrùm Vxores militum Reipub. cauſa abeſſe dicantur, & ideò reſtituantur. 655.2 cur illis communicentur dignitates maritorum. 66.2

X

XEnia quid ſint, & in quo differant à muneribus. 76.1.2

Z

ZAſij opinio falſa. 183.2

F I N I S.